

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

98

*JULIO
DICIEMBRE
2011*

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

ISSN: 0034-9399

Ministerio de Defensa



REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

DIRECTOR

Carlos Eymar Alonso, general auditor.

CONSEJO EDITORIAL

Francisco Blay Villasante, general consejero togado. Ángel Calderón Cerezo, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. José Carlos Girgado Doce, general auditor. José Jiménez Villarejo, ex-presidente de las Salas Segunda y Quinta del Tribunal Supremo. Antonio Gutiérrez de la Peña, general consejero togado, auditor presidente del Tribunal Militar Central. José Luis Poyato Ariza, asesor jurídico general del Ministerio de Defensa. Ángel Menéndez Rexach, catedrático Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Irene Domínguez-Alcahud Martín Peña, subsecretaria de Defensa. David Javier Santos Sánchez, secretario general técnico.

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

SECRETARIO

Jerónimo Domínguez Bascoy, coronel auditor

SECRETARIOS ADJUNTOS

María del Valle López Alfranca, comandante auditor. Carlos Balmisa García-Serrano, capitán auditor. Eva Bru Peral, magistrada. Juan Carlos González Barral, magistrado. David Suárez Leoz, magistrado

REDACCIÓN

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

Teléf.: 91 364 73 93

Fax: 91 364 73 99

**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

98

***JULIO
DICIEMBRE
2011***

MADRID

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES

<http://publicacionesoficiales.boe.es/>

Edita:



www.bibliotecavirtualdefensa.es

© Autor y editor, 2012

NIPO: 083-12-042-X (edición papel)

ISSN: 0034-9399 (edición papel)

NIPO: 083-12-043-5 (edición en línea)

Depósito Legal: M-523-1953

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Fecha de edición: agosto 2013

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

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

En esta edición se ha utilizado papel libre de cloro obtenido a partir de bosques gestionados de forma sostenible certificada.

ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 98 JULIO-DICIEMBRE 2011

DOCTRINA

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

ESTUDIOS

- Ruth María Abril Stoffels. Mujer como partícipe y destinatario de las estrategias de paz y seguridad: desarrollos recientes y retos planteados..... 17
- Abraham Martínez Alcañiz. Creación de un nuevo título de imputación penal en aplicación de la coautoría como dominio funcional del hecho y la autoría mediata a través de aparatos organizados del poder: coautoría mediata..... 81
- José Luis Martín Delpón. La revisión penal militar: la doctrina de la sala 5.^a en relación a los procesos penales castrenses del franquismo 131
- José Antonio Jaldo Ruiz-Cabello. La determinación de la responsabilidad civil y contable por delito económico en el ámbito militar 201

NOTAS. COMENTARIOS

- Fernando Soteras Escartín. Armas biológicas y tóxicas: la consideración de su empleo como crimen de guerra 251

TEXTOS

LEGISLACIÓN

- Por María del Valle López Alfranca 277

JURISPRUDENCIA

- Constitucional. Por Luis Bernardo Álvarez Roldán 297
- Contencioso-Administrativa. Por Eva María Bru Peral 322

DOCUMENTACIÓN

- Doctrina Legal del Consejo de Estado. Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz..... 359
- Estados parte en los convenios de Derecho Internacional Humanitario..... 359

BIBLIOGRAFÍA

RENCENSIÓN DE LIBROS

- Por Jerónimo Domínguez Bascoy. *The Handbook of the International Law of Military Operations*. Oxford University Press, Nueva York, reimpresión (2011) de la primera edición (2010)..... 369

NOTICIAS DE REVISTAS

- Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz..... 375
- Por Marina de Luengo Zarzoso 378

INFORMACIÓN

- María del Valle López Alfranca. Toma de posesión del director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos..... 385

DOCTRINA

**RESÚMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 98
(JULIO – DICIEMBRE, 2011)**

**LA MUJER COMO PARTICIPE Y DESTINATARIO DE LAS
ESTRATEGIAS DE PAZ Y SEGURIDAD: DESARROLLOS
RECIENTES Y RETOS PLANTEADOS. RUTH MARÍA ABRIL
STOFFELS.**

Resumen: El artículo analiza el componente de género en las operaciones de paz, con especial referencia a una serie de cuestiones: primero la presencia de cuestiones vinculadas a las mujeres como elementos clave en los mandatos de las operaciones de paz. Segundo, la presencia de contingentes femeninos en las operaciones y su trascendencia, así como la formación específica en cuestiones de género para los distintos elementos que conforman estos contingentes. En tercer lugar, se explican y desarrollan las distintas figuras creadas en el marco de distintas operaciones de paz para hacer frente a las cuestiones concretas que plantean el tratamiento de las mujeres como víctimas y como agentes de paz y reconstrucción en los países donde se desarrollan las operaciones de paz y que son, fundamentalmente, los asesores de género, *gender focal Points and Female Engagement Team*. Finalmente, el artículo destaca una serie de cuestiones transversales como son los estándares de comportamiento de los contingentes de las operaciones de paz, el concepto de *mainstreaming* y la necesidad de desarrollar mecanismos de control y seguimiento de la eficacia de las medidas adoptadas.

Palabras clave: mujer, perspectiva de género, paz y seguridad, Naciones Unidas, operaciones de paz.

Abstract: The article analyzes the gender component in peacekeeping operations, with a particular focus on a number of issues. First, some issues related to women as key elements in the peacekeeping operations mandates. Second, the presence of female contingents in operations and its significance, as well as the specific training on gender issues for the various elements of these contingents. In third place, the article explains and develops the different roles created under several peace operations to address the specific issues raised by the treatment of women as victims and as agents of peace and reconstruction in the countries where peace operations are developed, which are, essentially, the Gender Advisors, the Gender Focal Points and the Female Engagement Teams. Finally, the article highlights a number of cross-cutting issues, such as the standards of behavior of the peacekeeping contingents, the concept of mainstreaming, and the need to develop mechanisms to control and monitor the effectiveness of the measures taken.

Keywords: woman, gender perspective, peace and security, United Nations, peace operations.

CREACIÓN DE UN NUEVO TÍTULO DE IMPUTACIÓN PENAL EN APLICACIÓN DE LA COAUTORÍA COMO DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO Y LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER: LA COAUTORÍA MEDIATA. ABRAHAM MARTÍNEZ ALCAÑIZ.

Resumen: La comisión de un crimen internacional suele tener un elemento común, la participación en los mismos de diversas personas en diversas fases del *iter* criminal. Muchos de los crímenes más atroces se idean y planean en un nivel determinado de una organización de poder, siendo ejecutados posteriormente por el nivel más inferior de dicha organización. En este contexto hemos de determinar la participación de cada responsable en el hecho punible, siendo de vital importancia formas de autoría tales como la coautoría y la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Actualmente ha surgido una nueva forma de autoría, la coautoría mediata, la cual constituye un nuevo avance dogmático de la ciencia penal en relación a las formas de autoría existentes, tanto en el derecho penal doméstico como en el penal internacional. Mediante la exposición de diversas hipótesis se efectúa un análisis de estas formas de autoría referidas.

Palabras clave: crimen internacional, responsabilidad penal, autor, partícipe y aparato organizado y jerárquico.

Abstract: International crimes have often one common element: the participation in them of various people at the different stages of the criminal *iter*. Many of the most heinous crimes are devised and planned in a particular level of an organization of power, being then executed by those placed at the lowest level of the organization. In this context it is necessary to determine the nature of the participation in the offense of all of those who have contributed to its production. There are, in this sense, some relevant forms of perpetratorship such as co-perpetration and intermediary perpetration through organized apparatus of power. Nowadays, another form of perpetratorship is, nevertheless, being considered: the intermediary co-perpetration, which is a new dogmatic development in criminal science in relation to the existing forms of perpetratorship, whether in domestic or in international criminal law. By exposing several scenarios, this article analyses all of these different categories of perpetratorship.

Keywords: international crime, criminal responsibility, perpetrator, participant and organized apparatus of power.

LA REVISIÓN PENAL MILITAR: LA DOCTRINA DE LA SALA 5.^a EN RELACIÓN A LOS PROCESOS PENALES CASTRENSES DEL FRANQUISMO. JOSÉ LUIS MARTÍN DELPÓN.

Resumen: El objeto del presente estudio es el análisis de las posibilidades procesales que otorga el mal llamado recurso de revisión en relación a las sentencias penales militares dictadas por los Consejos de Guerra y Tribunales Militares durante el franquismo. Además, la Ley de Memoria Histórica también influye en las valoraciones expuestas en tanto que hace expresa referencia a este tipo de procedimientos y sus resoluciones, los cuales son considerados ilegítimos y radicalmente injustos.

Palabras clave: revisión judicial, justicia militar, franquismo, memoria histórica y consejos de guerra.

Abstract: The purpose of this study is to analyze the procedural possibilities afforded by the so-called judicial review in relation to military criminal sentences imposed by martial courts and military tribunals under Franco's regime. In addition, the Law of Historical Memory also affects the assessments here presented while it expressly refers to this type of procedures and its resolutions, which are deemed illegitimate and radically unfair.

Keywords: judicial review, military justice, Franco's regime, historical memory and martial courts.

LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONTABLE POR DELITO ECONÓMICO EN EL ÁMBITO MILITAR. JOSÉ ANTONIO JALDO RUIZ-CABELLO.

Resumen: La comisión de delito económico militar genera, por lo general, una doble responsabilidad con igual finalidad patrimonial y resarcitoria: la civil *ex delicto*, reclamable ante la jurisdicción penal militar, y la contable, exigible ante el Tribunal de Cuentas. La casuística pone de manifiesto la existencia de sentencias contradictorias, propiciadas por la compatibilidad de actuaciones penal y contable y la intervención simultánea de ambas jurisdicciones sin un claro régimen de precedencias.

Palabras clave: delito económico militar, responsabilidad civil *ex delicto*, responsabilidad contable, jurisdicción contable, Tribunal de Cuentas.

Abstract: The commission of a military economic crime usually generates a double kind of liability, having both the same purpose of compensating the damages caused: on one hand, the civil liability *ex delicto*, which is claimable before the military jurisdiction, and, on the other hand, the accountant's liability enforceable by the Court of Auditors. The case law shows the existence of contradictory statements, propitiated by the compatibility of both the criminal and the accounting processes on a simultaneous way, without a clear rule of precedence.

Keywords: military economic crime, civil liability *ex delicto*, accountant's liability, accounting jurisdiction, Court of Auditors.

ARMAS BIOLÓGICAS Y TOXÍNICAS: LA CONSIDERACIÓN DE SU EMPLEO COMO UN CRIMEN DE GUERRA. FERNANDO SOTERAS ESCARTÍN

Resumen: La sociedad en su conjunto es de la opinión que los crímenes de guerra, a estas alturas de nuestra historia, ya han sido perfectamente identificados y calificados, aspecto este bien lejos de la realidad sobre todo sobre algunos usos específicos.

Este es el caso del empleo de las armas biológicas y tóxicas que siendo una realidad ampliamente regulada y tratada en el ámbito nacional e internacional aún no ha sido lo suficientemente valorada como para ser incluida dentro de los anteriores.

Buena culpa de ello la tiene el propio entorno de su consideración como armas de destrucción masiva y la complicada identificación y consideración de las mismas, pero también lo ha sido la ineficacia sobre su

entendimiento y el necesario acuerdo en los foros y las normas del más alto nivel internacional como son la Convención sobre las Armas Biológicas y Tóxicas o el propio Estatuto de Roma.

Ante esta carencia en la legislación internacional actual, este ensayo aborda la necesidad de un análisis de la realidad normativa y legal sobre las mismas y la de impulsar soluciones en los ámbitos, tanto nacionales como internacionales, para poder paliar esa carencia de forma lo más inmediata posible.

Palabras clave: armas biológicas y tóxicas, costumbre, ética militar, crimen, guerra, humanidad, ley, doctrina, jurisprudencia, Estatuto de Roma.

Abstract: Society in general is of the opinion that, at this juncture in our history, war crimes have already been perfectly identified and designated. However in the latter case, such a belief is very much at odds with reality, especially as regards certain specific uses.

A case in point is the use of biological and toxin weapons. Although a reality that has been widely addressed and regulated both at national and international level, it has not received sufficient attention in terms of possible inclusion among war crimes.

Much of the blame for this situation lies with the context of their consideration as Weapons of Mass Destruction and the complications surrounding the identification and consideration of such weapons. A further reason, however, is the ineffective understanding of the weapons and the need for agreement in forums and norms at the highest international level, including the Biological and Toxin Weapons Convention and even the Rome Statute.

In view of this gap in current international legislation, this essay discusses the need for an analysis of the regulatory and legal situation of these weapons and the need also to promote solutions at national and international level to remedy the shortcoming as quickly as possible.

Keywords: biological and toxin weapons, custom, military ethics, crime, war, humanity, law, doctrine, case law, Rome Statute.

ESTUDIOS

LA MUJER COMO PARTICIPE Y DESTINATARIO DE LAS ESTRATEGIAS DE PAZ Y SEGURIDAD: DESARROLLOS RECIENTES Y RETOS PLANTEADOS

D.^a Ruth María Abril Stoffels

Doctora en Derecho

Profesora Universidad CEU-Cardenal Herrera

SUMARIO

I El reconocimiento de la mujer como actor de cambio: un largo y dificultoso recorrido. 1. Conferencia de Pekín y desarrollos posteriores. 2. Las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que han marcado distintos hitos en este campo: 1325, (2000), 1820 (2008), 1888 (2009), 1889 (2009) y 1960 (2010). II. Mujeres como constructoras de paz y seguridad en las sociedades afectadas por conflictos armados. las niñas un colectivo olvidado pero clave. III Cuestiones de género en las misiones de paz del siglo XXI. la mujer en las misiones de paz. 2. Desarrollos recientes en las operaciones de paz para la incorporación de una perspectiva de género. IV Reflexiones finales

El papel de la mujer en la paz y seguridad internacionales es una cuestión que no puede estar ausente en cualquier análisis centrado en las estrategias de paz y seguridad internacionales del siglo XXI.

Y ello es así, no solo por la reciente incorporación de la mujer a muchos ejércitos en pie de igualdad con los hombres, sino por la importancia creciente que se le da en la construcción de la paz y seguridad de las comunidades, así como en el desarrollo de las sociedades a las que pertenece.

De hecho, en estos contextos, hasta hace poco, la mujer era tratada exclusivamente como alguien vulnerable, circunstancia que, efectivamen-

te sucedía y sucede en muchos contextos y para muchas cuestiones; pero que es absolutamente falso en otros e impide que la mujer sea considerada como agente de cambio.

Esto es, al tratarla principalmente como sujeto pasivo de las políticas de paz y seguridad (como víctima) se impedía su acceso a puestos de responsabilidad, de decisión política o de gestión en cuestiones que afectaban a su comunidad, e incluso en aspectos que afectaban directamente a sus intereses y necesidades. Esto es, era invisible como actor y partícipe de estas políticas.

Afortunadamente, las cosas están empezando a cambiar y, aunque sea solo a nivel programático o de planificación, la mujer va cobrando un papel cada vez más importante en las políticas de paz y seguridad. En este sentido, el punto de partida debe marcarse en la Conferencia de Pekín y la Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU), piedras angulares sobre las que parten las acciones y políticas actuales en este campo.

Nosotros vamos a centrarnos en tres vertientes de la cuestión: la forma en que se ha ido consagrando esta tendencia a partir de las aportaciones de la Conferencia de Pekín y la acción del CSNU, los argumentos para el reconocimiento objetivo de la necesidad de trabajar en este campo y, finalmente, la forma en que las operaciones de paz han ido recogiendo estos avances. Dicho de otra manera, vamos a reflexionar entorno a la mujer como actor y como destinatario de las políticas de paz y seguridad. En este último apartado, no nos centraremos tanto en las mujeres como población que merece protección, como en la mujer en su papel de agente de cambio y ello con independencia de que la garantía de su seguridad sea precondition de su posibilidad y capacidad de acción política.

I EL RECONOCIMIENTO DE LA MUJER COMO ACTOR DE CAMBIO: UN LARGO Y DIFICULTOSO RECORRIDO

Si bien es cierto que la Carta de las Naciones Unidas y los convenios internacionales que consagran los derechos humanos aprobados desde 1945 hacen especial referencia a la ilicitud de la discriminación por razones de sexo, también lo es que esta garantía formal no ha determinado una realidad social en la que, entre otros, la mujer pueda participar en pie de igualdad en la dinámica sociopolítica de las comunidades. De ahí que en distintos foros y gracias a la acción constante y poderosa de grupos de presión, ONG y asociaciones se haya conseguido visibilizar el problema y avanzar en su solución.

1. CONFERENCIA DE PEKÍN Y DESARROLLOS POSTERIORES

Desde 1975 se han ido celebrando una serie de conferencias internacionales que han supuesto la toma de conciencia de muchos de los problemas que están en la base de estas discriminaciones y se han adoptado compromisos políticos para hacer frente a las mismas.

En este sentido, la primera de estas reuniones, la I Conferencia sobre la condición jurídica y política de la mujer que tuvo lugar en México en 1975 se marca un triple objetivo: el logro de la igualdad, la participación de la mujer en el desarrollo y su contribución al fortalecimiento de la paz. Esta reunión es crucial porque supone el inicio de la visión de la mujer como agente de cambio. Sin embargo, todavía estamos a nivel programático y el contexto de la guerra fría impedirá que tenga el impacto deseado.

Sin embargo, la realidad demuestra que no es suficiente una proclamación de principios o el establecimiento de políticas o normas paritarias, sino que será necesario analizar los obstáculos que están en la base de esta discriminación y desarrollar políticas positivas al respecto. Por ello, la II Conferencia sobre la condición jurídica y política de la mujer, celebrada en Copenhague en 1980 se va a centrar en estudiar los obstáculos para eliminar esta discriminación que impide que las mujeres sean actores plenos de las distintas sociedades (falta de voluntad política, escaso reconocimiento de su contribución al bienestar social, escasez de mujeres en puestos de decisión política, inexistencia de servicios de apoyo a la mujer, falta de recursos...). Sin embargo, en esta fase, la perspectiva era todavía excluyente, en el sentido de que, para lograr objetivos concretos, se entendía que era necesario adoptar medidas que afectasen específicamente a las mujeres, sin que se considerase como necesario tomar medidas que influyesen directamente en el contexto en el que la discriminación se producía ni se adoptasen medidas con efectos en toda la comunidad como germen de esas desigualdades.

Lógico es, por lo tanto, que la siguiente conferencia, la III Conferencia sobre la condición jurídica y política de la mujer celebrada en Nairobi en 1985 buscase consensuar las medidas para hacer frente a estos obstáculos y que en ella la piedra angular fuese el reconocimiento del carácter transversal de las cuestiones vinculadas al desarrollo del papel de la mujer en todas las políticas públicas y la necesidad de su mayor participación en la adopción de decisiones y gestión de recursos, no solo las que les afectan a ellas, sino de todas las que afectan a la sociedad.

La IV Conferencia sobre la condición jurídica y política de la mujer celebrada en Pekín, va a suponer el refuerzo de lo visto en las conferencias an-

teriores, pero con un ímpetu y una visibilidad desconocidos hasta entonces. Se insta a los Estados a adoptar todas las medidas para que la mujer llegue a puestos de poder a todos los niveles¹ y se empieza a hablar de «género» como término que incluye los aspectos socioculturales que influyen en las relaciones entre hombres y mujeres y sus funciones y tareas. Se establece un ambicioso plan de acción dentro del que se identifican 12 campos específicos, entre los que se encuentra el de *mujer y conflictos armados* y los Estados se comprometen a adoptar una perspectiva de género en todas sus acciones y decisiones. Esta plataforma es apoyada por la propia Asamblea General de las Naciones Unidas, con lo que su influencia es mucho mayor.

Así, el punto dedicado a «*la mujer y los conflictos armados*» destaca, por lo que a nosotros nos interesa, el papel de la mujer como constructora de paz, la necesidad de articular medidas que permitan su participación en los procesos de transición y la necesidad de promover esta participación: «La igualdad de acceso a las estructuras de poder y la plena participación de las mujeres en ellas y en todos los esfuerzos para la prevención y solución de conflictos son fundamentales para el mantenimiento y fomento de la paz y la seguridad. Aunque las mujeres han comenzado a desempeñar una función importante en la solución de conflictos, en el mantenimiento de la paz y en los mecanismos de defensa y de relaciones exteriores, siguen estando insuficientemente representadas en los niveles de adopción de decisiones. Para que las mujeres desempeñen en pie de igualdad una función en la tarea de lograr y mantener la paz, deben alcanzar responsabilidades políticas y económicas y estar representadas debidamente en todos los niveles del proceso de adopción de decisiones»². Por lo que se refiere

¹ Por ejemplo, en el campo específico de los conflictos se habla de que(18) «La paz local, nacional, regional y mundial es alcanzable y está inextricablemente vinculada al adelanto de la mujer, que constituye una fuerza fundamental para la dirección de la comunidad, la solución de conflictos y la promoción de una paz duradera a todos los niveles».

² 139. Durante los conflictos armados y la destrucción de las comunidades, la función de las mujeres es decisiva. Ellas procuran conservar el orden social en medio de los conflictos armados y de otra índole. Las mujeres aportan una contribución importante, aunque con frecuencia no reconocida, como educadoras en pro de la paz tanto en sus familias como en sus sociedades.

140. Para conseguir una paz duradera es imprescindible impartir, desde temprana edad, una educación que promueva una cultura de paz en que se defiende la justicia y la tolerancia para todas las naciones y los pueblos. Esa educación debe incluir elementos de solución de conflictos, mediación, disminución de prejuicios y respeto por la diversidad.

141. Al encarar los conflictos armados o de otra índole, debería fomentarse un criterio activo y visible de incorporar en todas las políticas y programas una perspectiva de género, de manera que antes de adoptar una decisión se analicen los efectos sobre la mujer y el hombre respectivamente. (Plataforma de acción de Pekín aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de septiembre de 1995).

a la segunda de estas cuestiones, las medidas propuestas se centran en la promoción de la participación femenina en foros y actividades en favor de la paz a todos los niveles, la integración de una perspectiva de género en la solución de los conflictos y la formación adecuada de funcionarios y agentes públicos en cuestiones de género.

Las reuniones de seguimiento Pekín +5 y Pekín +10 (Nueva York) han servido de foro de análisis de los avances alcanzados en los distintos campos de acción y de llamamiento para prestar especial atención al estancamiento de los avances en muchos casos. La reunión de seguimiento Pekín +15 celebrada en marzo de 2010 parte de las respuestas dadas a un cuestionario que debía ser respondido por los Estados y en el que se hacen preguntas específicas sobre el tema que estamos tratando³. Sin embargo, estas últimas reuniones no han supuesto un cambio de perspectiva y no han tenido especiales repercusiones en el campo que nos ocupa, más allá de comprobar las medias que se han adoptado en los últimos 15 años y la necesidad de avanzar al respecto.

Con todo, es interesante subrayar que en la mayor parte de los informes presentados por las comisiones económicas y sociales de las distintas regiones en la reunión Pekín + 15, se sigue adoptando la perspectiva de la mujer como víctima, siendo escasas las aportaciones que parecen haberse producido en su vertiente de constructora de la paz. De igual manera, en el análisis que presenta cada Estado al respecto, destaca que cuestiones como la formación a los agentes de seguridad o la sensibilización en estas cuestiones a la sociedad en general y a las mujeres en particular, hayan sido medidas adoptadas en la práctica totalidad de los países, mientras que, por el contrario, la toma de medidas que permitan el acceso de las mujeres a la toma de decisiones o la adopción de una perspectiva de género tiene una respuesta muy desigual⁴. En todo caso, los informes enfatizan la necesidad de adopción de medidas en uno u otro campo, pero no si estas medidas han

³ g) En los países que están saliendo de una situación de conflicto armado, ¿en qué medida participaron las mujeres y se incorporaron las perspectivas de género y los intereses de la mujer en las negociaciones de paz y en la planificación de las actividades de reconstrucción (Cuestionario enviado a los gobiernos sobre la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y el documento final del vigésimo tercer periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General (2000) para la preparación de las evaluaciones y exámenes regionales).

⁴ Por ejemplo, mientras la República Democrática del Congo admite no haber hecho ningún avance en este sector, Sierra Leona dice haber adoptado medidas en todos los campos objeto de análisis.

España, al igual que la mayor parte de los países europeos, ha adoptado, dentro del plan de implantación de la resolución 1325 (2000), un conjunto de medidas que afectan a todos estos sectores.

conseguido los efectos deseados. En el campo de la rendición de cuentas o de comprobación de los avances, todavía estamos muy lejos.

2. LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS QUE HAN MARCADO DISTINTOS HITOS EN ESTE CAMPO: 1325, (2000), 1820 (2008), 1888 (2009), 1889 (2009) Y 1960 (2010)

Si bien hasta el año 2000 las resoluciones del Consejo de Seguridad no eran insensibles a las graves violaciones que, durante los conflictos armados se cometían contra las mujeres, lo cierto es que hasta entonces, las referencias se hacían siempre en compañía de otras graves violaciones del Derecho Internacional humanitario hacia los civiles y no había una sola resolución que considerase que estas violaciones graves de los derechos humanos de las mujeres debían considerarse, en cuanto tal, amenazas a la paz y seguridad internacionales. Por otro lado la mujer nunca había sido considerada expresamente como actor de cambio ni como agente de desarrollo en las comunidades a las que pertenecía⁵.

La primera resolución que marcará el punto de partida y que servirá de guía para las acciones de los Estados, las organizaciones internacionales e incluso ONG en este campo es la conocidísima resolución 1325 (2000). Las posteriores resoluciones, de hecho, van a ocuparse de aspectos puntuales que desarrollaran esta primera.

2.1. La Resolución 1325 (2000) y la mujer en el marco de las preocupaciones del Consejo de Seguridad

En esta resolución se dibuja un mapa de la situación de la mujer en los conflictos armados que podríamos llamar comprensiva en el sentido de que se ocupa de las situaciones de especial vulnerabilidad en que se encuentran muchas mujeres frente a muchos ataques y situaciones que les impiden el disfrute adecuado de sus derechos humanos; se trata también su posible contribución a la paz y la seguridad internacionales tanto antes como durante y después de los conflictos, tanto en beneficio de ellas mismas como de toda su comunidad y tanto para las actuales generaciones como las que vendrán posteriormente. Se pide una mayor representación de las muje-

⁵ GUY, A. and SIPOWO, T.: «The security Council on women in war: between peace-building and humanitarian protection» CICR, Vol 92, n. 877, 2010, pp. 197 y ss.

res en la prevención⁶ y resolución de los conflictos, tanto individualmente como a través de organizaciones de mujeres. Se exige que se tengan en cuenta las necesidades de las mujeres en los acuerdos y procesos de paz, incluidos los de desarme-desmovilización y reinserción⁷ y, finalmente, se exhorta a que se incluya la perspectiva de género en el reclutamiento, formación y competencias del ejército y los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

Quizás la parte más importante de la resolución es aquella en la que se pide simplemente a las partes que cumplan el derecho internacional vinculante, tanto el que recoge los derechos humanos en general como aquel que establece obligaciones específicas para hacer efectivos los derechos humanos en niñas y mujeres (Párr. 9). Si esta parte se cumpliera, prácticamente el resto de la resolución sobraría. Estamos hablando de que en la actualidad la mayor parte de las víctimas de los conflictos armados son mujeres (incluidas niñas). En palabras de Margot Wallstrom: a día de hoy, «ser mujer en el frente de batalla es más peligroso que ser un soldado»⁸.

Por lo que se refiere a la cuestión de la violencia sexual, es cierto que no es la primera vez que nos encontramos con condenas a este tipo de comportamientos en guerras especialmente violentas y la petición a las partes en conflicto y a los Estados que actúen para prevenir y poner fin a estos comportamientos.

Desgraciadamente, la guerra de Yugoslavia, nos abrió los ojos acerca de la utilización de la violencia sexual como arma de guerra y el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia se ocupó de hacer frente a la deficiente regulación de estos comportamientos en el Derecho Internacional. A través de sus sentencias y las del Tribunal Penal para Ruanda⁹, se desarrolló toda una línea jurisprudencial que llevaría a la consagración de las agresiones sexuales graves como posibles crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y actos de genocidio. A partir de allí los progresos fueron rápidos

⁶ Véase al respecto: OJINAGA, R.: «Las mujeres y la agenda de seguridad» *Cuadernos de Cantabria*, 2010, pp. 34.

⁷ Véase al respecto: UNIFEM: *Bien Comprendre, Bien faire: Genre et Désarmement, Démobilisation et Réintégration*, octubre 2004.

⁸ *El Mundo*, 10 de junio 2011.

⁹ ABRIL STOFFELS, R.: «*Progrès récents dans la sanction du viol comme arme de guerre*», *Pensée féministe* 2009, 211-233; ABRIL STOFFELS, R.: «Mujer y Justicia Internacional: lagunas normativas y papel de la jurisprudencia» en FUENTE NÚÑEZ, M. S. y LIÑÁN FARCIA, A. (Coord.): *Género y Derecho Luces y sombras*, CEDMA, 2009, pp. 241 y ss.; ABRIL STOFFELS, R.: «Las agresiones sexuales en conflictos armados como crímenes internacionales: tendencias recientes», en AZNAR, M. (Coord.): *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Tirant, 2004, pp. 17 y ss.

en el campo normativo y el Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus Reglas de Procedimiento y Prueba son una buena prueba de ello. Sin embargo, estos avances no son suficientes para una comunidad internacional cada vez más concienciada con la necesidad de proteger a las mujeres y niñas de estos comportamientos y para evitar la acción de unas partes en conflicto que se jactan con total impunidad de utilizar la violencia sexual para el logro de sus objetivos.

Por otro lado, tampoco es esta la resolución más contundente al respecto. Se limita a recalcar una serie de ideas que, no obstante son muy importantes: La responsabilidad de que las partes en conflicto se ocupen de forma especial de la prevención y protección de ataques sexuales contra las mujeres y niñas (párr. 10); y la responsabilidad de los Estados de enjuiciar y castigar a los culpables de este tipo de comportamiento tanto cuando constituyan crimen de guerra como crimen de lesa humanidad o acto de genocidio (párr. 11). Hasta aquí la resolución ha sido unánimemente aplaudida por la comunidad internacional. Sin embargo, luego se añade una cuestión que no puede sino ser duramente criticada «destaca la necesidad de excluir esos crímenes, siempre que sea viable, de las disposiciones de amnistía» lo cual es contradictorio con lo dicho anteriormente. Si se trata de tales crímenes internacionales, el Derecho Internacional impide la amnistía, es más establece principios como el de *aut dedere aut iudicare* y el de «jurisdicción universal» para evitar la impunidad de cualquiera de sus autores, tal y como, por otro lado subrayará este mismo órgano en otras resoluciones sobre la misma cuestión.

Sin embargo, no es la violencia sexual lo novedoso de esta resolución, dos cuestiones parecen preocupar principalmente al CSNU: por un lado, la participación de las mujeres en los procesos de paz y, por otro, que los actores internacionales que van a trabajar en este campo tengan en cuenta las necesidades y capacidades tanto en la fase de planeamiento como en la de ejecución y seguimiento de la misión.

En este sentido se «insta a los Estados Miembros a velar por que aumente la representación de la mujer en todos los niveles de adopción de decisiones de las instituciones y mecanismos nacionales, regionales e internacionales para la prevención, la gestión y la solución de conflictos (párr. 1)».

Por otro lado, este mismo párrafo resaltaré la necesidad de que este incremento sea tanto vertical como horizontal, es decir, para prevención, gestión y solución de conflictos, como a nivel nacional, regional e internacional. Constituye, por lo tanto, un buen punto de partida que desarrollará

en los siguientes párrafos pidiendo más presencia en momentos, decisiones y medidas concretas.

En lo referente específicamente a las Naciones Unidas, se pide al secretario general que incremente la participación de las mujeres en el terreno, en sede, y sobre el terreno, en el nivel de decisión y en el de ejecución. Se reclama, de hecho, el nombramiento de mayor número de representantes y enviadas especiales, policías y observadoras de todo tipo, solicitando a los Estados que presenten mujeres cualificadas para que ocupen estos puestos. Es interesante subrayar cómo esta petición se acompaña de otra en la que se pide que se aumente la aportación de las mujeres en las operaciones de las Naciones Unidas. Esto es, no solo es necesario que haya más mujeres, es preciso que su presencia sea tenida en cuenta y sirva para dar un giro a las operaciones de paz con nuevas contribuciones que desde su perspectiva y partiendo de su especificidad como mujer, su bagaje cultural y su vivencia social, puedan hacer servir para mejorar la eficacia de las operaciones, especialmente en algunos campos.

En paralelo, se pide la incorporación de una perspectiva de género en las operaciones de paz, en todos los niveles, planeamiento, ejecución y seguimiento, destacándose la posibilidad de que en algún caso sea necesario «un componente de género» sobre el terreno. Esto es, un dispositivo específico que trabaje en estas cuestiones (párr. 5)¹⁰.

Más allá de esto, el propio CSNU se compromete a tener en cuenta las necesidades y potencialidades de las mujeres en las resoluciones que adopte, incluyendo los embargos u otras medias amparadas en el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas. Para ello pide al secretario general que en sus informes sobre las misiones se traten estas cuestiones y que elabore uno específico sobre el papel de las mujeres en la consolidación de la paz y las dimensiones de género¹¹. De hecho este mismo órgano destaca como en 52 de los 58 informes sobre países presentados al CSNU por misiones de paz abordaron cuestiones vinculadas a los temas que interesan al CSNU¹².

Sin embargo, como hemos indicado anteriormente, es insuficiente la incorporación formal de las llamadas cuestiones de género si el personal que debe planear, decidir o ejecutar la misión no dispone de suficiente

¹⁰ VAÑÓ, R.: «La década trece-veinticinco: un análisis de género de las operaciones multidimensionales de paz», Anuario Español de Derechos Internacional, n. 26, 2010, pp. 333 y ss.

¹¹ Párr. 14.

¹² Informe del secretario general sobre la mujer y la paz y la seguridad de 29 de marzo de 2011 (UN. DOC 2011/698) párr. 7.

preparación al respecto. Es preciso subrayar que la formación y sensibilización no deben extenderse exclusivamente a aquellas personas que se ocupen del tema de las mujeres en la operación sino que todo el contingente debe tener una formación mínima puesto que las cuestiones de género tienen un alcance trasversal que puede afectar a muchas partes de la operación.

Por ejemplo, hasta los años 90 se construían campos de refugiados donde debían estar protegidas, pero en muchas ocasiones las mujeres que allí se cobijaban eran objeto de agresiones sexuales físicas en su interior como consecuencia de un inadecuado diseño de los campos, una falta de seguridad en el interior o la falta de previsión de actividades potencialmente peligrosas a estos efectos. Igualmente, se las obviaba a la hora de establecer puestos de responsabilidad y se les negaba capacidad de decisión. Por suerte, esto está cambiando.

En consecuencia, los párrafos 6 y 7 de esta resolución se ocupan de estas cuestiones, pidiendo a los Estados que organicen adiestramiento al respecto y que apoyen a los organismos de la ONU que lo están llevando a cabo o que lo vayan a hacer.

Sorprende la incorporación de «la concienciación respecto del VIH/sida en sus programas nacionales de capacitación» por parte de los Estados y de las propias NN. UU. No se trata de la necesidad de esta formación por parte de los contingentes, nadie lo pone en duda, sino de la incorporación de la misma en una resolución sobre mujeres y conflictos armados y lo que parece decir con ello. De hecho, esta estrategia de lucha contra el VIH/sida de las Naciones Unidas fue controvertida dado que algunos Estados entendían que con ello se estaba incitando a la promiscuidad de los contingentes¹³, mientras que otros entendían que era una forma de protección contra el VIH/sida para los miembros de las misiones y para las mujeres y hombres con los que mantuviesen relaciones sexuales a lo largo de su estancia sobre el terreno¹⁴. No se trataba, en todo caso, de la necesidad de ocuparse del tema, que era, algo más que evidente a la luz de los propios informes de secretario general de las Naciones Unidas, el problema es si era en este contexto en el que debía hacerse.

¹³ UNDPKO *Mainstreaming a Gender Perspectives in Multidimensional Peace Operations* (UN) June 2000, p.14.

¹⁴ La Comisión Económica de las Naciones Unidas para África advirtió el pasado octubre de que «las bajas en las fuerzas armadas y civiles relacionadas con el sida ponen en peligro la seguridad de muchos países africanos». (<http://www.tierramerica.net/2005/0723/noticias3.shtml>).

Asimismo se hace un llamamiento a que las partes (y entiendo que también los organismos humanitarios) tengan en cuenta las necesidades de mujeres y niñas en campamentos y asentamientos de refugiados y en procesos de desarme, desmovilización y reintegración. Ambas cuestiones han sido objeto de atención solo recientemente. Así, Amnistía internacional ha denunciado que las refugiadas de Darfur corren grave peligro de ser violadas pese a los esfuerzos de la ONU en este sentido¹⁵.

Finalmente, la aplicación de idénticos instrumentos de DDR (desarme, desmovilización y reinserción) a niñas, a niños y a adultos trajeron como consecuencia el absoluto fracaso de muchos de los mismos por lo que a la niñas se refiere. Un buen ejemplo de ello sería Sierra Leona donde el fracaso de algunos programas con las niñas llegó al 90%¹⁶.

En este sentido, el CSNU insiste en la necesidad de que también la negociación y aplicación de los acuerdos de paz tengan en cuenta las necesidades de mujeres y niñas, por ejemplo en el reasentamiento y la repatriación, en la rehabilitación, la reintegración y la reconstrucción, en la protección y la garantía del respeto del DIH. Según el secretario general de las Naciones Unidas de los nueve acuerdos de paz firmados en 2010 solo dos de ellos contenían disposiciones para garantizar los derechos de la mujer (en ambos participó como mediador las NN. UU.¹⁷.

A pesar de que el preámbulo parezca sugerirnos que se va a subrayar la necesidad de la participación de las mujeres de los países en conflicto en los procesos de paz¹⁸, solo en dos puntos de la parte dispositiva de esta resolución se hace referencia a esta participación cuando se habla de la posibilidad de «celebrar consultas con los grupos locales e internacionales de mujeres» (párr. 15) antes de decidir medidas que las puedan afectar directamente, y cuando se pide que se adopten medidas para apoyar las iniciativas de paz de las mujeres locales, los procesos autóctonos de solución

¹⁵ Amnistía Internacional: Las mujeres refugiadas corren grave peligro de ser violadas tanto dentro como fuera de los campos, a pesar de la presencia de la ONU Chad (30-09-09) (<http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/las-mujeres-refugiadas-corren-grave-peligro-de-ser-violadas-tanto-dentro-como-fuera-de-los-campos-a/>).

¹⁶ <http://argijokin.blogcindario.com/2008/02/08529-las-120-000-ninas-soldado-que-hay-en-el-mundo-son-ademas-explotadas-sexualmente-segun-un-informe.html>

¹⁷ Informe del secretario general sobre la mujer y la paz y la seguridad de 29 de septiembre de 2011 (S/2011/598), párr. 18.

¹⁸ Reafirmando el importante papel que desempeñan las mujeres en la prevención y solución de los conflictos y en la consolidación de la paz y subrayando la importancia de que participen en pie de igualdad e intervengan plenamente en todas las iniciativas encaminadas al mantenimiento y el fomento de la paz y la seguridad, y la necesidad de aumentar la participación en los procesos de adopción de decisiones en materia de prevención y solución de conflictos.

de conflictos y para hacer participar a las mujeres en todos los mecanismos de aplicación de los acuerdos de paz (párr. 8.b).

Esta es una resolución especialmente importante por varias razones:

- Por la contundencia con la que se manifiesta el CSNU,
- Porque el CSNU tiene la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales y, al ocuparse expresa y específicamente de estas cuestiones, asume claramente que las violaciones de los derechos de las mujeres en los conflictos armados y su participación en la construcción de la paz son aspectos que afectan a la paz y la seguridad internacionales y como tal deben ser tratados.
- Por la importancia que se da a las mujeres en todos los niveles de la construcción de la paz.
- Por el seguimiento y desarrollo que de esta resolución se ha hecho por parte de los distintos organismos asociados a las Naciones Unidas, pero también de otras organizaciones internacionales y ONG, no solo las que trabajan en el campo específico de los derechos de las mujeres, sino de todas aquellas que trabajan en contextos bélicos o posbélicos que adoptan, por lo menos formalmente, un enfoque transversal de género¹⁹.
- Por la implicación del secretario general de las Naciones Unidas en lograr el cumplimiento de esta resolución, convirtiéndose en un verdadero promotor de las ideas en él contenidas y forzando a los órganos de las Naciones Unidas²⁰ a avanzar en este campo.
- Por las respuestas dadas por los Estados, elaborando, en muchas ocasiones, planes específicos al respecto²¹, por las propias organizaciones que se han esforzado en su implantación²² y por las ONG que

¹⁹ UN, Ten-year Impact Study on Implementation of UN Security Council Resolution 1325 (2000) on Women, Peace and Security in Peacekeeping, 2011.

²⁰ Véase al respecto: DPKO: Ten Year Impact study on Implementation of UN Security Council Resolution 1325(2000) on Women, Peace and Security in Peace Keeping. Final Report, 2011.

²¹ Plan de acción del gobierno de España para la aplicación de la resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2000) sobre mujeres, paz y seguridad.

Sobre este tema véanse entre otros: NGO Working Group on Women, Peace and Security: From Local to Global: Making Peace Work for Women, pp. 48 y ss.

²² IE. NATO Workshop. on Gender Perspectives Training in the Context of Mainstreaming UNSCR 1325 into NATO-led Operations and Missions - NDC, Rome, 2-4 November 2011; NATO: Recommendations on Implementation of UNSCR 1325(2009);CWINF Guidance for NATO Gender Mainstreaming (2010); Implementation of EU Policies Following the UN Security Council Resolution 1325, Directorate-General for External Policies, Policy Department, 2010; UNIFEM: Women, Peace and Security: UNIFEM Supporting Implementation of Security Council Resolution 1325 (October 2004); DPKO; Guidelines for

la utilizan como documento de referencia en sus planes y proyectos, así como en su labor de *advocacy*.

La aprobación de esta resolución parece ser un revulsivo para la comunidad internacional a todos sus niveles y en toda su extensión, ya que, a partir de entonces, prácticamente cualquier documento que trate sobre conflictos armados, construcción de la paz o transición política va a mencionar directamente su contenido, tomándola como base para la adopción de sus medidas. También es cierto que se ha criticado en ocasiones que estas referencias sean más bien retóricas sin que el contenido de las medidas adoptadas haya servido realmente para la mejora de la situación de la mujer²³.

Así, si nos centramos en el sistema de las Naciones Unidas, podemos apreciar como la práctica totalidad de los organismos que la componen han adoptado iniciativas para responder a esta resolución²⁴. Esto no supone que el tema se haya resuelto; de hecho, el informe del secretario general sobre mujer paz y seguridad de 2009 destaca que en este campo los avances están siendo muy lentos²⁵. Por otro lado, en este y en otros marcos, las medidas propuestas son muy generales, por ejemplo «promover la participación de la mujer en la toma de decisiones» sin que quede claro cómo se van a concretar las mismas y sin indicadores o mecanismos de control sistemáticos para comprobar si se logran los objetivos marcados o dónde hay problemas de ejecución. Es remarcable, en todo caso, que la resolución 1820 (2008) del CSNU, dedicada especialmente a las agresiones sexuales en el marco de los conflictos armados, aparte de repetir en su preámbulo el

integrating Gender Perspectives into the work of United Nations Police in PeaceKeeping Missions (17 juNe 2007).

²³ “One government representative spoke of bureaucratic measures designed to mainstream gender into security policies that are in fact meaningless, ‘At the moment when we approve a project in a post-conflict zone we have to say whether it is environmentally sound - check - and whether it is benefiting women and men equally – check - people just tick that box. Has the conflict and human rights mainstreaming, really gained that much by getting a box on the programme form? [when] you just say yes, yes, yes, [without] really check those things enough. There were a lot of debates about mainstreaming but the real challenge is that everyone was trying to mainstream everything at that stage. Everything became a cross cutting issue, and gender was just perceived as getting in the way of people doing their jobs, a hurdle to leap through ticking a box, writing a paragraph. Done (en Hill, F. “How and when has Security Council resolution 1325 (2000) on Women, Peace and Security impacted negotiations outside the Security Council?” Tesis doctoral leída en la Universidad de Uppsala en 2005 y publicada en www.flickruby.org/writing/thesis.pdf”

²⁴ Véase entre otros el Plan de acción para todo el sistema de las Naciones Unidas sobre la aplicación de la resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad. (UN Doc. S/2005/636).

²⁵ Informe del secretario general sobre las mujeres y la paz y la seguridad (UN. Doc.: S/2009/465).

párrafo antes mencionado de la resolución 1325, añadida: «Profundamente preocupado también por los obstáculos y desafíos persistentes que dificultan la participación y la plena intervención de la mujer en la prevención y resolución de conflictos como resultado de la violencia, la intimidación y la discriminación, que menoscaban la capacidad y la legitimidad de la mujer para participar en la vida pública después de los conflictos, y reconociendo los efectos negativos que ello causa en la paz, la seguridad y la reconciliación duraderas, en particular la consolidación de la paz después de los conflictos»²⁶.

En definitiva, aparte de los informes que algunas ONG hacen al respecto, parece que los informes del secretario general son la mejor fuente de información y estos se centran en mostrar una panorámica general, dando simplemente ejemplos puntuales de afirmaciones que realizan²⁷.

2.2. La Resolución 1820 (2008) y la violencia sexual como preocupación central

Aunque a partir del año 2000 el CSNU va a dedicar anualmente una sesión a estas cuestiones²⁸, no será hasta ocho años después cuando se aprobará la segunda de las resoluciones del CSNU sobre mujeres y conflictos armados, dedicada especialmente a la violencia sexual contra las mujeres en estos contextos. Mientras, la presión de la sociedad civil y las ONG es cada vez mayor y se exige a las organizaciones internacionales que prote-

²⁶ Párrafo 11 de la resolución 1820 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 19 de junio de 2008.

²⁷ 2002 Report of the Secretary-General on women, peace and security (S/2002/1154); 2004 Report of the Secretary-General on women, peace and security (S/2004/814); 2005 Report of the Secretary-General on women and peace and security (S/2005/636); 2006 Report of the Secretary-General on women and peace and security (S/2006/770); 2007 Report of the Secretary-General on women and peace and security (S/2007/567); 2008 Report of the Secretary-General on women and peace and security (S/2008/622); 2009 Report of the Secretary-General on women and peace and security (S/2009/465); 2010 Report of the Secretary-General on women and peace and security (S/2010/173); 2010 Report of the Secretary-General on women and peace and security (S/2010/498), September 2010; Report of the Secretary-General: «Women's participation in peacebuilding» (A/65/354-S/2010/466); Informe del secretario general sobre la mujer y la paz y la seguridad de 29 de septiembre de 2011 (S/2011/598).

²⁸ Resoluciones del Presidente del Consejo (S/PRST/2001/31) de 31 de octubre de 2001, (S/PRST/2002/32, de 31 de octubre de 2002), (S/PRST/2004/40) de 28 de octubre de 2004, (S/PRST/2005/52) de 27 de octubre de 2005, (S/PRST/2006/42) de 8 de noviembre de 2006, (S/PRST/2007/5), de 7 de marzo de 2007 y (S/PRST/2007/40), de 24 de octubre de 2007.

jan y ayuden a castigar las agresiones sexuales en conflictos armados, pero también que se luche para evitar este comportamiento cuando es llevado a cabo por los organismos internacionales u ONG.

Esta última cuestión empieza a ser un secreto a voces. Si en los años 90 pocos se atrevieron a criticar la labor de miembros de operaciones de paz o de organismos humanitarios (así, se hablaba de los burdeles al lado de los campamentos de las operaciones de paz y del incremento de la prostitución infantil en los alrededores de los mismos), a principios del siglo XXI, especialmente en las misiones que se desarrollan en África, se publican muchas denuncias al respecto por los medios de comunicación de todas partes del mundo (en España *El País*²⁹ y *El Mundo*³⁰) y muchas ONG (Save The Children³¹, por ejemplo) subrayan en sus informes o noticias lo extendido de esta realidad, Frente a ello, si inicialmente el silencio es la respuesta, posteriormente, la propia ONU, a través de sus informes sobre operaciones de paz, pero también, por ejemplo, sobre la situación de los niños en los conflictos armados, va asumiendo esta triste realidad y comienza a tomar cartas en el asunto: se adoptan códigos de conducta, se elaboran procedimientos de quejas, se realizan programas de formación, campañas de «tolerancia cero»...

Pero salvo en casos muy contados, la ONU no acepta responsabilidad por estos comportamientos y los Estados mantienen un absoluto silencio sobre si alguno de sus contingentes está involucrado en este tipo de conducta. El resto de organizaciones internacionales, especialmente la Unión Europea, como hemos indicado anteriormente, van a la zaga de la ONU y también adoptan medidas al respecto sin ser transparentes en los datos completos de esta realidad.

Si la resolución 1325 no hizo referencia a la comisión de agresiones sexuales por parte de contingentes de paz, en esta resolución se reconoce su fracaso en dos sentidos. Por un lado, la existencia de explotación y abusos sexuales en operaciones de paz de las NN. UU. por los propios contingentes y por otro lado, la dificultad para proteger a mujeres y niñas en «campos de refugiados y desplazados internos así como en los procesos de desarme desmovilización y reintegración y en los esfuerzos de reforma de la justicia y del sector de seguridad que reciben asistencia de las Naciones Unidas»³².

²⁹ «La ONU pide endurecer las sanciones a los cascos azules por abusos sexuales» de 8 de febrero de 2012.

³⁰ «El Burdel de la ONU» de 22-11-2011, «La ONU investiga cascos azules en Costa de Marfil por abusos sexuales» de 2-9-2011.

³¹ Save the Children Reino Unido: Violencia sexual y explotación: La experiencia de niñas refugiadas en Liberia, Guinea y Sierra Leona, 8, 2002).

³² Párr. 10.

Así, para la cuestión de la llamada «conducta inadecuada», el CSNU pide al secretario general que prosiga e intensifique los esfuerzos para aplicar la política de tolerancia cero de la explotación y el abuso sexuales en las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, e insta a los países que aportan contingentes y fuerzas de policía a que adopten medidas preventivas apropiadas, incluso mediante la concienciación antes del despliegue y en el teatro de operaciones, así como otras medidas para garantizar una rendición de cuentas cabal en los casos de conducta de ese tipo que involucren a su personal.

Nótese que los esfuerzos y medidas son preventivos y punitivos. En el primer caso, tanto antes de enviar los contingentes como una vez desplegados con medidas de formación, concienciación y sensibilización.

Poco a poco se va desarrollando esta «formación» que inicialmente quedó limitada a cursos de dos horas, seminarios facultativos o formación por personas no especialmente capacitadas o solamente para personas que se dedicasen a cuestiones de género, pero progresivamente se va avanzando en este campo a través de códigos de conducta, manuales de formación, publicación de buenas prácticas como los elaborados por las Naciones Unidas o por la Unión Europea. Por lo que se refiere a los punitivos, lo cierto es que hay muy poca información al respecto y los Estados en general niegan la existencia de tales comportamientos por parte de los civiles o militares desplegados por su país. No se conoce la existencia de procedimientos disciplinarios ni mecanismos específicos al respecto. Seguramente existirán, pero como hemos indicado anteriormente, ello queda en la parte de «sensitive questions».

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, el fracaso en el mandato «de proteger», lo cierto es que se puede apreciar más un problema de eficacia (sea por el mandato dado, por la falta de formación al respecto, por los recursos humanos disponibles o por los recursos materiales puestos a su disposición) que una cuestión de concienciación. De ahí que el CSNU lo que pide en este caso es que se «elaboren mecanismos eficaces».

Dos párrafos de esta resolución que ahora analizamos son especialmente interesantes, como aquel en el que se subraya la forma en que las agresiones sexuales se pueden convertir en arma de guerra: «las mujeres y las niñas son especialmente objeto de actos de violencia sexual, incluso como táctica de guerra destinada a humillar, dominar, atemorizar, dispersar o reasentar por la fuerza a miembros civiles de una comunidad o grupo étnico». Nótese que la esencia de esta arma es que se convierte el cuerpo de las mujeres en un objeto de destrucción, por los efectos que produce en la comunidad en general y los varones en particular. En la utilización

de la violación como arma de guerra, la mujer, principal víctima de estos actos queda en un segundo plano, al no dirigirse el acto realmente contra ella sino contra otros. Lo mismo que se destruye una casa o se destroza un campo, se viola a una mujer o se agrede a una niña... Como, en el caso de la esclavitud, la mujer se convierte en un verdadero objeto, siendo invisible como sujeto, como individuo y como persona³³.

Por otro lado, el primer párrafo de la parte dispositiva de esta resolución vincula directamente la violencia sexual con la paz y seguridad internacionales, admitiendo la posibilidad del uso de la fuerza para poner fin a esta situación.

Insiste en que la violencia sexual, cuando se utiliza o *se hace utilizar* como táctica de guerra dirigida deliberadamente contra civiles o como parte de un ataque generalizado o sistemático contra las poblaciones civiles, puede agudizar significativamente las situaciones de conflicto armado y constituir en algunos casos un impedimento para el restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales, afirma en ese sentido que la adopción de medidas eficaces para prevenir los actos de violencia sexual y reaccionar ante ellos puede contribuir considerablemente al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y expresa su disposición, en las situaciones sometidas a su examen, a adoptar, cuando sea necesario, medidas apropiadas para hacer frente a la violencia sexual generalizada o sistemática.

Es la primera vez que, de forma autónoma e independiente a otros ataques a la población civil, el CSNU califica las agresiones sexuales como amenazas o impedimentos a la paz y la seguridad internacionales y admite la posibilidad de adoptar «medidas apropiadas» al respecto.

Es cierto que en contextos específicos, como en Sierra Leona o República Democrática del Congo, o en las resoluciones dirigidas hacia los civiles en conflictos armados ya se había tratado esta cuestión, pero nunca de forma específica, es decir, separada de otras violaciones del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos y con tal autoridad e independencia. Ni siquiera la resolución 1325 (2000) había llegado tan lejos. De hecho, si en la misma se hablaba de la

³³ De hecho, esa es la razón por la que alguna corriente feminista entienden que la violación como arma de guerra no debe ser considerada en cuanto tal como crimen de guerra ya que castiga no el acto contra la mujer en sí mismo, sino el objetivo perseguido y por lo tanto vuelve a «cosificar a la mujer».

Véase al respecto: EDWARDS, A.: «From the Margins to the Mainstream and Back again: Problems and paradoxes of Feminist Engagement in Global and Local Justice. Reflections on Nesiah, Kouvo, Andersson and Thomas» en KOUVO, S. and PEARSON, Z.: *Feminist Perspectives on Contemporary Law, Between Resistance and Compliance*, Hart, Oxford and Portland, 2011, pp. 133 y ss.

posibilidad de tener en cuenta las necesidades de las mujeres a la hora de adoptar sanciones, en este caso se prevé la posibilidad de adoptar sanciones contra las partes que cometan este tipo de actos³⁴.

Pero más allá de la utilización de la violencia sexual como arma de guerra, lo cierto es que sea por la consideración de la mujer como botín de guerra, por la situación de anarquía existente, por la relajación de los límites morales existentes... o por todo ello a la vez, lo cierto es que las agresiones sexuales se incrementan en todos los conflictos armados y es preciso hacer frente a estos hechos con rotundidad, especialmente cuando «tales actos... se han vuelto sistemáticos y generalizados y han alcanzado un grado alarmante de brutalidad» como es el caso en muchos de los actuales conflictos armados. Es por ello por lo que el primer llamamiento de la parte dispositiva se hace a las partes en conflicto, para que pongan fin a tales comportamientos y adopten medidas de prevención (disciplina militar, cumplimiento del principio de responsabilidad del mando, adiestramiento, refutación de mitos que alimenten la violencia sexual, la verificación de antecedentes de las fuerzas armadas y de seguridad para tener en cuenta su historial de violaciones y otras formas de violencia sexual y la evacuación hacia un lugar seguro a mujeres y niños en riesgo...) y protección a las víctimas de esos conflictos. Asimismo, se insta a que se trate este tema en los procesos de paz, cosa que hasta hace poco no se hacía regularmente, si bien es cierto que en los últimos tiempos empezaban a analizarse estas cuestiones aunque tímidamente, por ejemplo, en las Comisiones de la Verdad.

Si en su momento condenamos el párrafo 11 de la Resolución 1325 del CSNU, por no prohibir de forma absoluta la inclusión de las agresiones sexuales dentro de las amnistías decretadas normalmente al final del conflicto, en este caso debemos felicitarlos porque aquí sí se produce esta exclusión. Así, el CSNU enfatizará «la necesidad de que los crímenes de violencia sexual queden excluidos de las disposiciones de amnistía en el contexto de los procesos de solución de conflicto y hace un llamamiento a los Estados miembros para que cumplan con su obligación de enjuiciar a las personas responsables de estos actos»³⁵.

Es, además, un verdadero avance el que este órgano no se quede en la lucha contra la impunidad y protección de las víctimas y se destaque la necesidad de que estas disfruten suficiente y adecuadamente de su derecho al acceso a la justicia.

³⁴ Párr. 5.

³⁵ Párr. 4.

En realidad, para la lucha contra la impunidad y la protección de las víctimas, hay cuatro niveles: el nivel asistencial a cuyo desarrollo se refiere el párrafo 13, el nivel legislativo (evitar amnistías y desarrollo de normativa preventiva y sancionadora), la parte judicial, (acceso a la justicia) y la parte ejecutiva, que aquí no es contemplada nada más que para pedir que se elaboren mecanismos eficaces para proteger a las mujeres de estos comportamientos «en los esfuerzos de reforma... del sector de seguridad que reciben asistencia de las Naciones Unidas». De hecho, las referencias que se hacen a las fuerzas armadas son más bien para evitar que ellos cometan tales actos, pero poco se dice de su papel a la hora de recoger pruebas, proteger a las víctimas y testigos, detener a los culpables... Como más adelante veremos, esta se ha convertido en una de las partes más importantes del proceso de reforma del Sector de Seguridad por parte de las operaciones de construcción y consolidación de la paz. Por el momento, el CSNU nos habla de la capacitación de los miembros de operaciones de paz y personal humanitario para prevenir y reconocer este tipo de violencia. No se trata por lo tanto de una ampliación del mandato de cara a prevenir estos comportamientos cuando se habla de proteger a los civiles, (se entiende incluido este objetivo dentro del mandato), sino de concienciar, formar y capacitar a los contingentes de todos los sectores y a todos los niveles para que su actuación sea efectiva en este campo³⁶ y ello tanto a nivel de Naciones Unidas como de Estados que aportan contingentes.

Una vez más el CSNU se refiere a la necesidad de la participación de las mujeres en la resolución de este problema, en unos casos, pidiendo el aumento de mujeres en los contingentes³⁷ y en otros casos, pidiendo que se consulte a las mujeres de las poblaciones afectadas, como es en el caso de adopción de medidas de protección y prevención por parte de las partes en conflicto³⁸, y de adopción de mecanismos eficaces para la protección de las mujeres³⁹.

Finalmente, en dos ocasiones el CSNU se va a dirigir al secretario general para que le informe, en el primero de los casos, se le indica que cuando haga informes sobre situaciones concretas de conflictos armados específicos, incluya entre sus observaciones y recomendaciones referentes a la protección de mujeres y niñas contra este tipo de violencia. Pero también le pide un informe específico sobre la aplicación de esta resolución en el contexto de las situaciones de las que este está ocupándose, indicando

³⁶ Párrs. 6, 8 y 9.

³⁷ Párr. 8.

³⁸ Párr. 3.

³⁹ Párr. 10.

al secretario general un contenido mínimo que debe tener. En concreto, le preocupa especialmente recopilar información fiable sobre la situación y tendencias al respecto, propuestas para mejorar la eficacia por parte de Estados, OI y partes en conflicto y mecanismos para medir los avances logrados y para mejorar la calidad de la información recibida.

El primer informe al respecto se publica un año después⁴⁰ y lo más destacable de sus conclusiones y recomendaciones es el reconocimiento de una falta de información adecuada, la recomendación de utilizar medidas incluidas en el capítulo VII para hacer frente a estos comportamientos cuando se hagan de forma sistemática y generalizada, que en los Comités

⁴⁰ En este informe, tras hacer un repaso de los países y partes en conflicto que utilizan la violación como arma de guerra, como mecanismo de castigo, represalia o discriminación, aquellos en los que la violencia es generalizada y aquellos en los que reina la impunidad; se destacan tres factores que inciden directamente en la violencia sexual o que la agravan y ellos están vinculados a la inexistencia de medidas adecuadas para prevenir la violencia sexual, luchar contra la impunidad y afrontar la discriminación que en todos los campos sufren mujeres y niñas. Y se detiene en analizar algunas de estas y posibles formas de atajar el problema. Sobre el primer punto se habla de capacitación disciplina, compromiso y estructura jerárquica responsable dentro de las autoridades civiles y militares y de la necesidad de trabajar contra la discriminación de la mujer. Del segundo factor se desarrollan medidas de tipo legislativo (penal, tanto en delimitación del tipo como en la sanción y reparación a las víctimas y procesal así como leyes de amnistía), ejecutivo (policía y otras fuerzas de seguridad del Estado) y judicial, (tribunales tradicionales y tribunales militares y aplicación de la ley conforme a parámetros internacionales y desarrollo de medidas de reparación y protección hacia las víctimas) Finalmente no hay desarrollo específico del tercero que es considerado como transversal.

Por lo que se refiere a los abusos de las NN. UU. en este informe se aprecia la existencia de muchas iniciativas en el campo de la capacitación y concienciación y la adopción de un Boletín General del Secretario General en 2003 relativo a las medidas especiales de protección contra la explotación y los abusos sexuales que se configura como la norma base en este campo y a partir de la cual se desarrollan distintos códigos de conductas y medidas vinculadas a la responsabilidad de funcionarios y expertos de las Naciones Unidas. Sin embargo, el secretario general es consciente de que la eficacia de todas estas propuestas queda en manos de los Estados de ahí que pida capacitación a las tropas antes de ser enviadas, la adopción de medidas disciplinarias y el incremento del número de mujeres entre los contingentes que son enviados. Finalmente, el secretario general asume que hay un déficit importantísimo de información fidedigna, coherente y valiosa tanto cuantitativa como cuantitativamente que pueda ser de utilidad a organismos humanitarios como por las autoridades estatales para prevenir y castigar este tipo de comportamientos.

Se destaca asimismo la existencia de iniciativas para prevenir la violencia sexual por los Estados y partes en conflicto así como la población civil en el marco de las negociaciones de paz y de su consolidación. Pero en el marco de las misiones de paz, que es donde más perentoria parece la respuesta, se habla de programas de capacitación, catalogación de buenas prácticas, adopción de mandatos claros y comprensivos. Y luego se van destacando medidas que se han adoptado por distintas operaciones de paz o por organismos humanitarios y que parecen estar dando buenos resultados. (Informe del secretario general presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución 1820 del Consejo de Seguridad (UN. Doc. S/362/2009 de 15 de julio).

de Sanciones se introduzcan los nombres de personas y partes que cometan estas agresiones, y la propuesta de establecer un mecanismo de seguimiento e información periódico, similar al previsto en la resolución 1612 (2005) del CSNU para los crímenes graves contra los niños.

2.3 La Resolución 1888 (2009) y la búsqueda de mayor eficacia en el trato de la violencia sexual en los procesos de paz, DDR y Reforma de los sistemas de seguridad

Esta resolución reitera la parte esencial de la Resolución 1820 (2008) por lo que se refiere a la consideración de la violencia como amenaza a la paz y la seguridad internacionales, promoción de medidas de prevención y sanción, búsqueda de mayor y mejor información, posible adopción de sanciones contra partes responsables de estos comportamientos, requerimiento a Estados y OO. II, una mayor formación y sensibilización a sus tropas⁴¹, reforzamiento de la política de tolerancia cero hacia la explotación y abusos sexuales en las operaciones de paz y promoción de una mayor coordinación entre organismos internacionales y órganos de las NN. UU. que trabajan en un mismo país⁴².

Sin embargo, la parte más interesante de esta resolución es la que crea nuevos mecanismos de acción en este campo. Ante la dificultad de realizar grandes avances en esta problemática, el CSNU decide la creación de nuevos órganos con distintas funciones.

Así, primero «Solicita al secretario general de las Naciones Unidas que nombre a un representante especial para que aporte un liderazgo coherente y estratégico, colabore efectivamente para reforzar los mecanismos de coordinación existentes en las Naciones Unidas e inicie gestiones de promoción ante, entre otras partes, los gobiernos, incluidos sus representantes militares y judiciales, así como todas las partes en conflictos armados y la sociedad civil, a fin de afrontar, tanto en la sede como en los países, la violencia sexual en los conflictos armados, promoviendo al mismo tiempo la cooperación y la coordinación de esfuerzos entre todas las partes interesadas, fundamentalmente por medio de la iniciativa interinstitucional

⁴¹ Se exige que no formen parte de los contingentes de policía o fuerzas armadas aquellas personas que hayan estado asociadas con este tipo de comportamiento.

⁴² BARROW, A.: «UN Security Council Resolutions 1325 and 1820: constructing gender in armed conflict and international humanitarian law» ICRC, Vol. 92, n. 877, 2010, pp. 221 y ss.

“Campana de las Naciones Unidas contra la Violencia Sexual en los Conflictos”»;

Esta representante especial será Marhot Wallström, nombrada por el secretario general de las Naciones Unidas a principios de 2010 y que en el breve periodo de tiempo que ha estado ocupando este cargo ha llevado una importante labor de denuncia.

Asimismo se nos habla de la designación de un equipo de expertos que se ocupe de asesorar a aquellos países en los que la violencia sexual es especialmente grave. Este equipo de expertos debe ser multidisciplinar. La base sobre la que tiene que asentarse su acción es la construcción de un Estado de derecho que impida estos comportamientos y por ello debe contar tanto con juristas como con policías, mediadores investigadores penales, reforma del sector de seguridad, medios de comunicación, etc., prestando especial atención a la reforma judicial y penal.

Finalmente, decide que en coordinación con los asesores de género (y en su caso, las dependencias de derechos humanos) que están siendo implantados en la práctica totalidad de las misiones, se designen «asesores para la protección de las mujeres» en aquellos casos en que la situación sea especialmente grave.

Además, pide a los representantes especiales del secretario general y al coordinador del socorro y emergencia que presten especial atención a estas cuestiones.

El resto de la resolución presta especial atención al Estado de Derecho y la mejora del sistema policial y judicial, alentando a las operaciones de paz a que apoyen las reformas nacionales de los sistemas judicial y policial. Asimismo insiste en la necesidad de tratar a las víctimas y de incrementar la participación de las mujeres y organizaciones de mujeres en las reuniones de las NN. UU. con los Estados, en la negociaciones de paz desde el principio y en todos sus aspectos, *en particular en lo que respecta a los acuerdos sobre el acceso de la asistencia humanitaria y sobre derechos humanos previos a la cesación del fuego, a las disposiciones relativas a las cesaciones del fuego y a la vigilancia de su cumplimiento, al desarme, la desmovilización y la reintegración, a la reforma del sector de la seguridad, a la verificación de antecedentes de los candidatos a incorporarse a fuerzas armadas y de seguridad, a la justicia, a las reparaciones y a la recuperación y el desarrollo*; así como en la implantación de los correspondientes acuerdos.

Finalmente, el CSNU vuelve a pedir más información al secretario general encomendándole nuevos informes de desarrollo de aquel que ya presentó en respuesta a la resolución 1820 (2008), pero incluyendo nuevas

cuestiones que garanticen la eficacia de la acción de las NN. UU. y la implantación de las medidas adoptadas.

2.4 Resolución 1889 (2009) y la participación de las mujeres en los procesos de construcción y consolidación de la paz

Esta resolución supone un verdadero avance en la promoción y protección de los derechos de las mujeres afectadas por conflictos armados. Por un lado ya que se centra en la fase posterior al conflicto, en la que las medidas reactivas y de protección deben ir poco a poco siendo desplazadas por otras proactivas y de prevención y por otro lado, porque se insiste en el papel importantísimo que las mujeres pueden tener en este periodo.

Estas palabras del preámbulo podrían resumir la idea que está en la base de las medidas adoptadas en la parte dispositiva:

«Reiterando la necesidad de que la mujer participe de manera plena, efectiva e igualitaria en todas las etapas de los procesos de paz, dada su función vital en la prevención y la solución de los conflictos y en la consolidación de la paz, reafirmando la función fundamental que puede ejercer la mujer en la reparación del tejido social de las sociedades en recuperación y destacando la necesidad de que participe en la elaboración y aplicación de estrategias posteriores a conflictos a fin de que se tengan en cuenta sus perspectivas y necesidades.... reconociendo, a este respecto, que la marginación de la mujer puede demorar u obstaculizar la consecución de la paz, la seguridad y la reconciliación duraderas...».

En este sentido las medidas van dirigidas a tres actores, se despliegan sobre tres áreas y se desarrollan en tres momentos.

Evidentemente la labor más importante la va a tener el Estado afectado que debe contar con la mujer en la fase de construcción y consolidación de la paz, tanto en la adopción de medidas que les afecten directamente como en aquellas que afecten a la comunidad.

También se pide a los Estados que participan en misiones de paz o en operaciones de ayuda a la reconstrucción de estos países ya sea de forma directa ya sea a través de donaciones, que tengan en cuenta y exijan que los demás tengan en cuenta las necesidades y capacidades de las mujeres. Asimismo, cuando la participación sea directa, se pide una mayor presencia femenina tanto a nivel militar como policial y civil.

Por lo que se refiere a las propias Naciones Unidas, se pide al secretario que incremente el número de mujeres en altos mandos de las operaciones de paz o como representantes suyas, (en junio de 2011 5 de las 28 misiones de paz estaban dirigidas por mujeres y otras 5 contaban con jefas adjuntas y la proporción de mujeres que ocupaban puestos de categoría superior es de alrededor del 25%)⁴³, que inste a los Estados que participan en las misiones a que presenten y tengan en cuenta el papel de las mujeres y que los Estados afectados construyan la paz conociendo y valorando sus capacidades y las necesidades específicas que ellas y las niñas tienen en contextos post bélicos. Pide, asimismo, al secretario general que informe sobre los avances en este campo, siguiendo para ello una iniciativa del PNUD⁴⁴ sobre indicadores de género.

La primera área en la que debe trabajar es en la de la mayor participación de las mujeres, los datos no pueden ser más claros, hasta este año ninguna mujer ha dirigido unas negociaciones de paz y pocas son las que han participado en equipos negociadores, pese a que su contribución «informal» al proceso de paz haya sido ingente⁴⁵. Y lo mismo por lo que se refiere a los nuevos órganos del Estado, fuerzas armadas, policías, judicatura, parlamento, ayuntamientos, donde su presencia sigue siendo altamente minoritaria y su participación escasa. En segundo lugar, es preciso tener más en cuenta sus opiniones y puntos de vista (para ello se considera positivo el apoyo a grupos y asociaciones de mujeres) es decir que la participación sea cualitativa y no solo cuantitativa. Se dice que el número crítico para que un grupo pueda tener influencia en la colectividad, es el del 30% (masa crítica). Sin embargo, para poder participar adecuadamente hay que tener instrumentos de acción y ello requiere medidas a medio plazo de formación, socialización, comunicación, etc. En cualquier caso, como en el debate de las medidas de acción positiva, es importante que la sociedad vea y sienta la presencia de estos actores políticos, aunque sea solo para transmitir las necesidades y puntos de vista de las mujeres.

La última área de preocupación es la de hacer frente a las necesidades específicas de las mujeres y niñas en la fase de posconflicto, el propio CSNU subraya alguna de ellas: «Alienta a los Estados Miembros que se

⁴³ Informe del secretario general sobre la mujer y la paz y la seguridad de 29 de septiembre de 2011 (S/2011/598) párr. 26.

⁴⁴ PNUD «Seguimiento y evaluación con enfoque de género» en Enfoque de género en programas y proyectos de desarrollo (<http://www.undp.org/cu/pdhl/Modulo4/use/ref/manualbid.pdf>), pp. 86 y ss.

⁴⁵ Véase al respecto: OJINAGA, R.: «Las mujeres y la agenda de seguridad» Cuadernos de Cantabria, 2010, pp. 34.

encuentran en situaciones posteriores a conflictos a que, en consulta con la sociedad civil, incluidas las organizaciones de mujeres, definan de manera pormenorizada las necesidades y prioridades relativas a las mujeres y las niñas y formulen estrategias concretas, de conformidad con sus respectivos sistemas jurídicos, para atender esas necesidades y prioridades, que abarcan, entre otras cosas, la prestación de apoyo para que las mujeres y las niñas tengan mayor seguridad física y mejores condiciones socioeconómicas, mediante la educación, actividades generadoras de ingresos, acceso a los servicios básicos, en particular los de salud, incluida la salud sexual y reproductiva y los derechos reproductivos y la salud mental, un sistema de aplicación de la ley que tenga en cuenta las cuestiones de género y el acceso a la justicia, así como la mejora de la capacidad de la mujer para participar en la adopción de decisiones en el ámbito público a todos los niveles».

Finalmente, el CSNU se interesa por la participación de las mujeres en el momento del planeamiento o planificación, en el momento de ejecución y en el momento del seguimiento de las medidas adoptadas.

En el momento del planeamiento y por lo que se refiere a las misiones de paz, es preciso insistir en la presencia de un número mucho mayor de mujeres en los distintos organismos internacionales e incluso ministerios en la sede si los comparamos con las que hay sobre el terreno, por el contrario, en esta fase la carencia suele estar en la información y la participación de las mujeres de los países afectados. En el momento de la ejecución, la ausencia de contingentes internacionales femeninos sobre el terreno es patente en todas las operaciones de paz, mientras que la participación de las mujeres de los países sobre los que se despliegan estas misiones, en muchas ocasiones, se hace difícil tanto por la falta de seguridad como por los prejuicios sociales existentes. En la fase de seguimiento a los problemas de la fase anterior se deben añadir los problemas de la inexistencia de indicadores fiables y asequibles por lo que se refiere a la promoción real de los derechos de la mujer, con lo que los problemas de eficacia se agudizan.

2.5. La Resolución 1960 (2010) y la lucha contra la impunidad de las Partes en conflicto y de los criminales

Tal y como había dicho el secretario general en los últimos informes, la lucha contra la impunidad es un instrumento eficaz de prevención y además una obligación de todos los Estados. Sin embargo, el CSNU indica que pocos son los criminales que han sido finalmente detenidos y juz-

gados. Esto se debe, nos indica el CSNU, en parte a la falta de voluntad de los Estados, en parte a la falta de mecanismos judiciales y policiales eficaces para ello.

Partiendo de esta idea, se introduce la lucha contra la impunidad dentro de la llamada justicia transicional⁴⁶ y se destaca la necesidad de trabajar por las víctimas en todas las fases y desde una perspectiva amplia que pueda incluir desde el acceso a servicios de reintegración a la asistencia letrada.

En todo caso esta resolución, aparte de incidir en cuestiones de las que ya se había ocupado anteriormente (incremento de las mujeres en las operaciones de paz, labor de asesores de género y equipos de asesores, asesoramiento y capacitación) es reseñable por varias razones.

En primer lugar, reconoce que en ocasiones los fallos de protección de las operaciones de paz se deben a la deficiencia de los mandatos dados que no son claros y a la falta de medios. De esta forma, dice expresamente que la misión de protección de los civiles, incluye prevención y respuesta en los casos de agresiones sexuales y subraya la necesidad de que todos los contingentes y a todos los niveles tengan claro esta cuestión.

En segundo lugar, se solicita al secretario general que, a semejanza del mecanismo 1612 (establecido en 2005) se establezca un sistema de vigilancia de incidentes, tendencias y casos sistemáticos relacionados con las violaciones y otras formas de violencia sexual, utilizando para ello un sistema coordinado de recogida y análisis de la información. Aparte de para dar a conocer las partes que utilizan o condonan la violencia sexual de forma sistemática, y, con ello, publicidad, esto es, someterles a una especie de sanción, ello debe servir para dirigir las acciones de los organismos humanitarios y en su caso la acción misma del CSNU que podría llegar a imponer sanciones a las partes responsables de esta situación. Sin embargo, cabe subrayar que estos informes solo van a hacer referencia a las violaciones sexuales como crímenes internacionales y por tanto, a los cometidos por las partes y no a los cometidos por los organismos humanitarios o por la misma ONU, lo cual es una ocasión perdida para incrementar los

⁴⁶ Es imprescindible poner fin a la impunidad para que una sociedad en conflicto o que se está recuperando de un conflicto pueda enfrentar la realidad de los abusos cometidos en el pasado contra los civiles afectados por el conflicto armado y evitar esos abusos en el futuro, destacando la amplia gama de mecanismos de justicia y de reconciliación que pueden considerarse, incluidos los tribunales penales nacionales, internacionales y «mixtos», así como las comisiones de la verdad y la reconciliación, y observando que esos mecanismos pueden promover no solo la rendición de cuentas individual respecto de crímenes graves, sino también la paz, verdad, la reconciliación y los derechos de las víctimas.

instrumentos de lucha contra estos comportamientos. A principios de 2012 se emite este informe⁴⁷.

En tercer lugar, y aunque tímidamente se subraya la necesidad de mantener una comunicación eficaz con las comunidades locales, lo cual es importante a la hora de crear un clima de confianza entre ambos, obtener información y ser eficaces en su labor.

Finalmente por lo que se refiere a las operaciones de paz se, se menciona la política de tolerancia cero en materia de explotación y abusos sexuales, se insiste en el incremento del número de mujeres, y se solicita la elaboración de procedimientos para situaciones concretas destinados a hacer frente a la violencia sexual sobre el terreno.

Pasemos pues a analizar los dos campos que hemos mencionado anteriormente y que definen el estado actual de la cuestión: por un lado, perfilaremos la necesidad de percibir las mujeres como constructoras de paz y la necesidad de que se adopten medidas específicas para que se fortalezca su papel en los procesos de paz y reconstrucción del país y la necesidad de ocuparse de ello de forma transversal. Y por otro lado, veremos las medidas y los avances que hemos realizado en este siglo.

II. MUJERES COMO CONSTRUCTORAS DE PAZ Y SEGURIDAD EN LAS SOCIEDADES AFECTADAS POR CONFLICTOS ARMADOS. LAS NIÑAS, UN COLECTIVO OLVIDADO PERO CLAVE

La obligación de reconocer a la mujer su papel activo dentro de la ciudadanía de un país se configura como una cuestión de eficacia aparte de ser una necesidad jurídico-moral que queda reflejada en todos los convenios

⁴⁷ Lo primero que hace este informe es dar una definición amplia de violencia sexual. A continuación describe las funciones de las y los asesores para la protección de la mujer y sus vínculos con otros instrumentos ya existentes y con los que pueda colaborar como asesores de género o de derechos humanos. En segundo lugar, se menciona el problema de la impunidad y la falta de denuncia subrayando la existencia de una falta de tratamiento de lo que es un problema clave, el de los niños nacidos como fruto de las agresiones sexuales. A continuación nombra una serie de países en conflicto en el que hay un grave problema de violencia sexual cometido por las partes en conflicto y explica las dificultades y contexto en el que se produce esta violencia. También dedica una sección a la violencia posterior al conflicto y otras situaciones que generan preocupación y en el que los culpables son en ocasiones los mismos cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado o terceros pero que el Estado no es capaz ni de reprimir ni de castigar. Destacándose en este caso y una vez más, el tema de la impunidad y la dificultad de la denuncia. Finalmente nos habla de violencia sexual en el contexto.

internacionales aprobados después de la II Guerra Mundial y que a día de hoy es incontestable, como lo refleja su incorporación en la mayor parte de las constituciones de todos los países del mundo. Otra cosa es, como hemos visto antes, que ese derecho formal sea garantizado adecuadamente y que se tomen medidas para hacerlo realmente efectivo. En esto, todavía estamos lejos en la mayor parte de los países del mundo.

Como hemos indicado, la mujer hasta hace poco era vista exclusivamente como víctima y al grito de «¡las mujeres y los niños primero!», la mayor parte de las políticas a ellas dirigidas en el marco de conflictos armados iban destinadas a su protección frente a los efectos de las hostilidades, violencia, agresiones sexuales, penurias materiales, enfermedades y heridas... A pesar de todo, esta perspectiva ni siquiera garantizaba la verdadera protección de la mujer, ya que, a la hora de adoptar las medidas tendentes a su protección, no se tenían en cuenta sus necesidades y capacidades especiales.

Y en ello tenía que ver, como hemos indicado anteriormente, un inadecuado desconocimiento o falta de sensibilidad hacia estas necesidades ocasionado, entre otros, por la inexistencia de mujeres en los niveles de decisión o ejecución de las medidas de protección por parte de los protectores.

Pero no es solo esto, no se reconocía ningún papel a las mujeres destinatarias en la decisión o ejecución de políticas que iban a ellas dirigidas y mucho menos las que se adoptaban en pos del bien común⁴⁸. Ello no quiere decir que las mujeres no tuvieran un papel real en estas sociedades o en estos procesos. En muchas ocasiones, su papel era «informal», por ejemplo, a través de ONG o grupos de mujeres que trabajaban por el fin del conflicto⁴⁹. El propio secretario general de las Naciones Unidas llama

⁴⁸ DURHAM, H. and GURD, T. (eds.): *Listening to the Silences: Women and War*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2001.

⁴⁹ «Aunque la comprensión de las contribuciones que las mujeres pueden hacer y hacen a la consolidación de la paz a través de los procesos oficiosos está aumentando, con pocas excepciones las mujeres nunca están presentes en las negociaciones de paz oficiales. Con frecuencia se excluye a las mujeres porque no son dirigentes militares ni se encargan de las decisiones políticas; porque no participan en los conflictos como combatientes; porque se supone que carecen de los conocimientos adecuados para negociar; o simplemente por motivo de discriminación o por ideas estereotipadas. Las mujeres también pueden quedar excluidas de las negociaciones de paz porque sus intereses se consideran más amplios que los de los hombres que participan en las negociaciones» S/2002/1154, párr. 28.

Véase: INTERAGENCY TASK FORCE ON WOMEN, PEACE AND SECURITY: Open debate of the Security Council Resolution 1325 (2000) on «Women's equal participation and full involvement in all efforts for the maintenance and promotion of peace and security», p. 2; o MENDIA AZKUE, I.: loc cit., p.17 y ss. Informe: Rehn, E and Johnson Sirleaf, E.: Women, War, Peace: The Independent Experts' Assessment on the Impact of Armed Conflict on Women and Women's Role in Peace-Building, UNIFEM. p. 76.

la atención sobre la necesidad de «formalizar» esta participación, dándoles cabida directa en los equipos negociadores de paz. Sin embargo, parece que este paso se encuentra con importantes reticencias de los negociadores que no aceptan estos nuevos actores⁵⁰.

Pero veamos algunos aspectos de estas posibles aportaciones de las mujeres⁵¹.

- Mujeres-madres-esposas-hermanas como mecanismos de pacificación: puesto que la mujer es la base de la familia sobre la que se sustenta en general la trasmisión de valores a los hijos, su rol es fundamental a la hora de favorecer la reconciliación entre las partes en conflicto y en general en la sociedad afectada por el conflicto.
- Mujeres con nuevos roles que permanecen o promueven transiciones positivas hacia la normalización de la sociedad: el retorno a la vida normal de las familias en el marco de los conflictos armados suele ser muy difícil, por un lado por la violencia sufrida y por otro, por los roles asumidos en el marco del conflicto que no siempre coinciden con los asumidos en tiempos de paz. Y ello es especialmente agudo cuando el varón ha dejado el hogar y la mujer debe asumir las funciones de abastecimiento, dirección y seguridad que antes asumía el varón. Sin embargo, si se da cabida a la mujer en el proceso de paz, se puede facilitar esta transición y promover un sistema social resultante más equitativo. Así, las mujeres suelen ser las únicas en disposición de empezar pequeñas empresas o proyectos comunitarios para reestructurar la economía⁵².

⁵⁰ Informe del secretario general de las Naciones Unidas sobre las mujeres y la paz y la seguridad (UN. Doc.: S/2009/465, párr. 71).

⁵¹ En concreto, y a la luz de las experiencias de la participación de grupos de mujeres en procesos de paz, UNIFEM destaca una serie de aportaciones directas que las organizaciones de mujeres han hecho a distintos procesos de paz:

- Defensa y promoción continuada de la paz (a pesar de adversidades y de amenazas) (Colombia).
- Instauración de las bases de las negociaciones de paz (Irlanda del Norte).
- Construcción de lazos entre facciones opositoras (Somalia).
- Incremento de la inclusividad, la transparencia y la sostenibilidad del proceso de paz (Sudáfrica).
- Aportación de una perspectiva distinta a la de los hombres con respecto a las negociaciones, planteando cuestiones que, de otro modo, podrían ser ignoradas (El Salvador).
- Adelantos a largo plazo hacia la igualdad de las mujeres (Afganistán).
- Complemento de los esfuerzos en las construcciones de la paz (Liberia).
- Fomento de la reconciliación y ejemplo para el avance en la sociedad (Ruanda).
- Sostenimiento del acuerdo de paz en todos los niveles (Bougainville).

⁵² UNDPA.

- El liderazgo de muchas mujeres en los ejércitos puede transformarse en liderazgo social y ser una base a tener en cuenta en el proceso de construcción de la paz.
- La presencia de mujeres en puestos de decisión hace que se tengan en cuenta más y mejor las necesidades y debilidades de los niños y niñas.
- La participación de las mujeres en los procesos de transición y construcción de la paz amplía la legitimidad de base y fortalece el proceso de paz⁵³.
- La contribución de la mujer en los procesos electorales le permite participar en la reconstrucción nacional, da mayor legitimidad a las elecciones y logra que se tengan en cuenta sus necesidades.
- La intervención de las mujeres en los procesos de justicia transicional, ya sea en tribunales internacionales o en comisiones de la verdad han tenido un efecto importantísimo en la sanción y en el reconocimiento de la magnitud y de las consecuencias de los crímenes sexuales.
- La participación de la mujer en los procesos de negociación tiene elementos especialmente positivos dado que, por sus funciones en la familia y en la sociedad, ha desarrollado una alta capacidad de negociación y consenso y puede ofrecer una panorámica global y transversal muy valiosa en estos contextos.
- La capacitación de mujeres policías perfecciona la asistencia a las mujeres en casos de conflicto armado y situaciones pos conflictuales y mejora los procesos de rendición de cuentas, especialmente en crímenes sexistas.
- La presencia de mujeres en todos los niveles de decisión, ejecución y rendición de cuentas de procesos de desarrollo incrementa la eficacia y la eficiencia de las inversiones en desarrollo⁵⁴.
- La presencia de mujeres de los países en vías de desarrollo en decisiones referentes al desarrollo sostenible y al medio ambiente garantiza una perspectiva más amplia y real de los problemas analizados y de las soluciones dadas.
- La presencia de mujeres en decisiones referidas a desarme, desmovilización y reinserción hace que se tenga en cuenta, entre otras, la difícil situación en que se encuentran las niñas soldado y las comu-

⁵³ (S/2002/1154, párr. 29).

⁵⁴ Véase: ABRIL STOFFELS, R.: «Mujer y Desarrollo en el siglo XXI: resultado de un largo y difícil proceso» en SANZ CABALLERO, S. *Colectivos vulnerables y Derechos Humanos. Perspectiva Internacional*, Tirant Lo BLanc, Valencia 2010, pp. 205 y ss.

nidades a las que pertenecen en estos programas, y aportan nuevas perspectivas que mejoran la eficacia de estos procesos.

Además, existen movimientos de pensamiento que insisten en que la mujer⁵⁵, como tal, tiene unas características específicas que hacen que su participación en estos contextos sea especialmente relevante⁵⁶:

Desde esta perspectiva, la participación de la mujer en los procesos de paz y los efectos beneficiosos de la misma en toda la sociedad se retroalimentan, en el sentido de que a su mayor participación en estos procesos, mayores beneficios hay en el logro de los objetivos, lo cual conseguirá una mayor representación de las mujeres en todos los sentidos. Por ello, y para garantizar que las necesidades y potencialidades de las mujeres sean tenidas en cuenta en los procesos de paz, UNIFEM concluye lo inexcusable de que se adopten todas las medidas necesarias para que en estos procesos haya mujeres, que estas puedan participar en tiempo y forma adecuada y que se traten cuestiones vinculadas a sus necesidades y potencialidades⁵⁷.

Sin embargo, una vez más las dificultades son varias y no fáciles de solucionar:

- Cuestiones socioculturales de las sociedades afectadas que relegan a la mujer al ámbito exclusivo de la familia y, por lo tanto, la incapacitan para un proceso político-social.
- Mantenimiento de la imagen de la mujer como víctima más que como agente o parte activa de la sociedad que la relega al mero pa-

⁵⁵ Véase entre otros: Skjelsbaek, I.: «Género, Política y seguridad» *Anuario CIP 2000*, Icaria, 2000, pp. 163 y ss.; SJOBERG, L *Gender and international security: feminist perspectives*, Routledge, EE. UU.-Canadá 2010.

- ⁵⁶ Así, Iranzu Mendía, resumiendo las aportaciones de Brock Utne destaca que la mujer:
- Está conectada con la preocupación por la vida humana, lo cual tiene repercusiones en su antimilitarismo y antieconomicismo de las sociedades actuales.
 - Usa una variedad de técnicas, actos y estrategias no violentas entre las que el simbolismo juega un papel crucial.
 - Es transpolítica, a menudo transnacional y tiene como objetivo llegar a otras mujeres en el campo opuesto, lo cual se refleja en la existencia de importantes vínculos de asociaciones de mujeres con otros movimientos como el antimilitarista, ecologista, movimiento pro-derechos humanos.

En igual sentido y transcribiendo las conclusiones de un minucioso informe de UNIFEM, esta autora destaca:

- La capacidad de la mujer de tener perspectiva transnacional.
- Su visión basada en el respeto de la dignidad del individuo como tal.
- Su comprensión de que la paz está vinculada a la igualdad entre hombres y mujeres.

MENDIA AZKUE, I.: «Aportes sobre el activismo de las mujeres por la paz», *Cuadernos de trabajo de HEGOA*, n 48, 2008, p.1.

⁵⁷ UNIFEM: «Asegurar la paz:...» op. cit. p. 4.

pel de receptora de ayuda, impidiéndole convertirse en agente de paz y desarrollo.

- No ser actores directos del conflicto y, por lo tanto, entender que su participación directa no es necesaria como elemento con el que negociar⁵⁸ (se debe negociar con los dirigentes políticos, combatientes y aquellas fuerzas sociales que pueden poner en crisis el acuerdo de paz y entre ellos no se suele considerar a las mujeres). De hecho, desde 1992, solo el 2,4% de los signatarios de los acuerdos de paz fueron mujeres y ninguna de ella fue mediadora principal⁵⁹.
- Falta de capacitación de las mujeres debido a los obstáculos socio-educativos y culturales sufridos antes del proceso de paz.
- Falta de financiación, los generalmente escasos recursos que se destinan a grupos y prioridades entre los que no están las mujeres.
- Falta de sensibilidad acerca de sus potencialidades y necesidades como elementos claves para la construcción de la paz.
- Relegar su participación a procesos informales de paz, sin incluirlas en negociaciones oficiales y mecanismos de toma de decisiones.
- La necesidad de reequilibrar el tejido social y restablecer su medio de vida deja poca oportunidad a la mujer para participar en los procesos políticos o de consolidación de la paz.
- Persistencia de la violencia tras el fin del conflicto e inexistencia de medidas para hacer frente a la misma cuando se ceba en las mujeres en estos momentos de transición.
- Poca sensibilidad en cuestiones de género de los indicadores que se utilizan para evaluar los progresos realizados en el proceso de paz⁶⁰.
- Transversalidad de los intereses y necesidades de las mujeres en las operaciones de paz y procesos de paz.

Hemos visto en los epígrafes anteriores cómo la mujer debe estar presente oficialmente en las negociaciones de paz y en los mecanismos y operaciones que se implanten en su apoyo. Pero esto no es suficiente para garantizar que los derechos y oportunidades de las mujeres son tenidos en cuenta ade-

⁵⁸ Informe del secretario general sobre las mujeres y la paz y la seguridad (UN. Doc.: S/2009/465 párr. 71).

⁵⁹ Informe del secretario general sobre las mujeres y la paz y la seguridad (UN. Doc.: S/2009/465 párr. 22).

De hecho, algún autor ha destacado incluso la presencia de lenguaje sexista en las mismas y la nula referencia a la mujer en su contenido (véase al respecto MAGALLON, C.: *Mujer, Paz y Seguridad...* p. 67).

⁶⁰ Informe del secretario general sobre las mujeres y la paz y la seguridad (UN. Doc.: S/2009/465).

cuadamente⁶¹. Es necesario que se traten estas cuestiones desde una perspectiva transversal, esto es, que junto a medidas específicamente destinadas a la promoción y protección de los derechos de las mujeres, en el resto de las políticas o medidas que se adopten se valoren las posibles aportaciones y repercusiones de las mujeres en las mismas (por ejemplo, diseño de campos, reparto de ayuda, medidas de seguridad, organización social, sanidad, salud...)⁶². Asimismo, hemos subrayado como las operaciones de paz no deben limitarse a la reparación física sino que deben ir más allá, facilitar la reconciliación, protección, asistencia, reintegración, organizar elecciones, promover reformas en el sistema de seguridad interno, ayuda a la reconstrucción... y mejorar el acceso de la mujer a bienes y servicios sociales y humanitarios básicos de los que en general solo pueden beneficiarse de forma limitada y en ocasiones nula, especialmente en conflictos armados.

Por ejemplo, a la hora de promover el desarme, desmovilización y reinsertión de las facciones, el pedir las armas impide participar en dicho proceso a muchas mujeres que han tenido funciones no combativas en el ejército. Asimismo, el colocar a todos los excombatientes en un mismo programa y lugar puede suponer que se mantengan juntos secuestradores-violadores con sus víctimas...⁶³.

Otra cuestión especialmente interesante es la de la justicia transicional. Es necesario que los mecanismos previstos para lograr que la justicia que se imparta al final del conflicto, tenga en cuenta los crímenes cometidos contra las mujeres, dado que estas van a ser una parte importante en la construcción de la nueva sociedad. No se puede permitir que crímenes como las agresiones sexuales graves sean silenciadas o perdonadas en favor de una supuesta paz, condenando con ello al olvido e incluso, en oca-

⁶¹ “Certainly quotas alone cannot guarantee the emergence of a ‘gender perspective’ in the political process – although one is more likely to develop when a critical mass of women are in decision-making positions. We recognize that especially when numbers are small and cultural barriers enormous, quotas can only put women in power; they cannot guarantee that grass-roots concerns will be addressed. In Bosnia women parliamentarians told us they did not support action to legislate parental leave because they believed in women’s traditional role in the family. The Minister of Foreign Trade agreed with them: “Just because I am a woman,” she told us, “I will not fight for women’s rights.” (Rehn, E and Johnson Sirleaf, E.: *Women, War, Peace: The Independent Experts’ Assessment on the Impact of Armed Conflict on Women and Women’s Role in Peace-Building*, UNIFEM. p. 76).

⁶² HAERI, M. And PUECHGUIRBAL, N., “From Helplessness To Agency: Examining The Plurality Of Women’s Experiences In Armed Conflict”, *IRRC*, vol. 92, n. 877, 2010, pp. 103 y ss.

⁶³ Véase entre otros: Rehn, E and Johnson Sirleaf, E.: *Women, War, Peace: The Independent Experts’ Assessment on the Impact of Armed Conflict on Women and Women’s Role in Peace-Building*, UNIFEM. p. 76.

siones a la marginación a muchas mujeres que no solo han sido víctimas directas y específicas de esta violencia sino que, además, sufren castigos sociales por haber deshonrado al grupo y en ocasiones son expulsadas del mismo. Solo aquellos mecanismos de justicia transicional que, en cuanto al diseño, procedimiento, normas sustantivas y selección de jueces, fiscales y resto de personal de la administración de justicia, tengan en cuenta los intereses y necesidades de las mujeres pueden servir de verdadero mecanismo de transición a sociedades más justas y desarrolladas⁶⁴.

Evidentemente, la presencia de mujeres en las operaciones de paz y el que se tenga en cuenta a las mujeres de las sociedades locales en el diseño y ejecución de las operaciones de paz es fundamental para hacer frente a estos retos⁶⁵. Sin embargo, el propio secretario general de las Naciones Unidas resalta que esto no es por sí solo suficiente, ya que, por un lado, se corre el riesgo de feminizar las cuestiones de las mujeres y, con ello, el que no se traten estas cuestiones con la relevancia y trascendencia que realmente tienen. Por otro lado, insiste en que su mera presencia no es suficiente para la adopción de una perspectiva trasversal de género en las operaciones de paz, especialmente cuando sus funciones y capacidades no son ajustadas, su capacidad de dirigirse a sus superiores no está adecuadamente consagrada, su capacidad de coordinación no es suficiente o no hay protocolos establecidos de actuación al respecto⁶⁶. Por ello, a veces se entiende que esta perspectiva trasversal en las cuestiones de género solo se conseguirá si como complemento a esta medida se ofrece una verdadera y profunda capacitación a todos los integrantes de las misiones de paz, con lo que las propuestas de este agente de igualdad sean adecuadamente valoradas y recibidas por todos los niveles de decisión y ejecución de la misión⁶⁷.

Es necesario, eso sí, que haya una formación en estas cuestiones a todos los miembros de las operaciones de paz, que se sistematice la llamada «perspectiva de género» y que haya personas especialmente destinadas a la formulación, ejecución y seguimiento de estas cuestiones en las operaciones de paz. De hecho, la mayor parte de los organismos de la familia de las Nacio-

⁶⁴ Se han considerado como positivos los resultados de los tribunales penales para Yugoslavia y Ruanda así como las comisiones de la verdad de Sierra Leona o Sudáfrica, pero muy negativas las comisiones de la verdad en Sudán o los mecanismos de justicia tradicional en Ruanda.

⁶⁵ General Secretariat of the Council EU: Women, Peace and Security: The European Union in Action, February 2011.

⁶⁶ Informe del secretario general de las sobre las mujeres, la paz y la seguridad UN. Doc: S/2004/814 párr. 29.

⁶⁷ Véase entre otros informe del secretario general sobre las mujeres y la paz y la seguridad (UN.Doc S/2006/770, párr. 22 y ss.).

nes Unidas han invertido muchos esfuerzos al respecto, y en los informes de los Estados sobre el desarrollo de la plataforma de Pekín y de los organismos internacionales así se aprecia, aunque se destaque en ellos la incertidumbre acerca de si los efectos han sido proporcionales a las energías empleadas.

Tampoco están claros los efectos que toda la capacitación para la prevención de violencia contra las mujeres ha tenido en el freno de estos comportamientos en las sociedades afectadas por operaciones o misiones de paz. No podemos olvidar, en todo caso, que los contextos en los que trabajan y las sociedades con las que se relacionan las misiones internacionales de paz, tienen unas características sociales que en ocasiones va a ser necesario modificar para el logro de los objetivos marcados en la propia misión de paz, y por tanto la concienciación y profundización en las cuestiones vinculadas a la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres no se pueden reducir ni a los miembros de la misión ni a las sociedades a las que su acción se dirige, sino a ambos⁶⁸.

Así, se insiste la necesidad, entre otras de:

- Promover que el acuerdo de paz tenga en cuenta cuestiones de género, tanto en su fondo como en su forma⁶⁹.
- Que el mandato de la misión destaque los principios básicos de igualdad, participación femenina y transversalidad de las cuestiones que a ellas afectan.
- Que la planificación y presupuestación se tengan en cuenta las dificultades y responsabilidades que se van a tener en este campo, y en la recogida de fondos para el mismo.
- Que se incluyan mujeres en puestos de responsabilidad en todas sus fases.
- Que se prevean mecanismos de vigilancia y exigencia de la responsabilidad de la operación y sus contingentes por comportamientos inaceptables.

En concreto, toda misión debe planificar, presupuestar y ejecutar todas las medidas necesarias para garantizar:

- La seguridad necesaria para que las mujeres puedan ejercer los roles que la sociedad les ha asignado, y todos aquellos que puede y debe ejercer como ciudadana de pleno derecho.
- El igual acceso y participación política en las negociaciones de hombres y mujeres de todos grupos y etnias.

⁶⁸ EL JACK, A.: *Gender and Armed Conflict, overview report*, Bridge, Sussex, 2003.

⁶⁹ UN Depto Political Affairs (9/6/2006).

- La adopción de una perspectiva que tenga en cuenta los derechos y capacidades de las mujeres a la hora de elaborar la Constitución, proyectar el sistema electoral, instaurar un poder judicial y capacitar a la policía.
- El libre y total acceso a los servicios sociales (que existan, que sean asequibles y accesibles).
- La adopción de medidas que garanticen la seguridad de la mujer dentro y fuera de la familia, dentro y fuera del ámbito doméstico.
- Prevención y sanción de crímenes sexuales, y violencia contra las mujeres.
- Remoción de obstáculos jurídicos, económicos y sociales que obstaculizan sus oportunidades económicas.
- Su formación, capacitación y educación, adoptándose medidas especiales no solo en cuanto a la construcción de lugares donde se impartan, la contratación del personal, el diseño curricular, sino también en cuanto a la remoción de los obstáculos para el acceso a las mismas de las niñas, como pueden ser los de seguridad, sociales, económicos o familiares.
- La plena participación de las mujeres en los procesos de adopción de decisiones, control y sanción en la reforma de los sistemas del sector de seguridad⁷⁰.
- La adopción de todas las medidas necesarias en los ámbitos de desarme, desmovilización y reintegración de las mujeres combatientes (incluidas las niñas) y personas que se han visto vinculadas directamente a las fuerzas armadas.
- La necesaria especial de atención a las niñas, sus debilidades y sus capacidades como constructoras de paz y futuro de la sociedad.
- El desarrollo de un sistema judicial y de control que efectivamente garantice el cumplimiento de los acuerdos adoptados.
- La elaboración de indicadores sensibles a los intereses y necesidades de las mujeres en los campos en los que trabajan las operaciones de paz no solo a la hora de diagnosticar las necesidades, sino también a la hora de evaluar la eficacia de la misión.
- Por último, es necesario proceder a la sensibilización y capacitación sistemática de todos los participantes en operaciones de paz, sobre las necesidades y potencialidades de las mujeres en procesos de paz y reconstrucción; de hecho, esta es la línea emprendida por muchas organizaciones.

⁷⁰ Véase al respecto: VALASEK, K.: Security Sector Reform and Gender DCAF/INSTRAW, 2008.

Mención aparte merece la situación y potencialidades de las niñas, colectivo olvidado donde los haya y del que aquí solo subrayaremos su invisibilidad en procesos de educación a pesar de la importancia que tiene la misma para su futuro y el de sus comunidades: «Estos millones de niñas se encuentran marginadas en nuestras sociedades, menos sanas de lo que podrían estarlo, menos capacitadas, con menos posibilidades en sus vidas y menos esperanzas para el futuro. Cuando se convierten en mujeres, están mal preparadas para participar plenamente en el desarrollo político, social y económico de sus comunidades. Ellas –y sus hijos a su vez– corren mayores riesgos de sufrir las consecuencias de la pobreza, del VIH/sida, de la explotación sexual, de la violencia y del maltrato»⁷¹.

No podemos olvidar que las niñas, que a efectos de derecho internacional lo son hasta que cumplen 18 años, constituyen el presente y el futuro de las sociedades. Tal y como destaca M. J. Martínez Usarralde: «Los beneficios sociales y económicos de la extensión del derecho a la educación de las niñas ha quedado demostrado, año tras año, en aquellos países que atienden sus compromisos morales, jurídicos y políticos. Estos beneficios se traducen en...: * Beneficios financieros para las familias a largo plazo. * mejoras de la disponibilidad de mano de obra cualificada. * incremento de la productividad en las actividades agrícolas. * Reducción de la feminización de la pobreza. * Adquisición de competencias en materia de ahorro, salud y planificación familiar. * Mejoras en el civismo hacia la naturaleza en la misma sociedad. * Participación política de las mujeres y fortalecimiento del Estado. * Aumento de la calidad de vida y de los niveles de salud. * Disminución de las tasas de fecundidad prematura y cambios de modelos familiares tradicionales. * Reducción de la proporción de mujeres dependientes debido a las transformaciones en su autonomía»⁷².

Es más, en contextos bélicos y posbélicos, la educación sirve para ayudar a las familias a curar heridas y mirar al futuro⁷³. Démonos cuenta

⁷¹ Prólogo Kofi Annan Estado Mundial de la Infancia 2004.

⁷² MARTÍNEZ USARRALDE, M. J.: «La educación no puede esperar, una iniciativa de movilización social» en (ESCODA, E y GUILLÓ, J (Coords.) *Objetivos de desarrollo del Milenio y los derechos de la infancia y la adolescencia*, Save The Children, 2007.

Véase también IRDB/World Bank *Confronting the challenges of gender equality*. Global Monitoring Report 2007, pp. 105-148.

⁷³ «Aunque el relator especial se opone a la tendencia de tratar la educación nada más como una herramienta, reconoce que más allá del imperativo de los derechos humanos, la educación también hace posible la protección física, psicosocial y cognitiva que puede salvar y mantener vidas. La educación ofrece espacios seguros para aprender, así como la capacidad para identificar y proveer apoyo a las personas afectadas, particularmente niños, niñas y adolescentes. La educación atenúa el impacto psicosocial del conflicto y de los desastres, dando un sentido de normalidad, estabilidad, estructura y esperanza

de que el conflicto armado es, o debería ser, una interrupción en la vida normal de las sociedades en la que las mujeres en general y las niñas en particular, van a adoptar nuevos roles y adquirir nuevas responsabilidades. Hablamos no solo de las niñas que se convierten en cabeza de familia en el cuidado, atención y abastecimiento a hermanos y hermanas, hijos, hijas e incluso de progenitores, sino también de las que deben asumir el cuidado de las personas enfermas, de las que se vinculan directa o indirectamente a alguno de los ejércitos o de las que se ven privadas del entorno social al que pertenecen sea porque este se ha destruido, sea porque se desplazan a otra comunidad o entran en un campo de desplazados o refugiados.

Estas niñas, que pueden convertirse en adultas mientras dura el conflicto, luego deben volver a sus hogares y su rutina diaria. Ello puede suponer la pérdida de la significatividad del rol adquirido durante el conflicto, dado que la autonomía, autoridad y responsabilidad que han asumido hasta entonces se verá, normalmente, reducida. La educación debe preparar a las niñas, a sus familias y a las comunidades a las que pertenecen para hacer frente al reto de volver a su estatus habitual y participar en esta transición sin traumas⁷⁴.

Igualmente, en la reconstrucción de la paz, el papel de las niñas-mujeres es muy importante justamente por lo que acabamos de decir, por su influencia en los elementos más jóvenes de la sociedad (niños y niñas) que son los que deben construir el futuro, por la distinta percepción que tienen del conflicto, sus consecuencias y su forma de resolverse en relación con aquellos que han participado directamente en las hostilidades, y por la utilización de instrumentos psicosociales⁷⁵ distin-

durante una época de crisis, y proporciona herramientas esenciales para la reconstrucción social y la estabilidad económica futura”. Informe del relator especial sobre el derecho a la educación en situaciones de emergencia” de 10 de mayo de 2008, párr. 34 (UN.Doc A/HRC/8/10).

⁷⁴ Véase al respecto: BARNETT, K.: «A gender approach: Home truths for girls returning from the armed conflicts ad Groups» en CHILD SOLDIERS newsletter issue 13 spring 2005.

⁷⁵ «Los instrumentos psicosociales, entendidos en este contexto como recursos personales susceptibles de ser desplegados, tienen que ver con el rol que desempeña cada uno y, sobre todo, con la forma de desempeño de los mismos. En este sentido, la mujer, en muchas culturas, representa todavía básicamente el rol de “agente comunitario”, caracterizado por el cuidado, la expresividad (incluyendo el ser capaces de hablar de lo acontecido, de las pérdidas, las necesidades, la realidad anterior y la nueva realidad), el diálogo, la preocupación por la comunidad, por que mantenga su equilibrio y sobreviva... Un rol femenino no solo alimentador, sino nutricional, cuidador, dialogante y mantenedor de la cultura a la vez que preparada para el progreso en bien de todos... Un rol femenino capaz de reconocer la situación, reubicarse y reconstruirse» (Francisca Torres Jiménez).

tos a los de los varones en la resolución de conflictos y en la construcción de vínculos afectivos⁷⁶.

Es cierto que desde hace 10 años empezamos a ver un creciente interés y preocupación de la sociedad internacional por el tratamiento de esta cuestión. Esta preocupación llega hasta el CSNU (que, no olvidemos, se ocupa de hacer frente a las amenazas a la paz y seguridad internacionales) al hacer varios llamamientos a la comunidad internacional en general y a los Estados y organismos internacionales en particular, para que desarrollen y gestionen adecuadamente todas las cuestiones vinculadas al trato, asistencia y protección de las niñas en el marco de los conflictos armados. En estos llamamientos se insiste tanto en su especial vulnerabilidad como en el papel que pueden tener sobre los miembros activos de las sociedades presentes y futuras⁷⁷.

Este cambio en la concepción de desarrollo y en el papel que las mujeres tienen y deben tener en la sociedad viene definitivamente avalado por el hecho de que dos de los Objetivos del Milenio, el 2.º (Lograr la educación primaria universal) y el 3.º (Promover la igualdad entre los géneros y el empoderamien-

⁷⁶ «Por lo que se refiere a la construcción de vínculos afectivos, la mujer suele ser la figura de apego natural, por ser la más próxima durante más tiempo al bebé (lo pare, y normalmente es ella quien lo acuna, lo alimenta, lo asea, lo cuida...). La figura de apego es la primera figura emocionalmente significativa para un bebé. A partir de ella crea sus primeros vínculos afectivos, y también sus primeras angustias, provocadas por la posible ausencia o pérdida de la misma. En determinadas ocasiones se habla de cómo una madre en principio alimentadora puede o no llegar a ser una madre “nutricia”, incluyendo en esta figura el alimento afectivo-emocional, cultural, trascendente... yendo más allá del pan y del arroz» (Francisca Torres Jiménez).

⁷⁷ «Reafirmando el importante papel que desempeñan las mujeres en la prevención y solución de los conflictos y en la consolidación de la paz, y subrayando la importancia de que participen en pie de igualdad e intervengan plenamente en todas las iniciativas encaminadas al mantenimiento y el fomento de la paz y la seguridad, y la necesidad de aumentar su participación en los procesos de adopción de decisiones en materia de prevención y solución de conflictos», S/RES/1325(2000) de 31 de octubre.

En igual sentido encontramos otros documentos como las «Conclusiones convenidas de la Participación de la mujer en pie de igualdad en la prevención, la gestión y la solución de los conflictos y en la consolidación de la paz después de los conflictos» de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (de 12 de marzo de 2004), la “Declaración de Windhoek y el Plan de Acción de Namibia sobre la «Incorporación de una Perspectiva de Género en las Operaciones Multidimensionales de Apoyo a la Paz» de 31 de enero de 2000, la «Resolución del Parlamento Europeo sobre la Participación de las mujeres en la resolución pacífica de los conflictos» (2000), el Informe sobre la participación de las mujeres en la resolución pacífica de conflictos (2000/2025/INI) la Resolución de la AGNU “Nuevas medidas e iniciativas para la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing (A/RES/S-23/3 DE 16 de noviembre de 2000) o la iniciativa de Roma del G8 para “fortalecer el rol de las mujeres en la prevención de conflictos” de 18-19 de julio de 2001. Todos ellos dan muestras de estos nuevos giros.

to de la mujer⁷⁸) hablan específicamente a ellas. En el resto de los Objetivos del Milenio se hacen referencias claras y directas al papel que estas tienen en su logro. Por ejemplo, en el objetivo 4 se nos indica que la instrucción, especialmente para las niñas y las madres, puede salvar la vida de muchos niños, el objetivo 5 versa sobre la mejora de la salud materna, en el 6 (VIH/sida y otras enfermedades) se subraya la importancia que tiene la información de las mujeres y niñas en estos temas y en el séptimo (medio ambiente) se insiste en la importancia de la concienciación y formación de las mujeres.

Es más, este documento, cuyo contenido, no olvidemos, se convierte en objetivo a perseguir y compromete a todos los Estados y organizaciones internacionales tiene cuatro características que lo hacen especialmente pertinente en el tema que tratamos: primero, da prioridad a la educación, segundo, vincula educación y género; tercero vincula igualdad y desarrollo y cuarto, estimula el papel de la mujer como agente de desarrollo.

Sin embargo, dado que se trata de un colectivo especialmente vulnerable, que ocupa un lugar específico en la sociedad en la que habita y con un papel relevante en la construcción de la sociedad, se hace necesario un enfoque específico.

Concluimos este punto subrayando una idea que aparece en el último informe del secretario general de las Naciones Unidas y que afecta directamente a las mujeres en su rol de madres. Se trata de la necesidad de ocuparse de la suerte de los bebés nacidos como fruto de agresiones sexuales y de sus madres. El desprecio, incomprensión y abandono al que se ven expuestos muchos de estos bebés y sus madres ha sido invisible hasta ahora y ha generado mucho sufrimiento y muerte en unos y otros. Sorprendentemente, hasta ahora la única solución propuesta por muchos organismos humanitarios era exclusivamente el aborto de los así engendrados, sin dar apoyo a aquellas que o no tenían otra opción o no deseaban abortar. Tampoco se daba apoyo a estos niños y niñas que eran excluidos de sus familias y comunidades por el origen de su nacimiento, ni a las madres que los cuidaban y que en muchas ocasiones eran castigadas por ello.

⁷⁸ Frecuentemente se utiliza el concepto de empoderamiento específicamente en referencia a la mujer. Los programas de empoderamiento se orientan frecuentemente a permitir el acceso de las mujeres a los recursos y a la toma de decisiones, tanto individuales como colectivas y conseguir que ellas se perciban a sí mismas capaces y legítimas para ocupar un espacio en la toma de decisiones. El empoderamiento se incentiva cuando se fomentan la autoconfianza, seguridad en sí misma y asertividad; el poder para tener autoridad para tomar decisiones, realizar cambios y resolver problemas, y la capacidad de organizarse con otras personas para alcanzar una meta común.

<http://www.eumed.net/cursecon/dic/oc/empoderamiento.htm>

III CUESTIONES DE GÉNERO EN LAS MISIONES DE PAZ DEL SIGLO XXI

1. LA MUJER EN LAS MISIONES DE PAZ

La Resolución 1325 (2000) recalca claramente la necesidad de que las misiones de paz de paz y seguridad incrementen la presencia de las mujeres a todos los niveles y que se nombren más mujeres representantes especiales y enviadas especiales en estos contextos.

En este sentido, a pesar de que, como indica el último informe del secretario general, hemos avanzado al respecto, los últimos datos publicados de 2010 son los siguientes⁷⁹:

- El 30% de todos los civiles desplegados en operaciones de paz son mujeres (es aquí donde más se ha avanzado) (alrededor de 10.000).
- El 8,7% del personal policial desplegado son mujeres (alrededor de 80.000).
- El 2,42% del personal militar desplegado son mujeres.
- Solo una mujer dirige una operación de paz como representante especial del secretario general (a lo largo de la historia el total ha sido de siete) y exclusivamente cuatro mujeres son actualmente adjuntas a un representante.
- Una mujer es adjunta del comandante en jefe de una fuerza.
- Existe un contingente compuesto exclusivamente por mujeres (el contingente de policía de la misión de Liberia donde las policías proceden de la India).

Esto demuestra la infrarrepresentación de las mujeres a todos los niveles, en todo tipo de contingentes y en todas las misiones⁸⁰ aunque en el caso del contingente militar esta desproporción es mucho mayor.

Es cierto que este último dato debe interpretarse partiendo de una infra representación a nivel estatal en todos los países que aportan contingentes y de que la incorporación de la mujer al ejército ha sido en muchos países tardía y en otros todavía no existe⁸¹. Quizá por ello solo en el caso de los civiles se alcanza la llamada «masa crítica» del 30%, esto es una participación suficiente como para que su presencia pueda suponer un cambio en la diná-

⁷⁹ Gender Statistics by Mission, December 2011.

⁸⁰ Salvo MINURSO, en donde el contingente policial consta de seis personas, tres de las cuales son mujeres.

⁸¹ ESPUNY, M.J. (coord.): *La integración de la mujer en las Fuerzas Armadas: reflexiones históricas y realidades jurídicas para un debate necesario*, Bosch, 2010.

mica de la operación de paz. Por ello es necesario seguir avanzando en este campo, aunque también es necesario lograr que la presencia de estas mujeres añada algo a la operación, el equipo o el departamento de que se trate y ello está vinculado a las funciones y recursos que se le asignen, su capacidad y formación y el propio carácter de aquellas que participen en la misión.

La presencia de las mujeres en las operaciones de paz es fundamental por varias razones, unas vinculadas especialmente a la promoción y protección de los derechos de la mujer y su participación en el proceso de paz y otras vinculadas a todo el proceso de paz.

Por ello, es interesante subrayar cómo, a pesar de lo que nos indica el secretario general de las Naciones Unidas, el CSNU y, en general los organismos internacionales que actúan en estos contextos, el Departamento de Operaciones de Paz, en uno de sus últimos documentos más difundidos, parece justificar la presencia de mujeres exclusivamente por el beneficio que entre las mujeres se produce:

«La necesidad de mujeres cascos azules es mayor ahora que nunca antes. En muchos casos, las mujeres están en una mejor posición para llevar a cabo gran cantidad de funciones de mantenimiento de la paz, incluido la entrevistas con víctimas de violencia sexual y de género, trabajo con mujeres que están en prisiones, asistencia a mujeres ex-combatientes en los procesos de desmovilización y reintegración a la vida civil y para tutorizar a las mujeres cadetes en academias de policía»⁸².

Sin embargo, aparte de estas cuestiones que, sin duda son ciertas, se afirma que la presencia de mujeres en operaciones de paz es positiva también por otras razones:

«La presencia de mujeres supone el apoyo a las mujeres locales, hace a los hombres miembros de la operación más reflexivos y responsables (mejora su comportamiento), aumenta el surtido de habilidades y estilos disponibles en la misión, a menudo reducen la confrontación, normaliza las relaciones sociales en el interior de la misión, da mayor legitimidad a la misión de cara a la población local, reduce la prostitución en la zona de despliegue de la misión, permite ejemplarizar el avance social-femenino de cara a las poblaciones femeninas, niñas y jóvenes tienen líderes o iconos a los que querer parecerse»⁸³.

⁸² Factsheet United Nations PeaceKeeping versión de septiembre de 2009.

⁸³ DPKO: Mainstreaming a Gender Perspective in Multidimensional Peace Operations, julio 2000.

La presencia de las mujeres se ha visto obstaculizada, entre otros:

- Por cuestiones socioculturales y roles de las mujeres en las sociedades de los países de origen y en el país de destino.
- En el caso del ejército, por entender que la estrategia y moral de la tropa se podía ver afectada por las bajas causadas a mujeres-soldado⁸⁴.
- En el caso de las operaciones de mantenimiento, imposición o establecimiento de la paz, por entender que son contextos peligrosos a los que las mujeres no deben acudir por su especial vulnerabilidad⁸⁵.
- En el caso de países con fuerte presencia islámica social, por la posible reticencia de las autoridades y sociedad receptora a la presencia de estas mujeres.
- Por la existencia de fallos en la percepción de las necesidades de las misiones de paz que no son exclusivamente militares o políticas ni exigen especiales habilidades físicas o de otro tipo que no pueda tener la mujer en igualdad de condiciones que los hombres. Más bien, las actuales operaciones de paz requieren cada vez más un surtido de habilidades referentes a la transición y construcción de la paz y en ellas las mujeres tienen mucho que decir.
- Por un inadecuado diseño de los sistemas de promoción que en muchas ocasiones carecen de transparencia y formalización y dependen de los conocimientos y sensibilidad de los superiores.

No obstante, a la luz de los informes del secretario general de las Naciones Unidas al respecto, parece que estas reticencias no están basadas en la realidad y la presencia de las mujeres, como colectivo en las operaciones de paz a todos los niveles y en todos los puestos tiene efectos positivos.

Es más, tal y como se ha demostrado en Afganistán y en Irak, la presencia de mujeres puede mejorar las relaciones con las poblaciones locales, y abrir vías de comunicación con ellas (*female engagement teams* de los que hablaremos a continuación).

Sorprende, por otro lado, la dificultad de encontrar datos sobre la composición de los contingentes en términos de género, en organizaciones como la UE, donde salvo estimaciones generales no hay un documento con datos generales o de cada operación. Una vez más, estos

⁸⁴ Cañadas García-Baquero. La mujer en las Fuerzas Armadas. Torre de los Lujanes 2004; (52), p. 167.

⁸⁵ DPKO Mainstreaming, p. 16.

datos son considerados como sensibles. En cualquier caso, se destaca la necesidad de incrementar el número de mujeres que participan en las misiones y que lo hagan a todos los niveles, por lo menos hasta llegar a la masa crítica que suponga una influencia importante en el desarrollo y éxito de la misión. De igual forma, merece especial mención el esfuerzo de algunas misiones, por ejemplo, EUSEC RDC en fortalecer el papel de las mujeres en los campos militares o el de la misión en Afganistán, por promover una mayor participación e las mujeres en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Por el contrario, las NNUU tienen una política de transparencia absoluta al respecto, publicando mensualmente los datos de género en sus operaciones.

2. DESARROLLOS RECIENTES EN LAS OPERACIONES DE PAZ PARA LA INCORPORACIÓN DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Como consecuencia de todo lo anteriormente dicho, nos encontramos con una verdadera revolución en las operaciones de paz, lideradas por organizaciones internacionales, fundamentalmente las NN. UU., la OTAN y la UE con el objeto de acomodar su actuación a las directrices dadas. Desde esta perspectiva, numerosas son las iniciativas, unas más visibles y otras menos, que se han adoptado en este campo⁸⁶. Estos desarrollos se producen tanto en el campo de la planificación, ejecución como en el de la rendición de cuentas, si bien es cierto que en estas últimas el camino avanzado es menor⁸⁷.

a) Mandato y documentos de referencia de cada misión

En primer lugar debemos indicar que los últimos mandatos de las misiones recogen, en general, de forma expresa cuestiones de género entre las funciones a desempeñar por la paz. Por ejemplo en las desarrolladas en la República Democrática del Congo o en Afganistán por la UE o en Burundi, República Democrática del Congo, Uganda, Sudán y Liberia en el caso de la ONU, en otros casos, para misiones que ya estaban en curso se

⁸⁶ Véase por ejemplo: VILLEJAS ARIÑO, M., «Hallar nuevas palabras, crear nuevos métodos. La participación de las mujeres en los procesos de paz». *Informe del Centro de investigación para la paz CIP/FUHEM*, Madrid.

⁸⁷ FUNMIOLONISAKIN, BARNES, K. and IKPE, E., *Women, peace and security: translating policy into practice*. Routledge, USA, 2011.

han ido añadiendo estas cuestiones y su mandato se está adaptando a esta problemática. Además, en aquellas en las que las cuestiones de género no están expresamente presentes, la lectura del mandato, por lo que se refiere a los derechos humanos ha supuesto que se preste especial atención a estas cuestiones. En todo caso aunque esto último deba ser leído como positivo, debe tenerse en cuenta que supone el mantenimiento de la consideración de la mujer como víctima del conflicto, más que como actor de pacificación y democratización.

Por otro lado, debemos tener en cuenta el distinto objetivo que las operaciones pueden tener, para ajustar así su capacidad y potencialidad de acción en este campo. No es lo mismo una misión de observación, que una de construcción de la paz, una de interposición o una de apoyo a la frágil estructura existente. Finalmente, no es lo mismo trabajar en un contexto bélico como el de Afganistán a trabajar en Sierra Leona donde el margen de acción y el contexto permiten acciones más continuadas y concertadas, al tiempo que disminuir las preocupaciones en cuestiones de seguridad y ampliar el espectro de objetivos.

Por lo tanto, debemos constatar que el desarrollo y uso del concepto de *gender mainstreaming* en las operaciones de paz, entendido, según las propias NN. UU. como: «the process of assessing the implications for women and men of any planned action, including legislation, policies or programmes in all areas and at all levels. It is an strategy for making women's as well as men's concerns and experiences an integral dimension of the design, implementation, monitoring and evaluation of policies and programmes in all political, economic and societal spheres so that women and men benefit equally and inequality is not perturbed»⁸⁸, no suele aparecer en los mandatos, pero si está presente en la mayor parte de los documentos que lo desarrollan y en todos los niveles, especialmente el de planeamiento y ejecución⁸⁹.

Si bajamos de nivel, nos encontramos con los conceptos de operaciones y planes de operaciones (CONOPS y OPLAN respectivamente) que concretan a nivel de planificación y operativo el mandato dado a la misión, y que pueden servirnos de referencia para analizar la atención que se presta a las mujeres. Sin embargo, la difusión de estos documentos es «limitada» por lo que salvo algunas excepciones, desconocemos su contenido.

En todo caso, el OPLAN debe contener un anexo de normas específicas sobre cuestiones de género, destinado al efecto, recogiendo, además, la exigencia de informar sobre cuestiones de género y cualquier cuestión

⁸⁸ Agreed Conclusions of ECOSOC Coordination Segment on Gender Mainstreaming 1997.

⁸⁹ UNDPKO Gender Mainstreaming in Peacekeeping Operations. Progress report.

relacionada con la violencia sexual y por razones de género. Sin embargo esta documentación también está clasificada. Destaquemos, no obstante la existencia de una serie de recomendaciones de la Unión Europea sobre la violencia contra las mujeres y las niñas y que incluye las llamadas tres pes: prevención, protección y apoyo así como persecución de los criminales⁹⁰.

b) Formación de los miembros de la misión

Se ha insistido en que es fundamental que la formación de los contingentes de las misiones sea previa, pero también concomitante a la misión. En este sentido, la mayor parte de los Estados que aportan contingentes tienen cursos más o menos amplios de formación en cuestiones de género⁹¹, pero luego es preciso que se les forme en el marco concreto del mandato que tienen y que la formación continúe durante el ejercicio del mandato teniendo en cuenta en este caso, las circunstancias reales sobre las que van a tener que trabajar. Tal fue el caso en varias de las misiones de la RDC en las que se realizaron sesiones informativas y de formación a los contingentes de la Unión Europea sobre problemas y sensibilidades específicas de la zona por lo que se refiere a cuestiones de género.

En este sentido, tanto la UE como la OTAN y las Naciones Unidas han desarrollado *materiales on line*⁹² y cursos específicos de formación dirigidos a los contingentes que van a ser desplegados en una misión. Pero su duración y alcance han sido muy criticados. Por ejemplo, la Comisión

⁹⁰ EU Guidelines on Violence Against Women and Girls and Combating all Forms of Discrimination against Them (2008).

⁹¹ España realiza el primero de ellos en junio de 2011 con una duración de 40 horas. Y muchos países tienen cursos on line de estas cuestiones, pero son muy genéricos y hay poca participación en los mismos.

⁹² Un ejemplo de estos cursos sería: *UN Gender resource package for peacekeeping operations*, Volumen 1, New York 2004.

GARGAM, J. and CHARLESWORTH, H.: «La protection des femmes lors des conflits armés» en *Cours de Formation en ligne sur la problématique home-femme et les opérations de la paix*. Ressources. DFID/ DFAIT, 2002.

Otros ejemplos serían: *Gender Mainstreaming Policy Guidelines – 2006; Gender and Political Affairs Guidelines and checklist for Desk Officers – 2006; DPKO/DFS-DPA Joint Guidelines on Enhancing the Role of Women in Post-Conflict Electoral processes – 2007; Police Guidelines for the mainstreaming of gender perspectives; DPKO Gender Guidelines for Political Affairs – 2007.*

Guidelines for Gender Advisers and gender Focal Points – 2008; Checklist for Senior Management – 2008; Military Guidelines – 2010; Gender Guidelines for Mine Action Programmes- 2010; Gender Equality in UN Peacekeeping Operations- 2011- UNIFEM Advancing Gender Equality Using CEDAW and UN Security Council Resolution 1325 «Training Module For Gender Equality Advocates».

Europea ha organizado una serie de cursos en este campo, obligando a los funcionarios de determinado nivel a seguirlos, pero su duración (10 horas) y seguimiento han sido reducidos.

Podemos concluir, por tanto, que la formación previa al despliegue o incorporación a la misión queda en manos del país que envía los contingentes, lo cual puede ser en ocasiones positivo, pero demuestra una falta de interés y coordinación en estos temas que no se acomoda a las grandes proclamas y documentos firmados por las Organizaciones en este campo. Para mitigar esto, las organizaciones internacionales como la UE están promocionando, financiando y participando en alguno de estos cursos que se celebran a nivel estatal como es el caso del curso realizado en junio en España o en noviembre en Holanda. Otras organizaciones como la OTAN están trabajando en la mejor forma de mejorar esta formación⁹³. Sin embargo, es queja generalizada entre los participantes la necesidad de bajar del nivel teórico al nivel táctico y operacional que les pueda ser de más utilidad a la hora de afrontar sus responsabilidades y de que no hay una formación homologada a nivel de la Unión Europea.

Por lo que se refiere a la formación sobre el terreno, una vez iniciada la misión, hemos indicado la importancia de que el adiestramiento en estas cuestiones continúe sobre el terreno, acomodando las enseñanzas al contexto en el que esta está desplegada. De esta forma, los *gender advisor* pasan a ser pieza clave en la organización y seguimiento de esta formación. Una opción que se ha usado en Bosnia, y que parece producir sinergias, es generar-participar en foros de formación para las múltiples operaciones que trabajan sobre el terreno, sean de la UE o de la ONU y contar para ello con organismos como UNIFEM con una amplia práctica al respecto. En este caso, además, los cursos eran obligatorios para todos los miembros de la operación. Sin embargo, aparentemente, esto ha sido más una prueba piloto que un primer paso dado que no se ha continuado por esta línea.

En la práctica totalidad de las misiones que tiene desplegada en la actualidad la Unión Europea en las distintas partes del mundo existe un componente de formación a policías, soldados, jueces, fiscales e incluso medios de comunicación para que se conviertan en instrumentos de paz, desarrollo y seguridad en el país, y se entiende que dentro de estos campos se encuentran las cuestiones de género y derechos humanos.

De esta forma, EUPM y EUFOR realizan cursos de formación en cuestiones de género para policías y soldados bosnios (por ejemplo, sesiones de

⁹³ Por ejemplo la OTAN ha organizado, en noviembre de 2011, un grupo de trabajo dedicado específicamente a mejorar la formación de sus tropas en cuestiones de género.

formación a policías especializados en sistemas de resolución de conflictos y educación para la paz desde la perspectiva de género) en todos los niveles de la cadena de mando. EULEX Kosovo participa en el establecimiento de unidades de violencia y en la formación de oficiales que asistan a las víctimas, además, se están elaborando unas *guidelines* sobre derechos humanos y mujer, centrándose en la violencia y el tráfico de personas). En ellos, por ejemplo, se recomienda la tasa cero de tolerancia para el abuso o comportamiento indebido. En todo caso, se critica que, en el tráfico de personas, esta misión no está siendo muy efectiva, y la escasa presencia de mujeres dentro de la misión se está dejando ver en la eficacia de la misma. En el despliegue de EUPOL COPPS, a pesar de no existir referencias expresas en el mandato a cuestiones de género se realizan talleres y seminarios sobre crímenes de honor, violencia doméstica y otros problemas especialmente graves en esta zona y todo ello en colaboración con algunas instituciones palestinas.

La misión EUPOL Afganistán es singular puesto que entre sus objetivos está la formación y plena incorporación de la mujer a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, lugar que hasta ahora estaba prohibido para ella. Se pretende, además, que puedan alcanzar en breve medios y altos mandos y que puedan servir para la promoción y protección de los derechos de la mujer en una sociedad tan discriminatoria como la afgana. Esta incorporación se entiende como positiva no solo por la cercanía y posible mayor sensibilidad hacia las víctimas sino por introducir nuevas perspectivas y parámetros en estos campos.

En lo tocante a la formación en cuestiones de género a los funcionarios del país sobre el que se despliega la misión, es fundamental que se haga a todos los niveles de mando como a mandos intermedios o tropas (en el caso de Afganistán, por ejemplo, la UE se encarga de altos mandos y mandos intermedios mientras la ONU se encarga de las tropas) y con competencias tanto en el campo de planificación como de ejecución y control.

También es común en muchos países sobre los que se despliegan misiones de paz, la existencia de un grave problema de violencia física y de abusos sexuales (Sudán, RDC, Kosovo, Afganistán) que queda impune y es tarea de las Organizaciones, a través de la formación de los distintos cuerpos, eliminar esta cultura de impunidad en las distintas administraciones y lograr, como medida de prevención, que se traten y castiguen estos comportamientos⁹⁴. Así, la misión EUSEC RDC implantó un proyecto de

⁹⁴ Véase al respecto *Violence in Armed Conflict Global Overview and Implications for the Security Sector* Geneva, DCAF, 2010.

formación al ejército congoleño en el marco de la estrategia nacional de lucha contra la impunidad.

Por lo que se refiere a la formación de la policía afgana, lo cierto es que aunque está entre los objetivos y se hayan llevado a cabo seminarios a los que asisten hasta jueces y abogados que se ocupan de la defensa de las víctimas, la continua militarización de la policía y los retos a los que se debe enfrentar hacen que se vaya apartando poco a poco estas cuestiones dentro de la formación hasta quedar, en muchas ocasiones como algo testimonial. En todo caso, el grave problema existente de violencia física y abusos sexuales contra las mujeres requiere aquí como en otros países, especialmente Sudán, RDC o Kosovo, que se elimine entre estos funcionarios y trabajadores la pasividad existente al respecto y lograr, como medida de prevención, que se detecten y castiguen estos comportamientos.

Desde esta perspectiva, es triste que, por cuestiones presupuestarias o contextuales, se renuncie o se minimicen este tipo de cursos. Tal es el caso de Afganistán donde una creciente inseguridad ha determinado que la formación de policía por parte de las NN. UU. se haya centrado durante un tiempo en cuestiones de tipo militar-defensivo y de lucha contra el terrorismo (militarizando con ello este cuerpo) dejando de lado, o incluso eliminando, la formación en cuestiones de género. Ello es un verdadero problema en un país en el que incluso las mujeres que forman parte de la policía y otro tipo de fuerzas de seguridad del Estado, reciben acoso y no son tratadas en el mismo nivel que los varones.

Si bien es cierto, tal y como indica el relator especial de violencia contra las mujeres⁹⁵, que la inexistencia de un cuerpo de policía fuerte, formado y cohesionado y la presencia de la corrupción están en la base de la indefensión en la que se encuentran muchas mujeres, también es preciso que esa policía esté preparada en cuanto a detección de crímenes como la violencia de género o las agresiones sexuales, así como en cuestiones procedimentales y de trato de la víctima en el momento. En las misiones de ayuda a la formación de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, ejército, los jueces y los fiscales, en la parte destinada a que estos acomoden su comportamiento a los estándares mínimos de Estado de derecho y derechos humanos, las cuestiones de género son nucleares por ejemplo a la hora de poner una denuncia y del sustanciamiento del proceso para evitar la doble victimización⁹⁶.

⁹⁵ Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences (E/CN.4/2006/61/Add.5 p. 12).

⁹⁶ *Ibidem*.

Por ello es importante subrayar la necesidad de una perspectiva de *mainstreaming*⁹⁷ que se quiso dar a la reforma del sistema de seguridad en RDC lo cual afectó a la formación, pero también al reclutamiento, dado que se exigía que a la hora de reclutar policías se tuviese en cuenta la existencia de antecedentes de violencia sexual y de género en el curriculum vitae del candidato.

En todo caso, puesto que en este tipo de agresiones hay un componente sociológico y cultural se hace imprescindible que la formación no se reduzca al trato a las víctimas sino también a su entorno. Parece que un adiestramiento de 20 horas (a veces *on line*) no es suficiente para sensibilizar y formar a los formadores en cuestiones de género con una labor tan importante como la que desarrollan. No olvidemos que en muchas ocasiones, la principal tarea de estos contingentes es preparar a otros policías que hagan las funciones de formadores dentro de sus cuerpos.

c) Instrumentos para mejorar el trato de estas cuestiones en las operaciones de paz

La resolución 1325 (2000) y la experiencia han demostrado que uno de los mecanismos más útiles para el mejor tratamiento de estas cuestiones es el nombramiento de asesores de género (*gender advisor*) en las misiones⁹⁸. Estos *gender advisors* deben estar en continua comunicación con todos los niveles de mando y poder hacer sugerencias, proposiciones y quejas en todos ellos. Asimismo, y si, como parece ser el caso en las misiones de la EU, OTAN y NN. UU., debe adoptarse una perspectiva de *mainstreaming*. Estos *gender advisors* deben estar presentes cuando se adopten decisiones en todos los campos de acción de la misión. Según el propio CSNU, tanto ellos como los *Gender Focal Points* «deberán ocupar un lugar estratégico en el organigrama, próximo a los mandos de la operación o de la misión, participar, si procede, en las reuniones estratégicas, para disponer de acceso a la información necesaria para la integración transversal dentro de esa

⁹⁷ ELSIE ONUBOGU (AUTHOR), LINDA ETCHART (AUTHOR), RAWWIDA BAKSH (AUTHOR), TINA JOHNSON (AUTHOR), «Gender Mainstreaming in Conflict Transformation: Building Sustainable Peace», en *New Gender Mainstreaming Series on Development Issues*, 2005.

⁹⁸ De hecho, en el documento: Conclusions of the General Affairs and External Relations Council (GAERC) of the Council of the European Union Secretariat document (14884/1/06 Rev1) on promoting gender equality and gender mainstreaming in crisis management. Documento de 13 de noviembre 2006, se pide que todas las misiones de la UE cuenten con un Gender Advisor.

operación o misión, y contar con el respaldo necesario para llevar a cabo la integración transversal en los diversos componentes de la operación o misión»⁹⁹.

Inicialmente, la función de *asesores de género* estaba muy vinculada a la de asesores de derechos humanos, hasta el punto de que era la misma persona la que asumía ambas funciones, incluso sin tener formación específica en cuestiones de género. Si por un lado esto fue positivo, para la erradicación de las violaciones de los derechos humanos, se corrían dos graves peligros que los propios informes denuncian, por un lado, que se minimicen las cuestiones de género en beneficio de una perspectiva más amplia y por lo tanto, por así decirlo, la función de asesor de derechos humanos no pueda alcanzar todas sus potencialidades. Y por otro lado, que, como también hemos mencionado anteriormente, si bien que el asesor sea un especialista en cuestiones jurídicas, no lo sea tanto como activo sociopolítico en el sentido de proponer medidas que vayan más allá de la denuncia de la violación de los derechos humanos, pudiendo afectar también a la erradicación de las bases culturales y sociopolíticas de estas violaciones. No obstante, debemos recordar que en muchos contingentes, como es el caso de los españoles, existe un asesor jurídico por grupo, que analiza cada una de las acciones que realiza sus tropas, con lo que, en ese momento, se entendía que esta situación era suficiente.

En las misiones de Kosovo y Afganistán y en otras misiones en las que se ofertan plazas para este trabajo se define al asesor o asesora de género como una persona con especialización universitaria en cuestiones de género, conocimiento de los últimos desarrollos y avances en este campo tanto a nivel internacional como a nivel formal e instrumental. Se le pide experiencia en el trabajo con organizaciones internacionales, especialmente en cuestiones de género (*change of attitudes*), en formación en estas cuestiones, la práctica en proyectos de desarrollo se considera deseable y la vinculación control expertos en género y en gestión de crisis se considera como deseable. Este perfil se acopla adecuadamente a las funciones que se le asignan al asesor o asesora de género. Así, se espera de él o ella prestar asistencia transversal de género en todas las políticas, programas y proyectos, hacer un seguimiento de estas cuestiones, promover la igualdad de género e igualdad de oportunidades en la misión y garantizar la participación de las mujeres en la resolución de conflictos, el asesoramiento, el establecimiento de pautas para el logro de los objetivos marcados en este

⁹⁹ Lessons and best practices of mainstreaming human rights and gender into CSDP military operations and civilian missions (Doc 17138/1/10) 30th November 2010.

campo, el apoyo en el campo de la formación del personal en cuestiones de género, el posibilitar los contactos y la coordinación con otras organizaciones, el asesoramiento y la garantía del cumplimiento de los compromisos en materia de reclutamiento, la revisión de estrategias, información y, por último, el establecimiento de hechos, y motivación de los compañeros en el trabajo para el logro de los objetivos en este campo¹⁰⁰.

En las misiones que están en funcionamiento en la actualidad hay presencia generalizada tanto de *asesores de género* como de *asesores de derechos humanos*, con la peculiaridad de que, en muchas ocasiones, ambos puestos los ocupa la misma persona. Y con la queja de los propios asesores de género de no tener formación adecuada para llevar a cabo adecuadamente sus funciones.

La necesidad de una especial formación para estos asesores y asesoras, la dificultad en su reclutamiento, y el hecho de que en muchas ocasiones la función de asesoría en cuestiones de género no sea la única que tienen las personas asignadas y, por supuesto, cuestiones presupuestarias, dificultan la eficiencia de este cargo. Además, algunas misiones no tienen cubierto el puesto por falta de candidatos preparados y en otros casos la designación de una persona no tiene que ver con su formación o capacidades sino por las necesidades impuestas e incluso, en muchas ocasiones, por el mero hecho de ser mujer, que parece que habilita más al soldado o policía en las cuestiones de género. Por otro lado, al ser puestos de reciente creación, es necesaria la creación de manuales de buenas prácticas, guías y protocolos de actuación que puedan ayudar a las personas que ocupan estos cargos. De hecho, la propia OTAN está en proceso de reflexión al respecto¹⁰¹. Asimismo, es fundamental una buena coordinación entre las o los asesores de género que trabajan sobre el terreno y aquellos que trabajan en sede, entre los que planifican y los que están en la fase de aplicación de las medidas.

Por último, las propias Naciones Unidas tiene en la actualidad en la Unidad de Género a seis asesores de género, uno de ellos especializado en formación y otro en lucha contra la violencia sexual. Asimismo el 46% de las misiones de paz cuentan con al menos un asesor de género y el resto

¹⁰⁰ Mainstreaming, Human Rights and Gender into European Security and Defence Police; Compilation of Relevant document (Consilium, 2008).

De hecho, estos mismos son los requisitos que se solicitan en las ofertas de trabajo para asesores de género en las distintas misiones de las NN. UU. y también de la OTAN.

¹⁰¹ NATO Workshop. on Gender Perspectives Training in the Context of Mainstreaming UNSCR 1325 into NATO-led Operations and Missions - NDC, Rome, 2-4 November 2011.

tienen *coordinadores de cuestiones de género* (que vienen a asimilarse a lo que hemos llamado *Gender Focal Points*¹⁰²).

Igualmente se enfatiza la necesidad de evitar que asesores de género también lo sean de derechos humanos, o en varias misiones, así como otorgar un presupuesto insuficiente para que puedan cumplir con sus funciones. Por otro lado, se considera que no es conveniente que el *asesor de género* sustancie las quejas por comportamiento inadecuado/abusos/agresiones cometidas por los miembros de la operación, dado que ello podría redundar en una reducción real de las responsabilidades de los altos mandos al respecto¹⁰³ y crear reticencias o rechazo entre sus compañeros y compañeras.

Para algunos *asesores de género* esta figura debe ser transitoria y desaparecer a medida que la formación en cuestiones de género sea trasversal y a todos los niveles. Por el contrario, para otros, la especial formación y competencias que se exigen del asesor de género la hacen necesaria incluso en el momento en que el *mainstreaming* sea una realidad en todos los sectores y formaciones de las operaciones de paz.

Por último, debemos subrayar que el puesto de asesor de género y de *gender focal point*, salvo en algunos casos, (esencialmente cuando se nombra como tal a un asesor jurídico o de derechos humanos que ya estaba en el puesto anteriormente a la designación), ha sido asumido por una mujer, lo cual puede llevarnos ciertamente, a una discriminación y menosprecio de esta figura frente a otras de similar entidad.

Otras dos cuestiones de esta misión son de especial interés: la implantación de la Unión Europea de la figura de los *Focal Gender Points*, que estaban ya en funcionamiento en las NN. UU. (por ejemplo, en MONUSCO, UNMIT, UNMIL, MINUSTAH, ONUCI, UNMIS, UNAMID, UNAMA o UNIFIL), pero con un alcance distinto al que luego tendrán en la UE y la OTAN. «The work of these persons is to support gender mainstreaming by advocating, advising and supporting professional staff and monitoring and reporting on progress - if necessary through the use of / support from consultants or external specialists. Dissemination of information and competence development, through training and seminars»¹⁰⁴. En este caso se

¹⁰² Informe del secretario general de las Naciones Unidas sobre mujer, paz y seguridad, de 26 de octubre de 2011 (UN.Doc 2/2011/598, párr. 28).

¹⁰³ «Lessons and best practices of mainstreaming human rights and gender into CSDP military operations and civilian missions» Committee of Civilian Aspects of Crisis Management (CIVCOM) del 30 de noviembre de 2010.

¹⁰⁴ Job description for a Gender Focal Point within the United Nations Secretariat: <http://www.un.org/womenwatch/osagi/gmfpdrafttors.htm>

trata de que en cada unidad haya una persona que se ocupe de estas cuestiones. En principio las personas designadas no tienen exclusivamente estas funciones sino que las compaginan con otras que tenían previamente, sin embargo, la necesidad de estar en contacto continuo con las *asesoras de género*, al tiempo que la propia personalidad e interés de la persona seleccionada, pueden dar mucho juego a esta figura.

En las Naciones Unidas, además, se designan *Gender Focal Point* en distintas áreas del departamento de operaciones de paz (como son las de policía, judicial, derechos humanos, elecciones y composición militar) con el objetivo de lograr este *mainstreaming* deseado tanto en sede como sobre el terreno

Asimismo, están funcionando los *Female Engagement Teams* que se han desarrollado fundamentalmente en Afganistán, aunque también hay una pequeña presencia de los mismos en Irak. Se trata de grupos que buscan un mayor acercamiento a la población civil hostil o no amiga, obteniendo información que pueda hacer más eficaz su labor (no estratégica o militar) y promoviendo el mejor entendimiento con las sociedades donde se despliegan las operaciones. Tratan fundamentalmente con mujeres y están compuestas también principalmente por mujeres, con lo que limitan las restricciones culturales de las sociedades con las que trabajan. Les hacen visitas, les preguntan por sus inquietudes y necesidades e intentan mejorar su situación, al tiempo que se ganan su confianza y adquieren conocimientos sobre la cultura y sociedad con la que trabajan. Estos equipos no han sido desplazados por todos los países y han sido cuestionados por muchos por tener a veces repercusiones negativas para las propias mujeres con las que entran en contacto, que luego son sancionadas por su propia sociedad, por la necesidad de ir fuertemente escoltadas ante los muchos ataques que reciben, o por entender que lo que se necesitan no son *female engagement teams*, sino *capabilities*, e insisten en que la presencia de mujeres no garantiza el éxito de la misión.

Aunque no tienen una función específica de mejora de la situación de las mujeres con las que trabajan, sino que es más amplia, al intentar mejorar también la situación de niños y otros civiles, lo cierto es que, en ocasiones están compuestas por personal sanitario, psicólogos, ingenieros, etc., que ejecutan medidas de mejora para las mujeres con las que entran en contacto, por ejemplo, a través la construcción de escuelas, creación de grupos de trabajo o discusión e incluso empoderamiento de la mujer.

Independientemente de la existencia de estos *female engagement teams*, cada vez se da más voz a las mujeres de los países donde se despliega la misión, pero ello depende en muchas ocasiones de la propia misión y

la sensibilidad de los mandos hacia estas cuestiones, cuando es una cuestión que debería estar normalizada y hasta protocolizada.

A raíz de la resolución 1888(2009) se nombran en algunas misiones de la ONU asesores para la protección de la mujer para reforzar la respuesta a la violencia sexual relacionada con los conflictos por parte de los componentes de derechos humanos, de cuestiones de género y otros vinculados en estas cuestiones. También habrá uno de ellos en la oficina del representante especial del representante general sobre la violencia sexual en los conflictos armados.

En la RDC, la misión EUPOL se centró en la formación de unas unidades antiviolencia (UAVS) dentro de la Policía Nacional congoleña que se hiciesen cargo de forma especial de la violencia contra las mujeres que era y es uno de los graves problemas de la zonas. Asimismo, creó grupos móviles multidisciplinares en Goma que se hacían cargo del tratamiento de la violencia sexual desde distintas perspectivas.

Finalmente destaquemos que el último informe del secretario general de las Naciones Unidas destaca que todas las misiones sobre el terreno gestionadas por el DPKO contaban con componentes de género, pero sin indicar a cuál de las categorías mencionadas corresponde este porcentaje.

d) El comportamiento de los miembros de la misión

Por lo que se refiere a los estándares mínimos de comportamiento (*Generic Standards of Behavior*) en cuestiones de género, lo cierto es que fue un tema olvidado hasta 2005 año en que numerosas ONG y medios de comunicación llamaron la atención sobre el mal comportamiento de distintas misiones de paz, en este caso de las Naciones Unidas¹⁰⁵. Si buscamos datos sobre la Unión Europea al respecto, estos son inexistentes, es decir no se conoce ningún procedimiento de tipo administrativo o penal contra ningún miembro de la UE por comportamiento indebido con las mujeres. El problema es saber si esto es porque no hay o por la absoluta opacidad de la UE y los Estados al respecto¹⁰⁶. Si acudimos a las Naciones Unidas, lo cierto es que empieza a haber una cierta claridad, así el secretario general de las

¹⁰⁵ Sobre medidas de reacción de las Naciones Unidas véase: NDULO, M., "The United Nations Response to the sexual abuse and exploitation of women and girls by peacekeepers during peacekeeping mission" *Berkeley Journal of Internal Law*, Vol 27.1 2009, p. 145 y ss.

¹⁰⁶ Para tener una idea de la forma en que Gran Bretaña reacciona al respecto, en casos en que las víctimas son de su propio ejército véase, entre otros: DCAF, *Gender and Security Sector Reform: Example from the Ground*, Geneva, DECAF, 2011, p. 25 y ss.

Naciones Unidas en el informe sobre la mujer la paz y la seguridad de este año¹⁰⁷ se nos habla de que de la información recibida por 38 Estados miembros destaca que «en 2010, el 87% de las denuncias de explotación y abusos sexuales fueron objeto de seguimiento por los Estados miembros. Los Estados miembros dieron respuesta al 39% de las denuncias que recibieron seguimiento». Ahora bien estas cifras deben ser puestas en cuarentena por el número de Estados que respondieron a la pregunta y por la información que llegó a aquellos que debían responder.

Debemos subrayar, por otro lado, que el presidente del CICR, en una visita realizada recientemente a España destacó el buen comportamiento de las tropas españolas y la no existencia de quejas oficiales al respecto, lo cual no sucede en la mayor parte de los contingentes enviados por otros Estados

Los SOMAS, SOFAS y demás convenios que vinculan a los Estados con la Organización Internacional y los Estados de destino, así como los de aquellos con estos, gestionan, entre otros, el estatuto del personal que forma parte de la operación y dan una muy amplia inmunidad a los contingentes de las operaciones de paz, tanto los que están en operaciones civiles como las que lo están en militares. De esta forma, la responsabilidad de sancionar estos comportamientos queda finalmente en los Estados de origen. Ahora bien, debemos tener en cuenta que estas misiones se realizan bajo el paraguas de una Organización Internacional, que es su reputación la que finalmente queda tocada y que no se puede ir a un país a generar una cultura de derechos humanos y promoción de la mujer cuando esta misma no es respetada y protegida por los «salvadores». De hecho ante este reto misiones como ALTHEA en BIH elaboraron su propio código de conducta.

De ahí que no resulte extraño que, al igual que hizo el secretario general de las Naciones Unidas en su boletín del secretario general sobre *Medidas de protección contra la explotación y el abuso sexuales*¹⁰⁸, se haya aprobado el «Generic Standards of Behavior for ESDP Operations»¹⁰⁹. Aunque el lenguaje es bastante suave al tratarse de recomendaciones, sugerencias, propuestas y demás, lo cierto es que puede servir de ejemplo para futuras medidas, como de hecho pasó en RDC. De hecho, este documento se introduce en los documentos estandarizados operativos así como en los códigos de conducta que forman parte de las OPLAN. En todo caso, los medios de comunicación denuncian que el problema no está en las normas sino en la garantía del cumplimiento de las mismas. De esta forma, ante comporta-

¹⁰⁷ UN. Doc S/2011/598 de 29 de septiembre de 2011.

¹⁰⁸ UN. Doc ST/SGB/2003/13.

¹⁰⁹ Doc Council of European Union: 8373/3/05, Brussels 18th may 2005.

mientos inadecuados de un miembro de un contingente las medidas suelen ser disciplinarias y en muchas ocasiones ni siquiera constan oficialmente en su expediente o en documento oficial alguno.

Antes de entrar en los comportamientos contemplados, debemos subrayar la importancia que da este documento a la existencia de procedimientos de queja asequibles y apropiados, así como mecanismos periódicos de emisión de informes al respecto para cada categoría de personal. Tal y como las NN.UU. en la RDC donde se han elaborado formularios y sistemas de seguimiento de denuncias de las víctimas¹¹⁰. Sin embargo, en un informe realizado por el Comité Permanente entre Organismos (IASC) se destaca, con carácter general, que «las Naciones Unidas siguen careciendo de un sistema que permita interponer denuncias de manera segura, dar respuestas contundentes ante los abusos conocidos o denunciados, y promover la concienciación del personal de todos los niveles de la jerarquía»¹¹¹.

Asimismo, se deja libertad a los Estados para adoptar las medidas adecuadas, pero se insiste en que los Estados deben informar sobre cuáles han sido estas y la responsabilidad de los superiores por el comportamiento de los subordinados.

Una iniciativa que ha sido muy alabada y que debe servir de ejemplo en otras misiones es el llamado *Soldier's Card* que se aprobó en la misión EUFOR RD Congo y que al igual que otros códigos de conducta aprobados por Estados concreta mucho más estos puntos, prohíbe comportamientos que son objetivamente delitos, otros que son inmorales y finalmente algunos que pueden hacer perder el apoyo de la población hacia esta misión. Junto a estas medidas nos encontramos con las de derechos humanos que, especialmente en el campo de la discriminación, pueden tener repercusiones en la mejora de la situación de las mujeres afectadas por la situación de conflicto o posconflicto y que entran en contacto con una misión de paz. Junto a este código se acepta como norma la *zero tolerance* hacia la violencia contra las mujeres.

También es interesante destacar la iniciativa adoptada en 2009 por la Misión de Kosovo de crear una Comisión Independiente de Derechos Humanos encargada de responder a las quejas sobre violaciones de los derechos humanos (incluidos los específicos de mujer) que se producían por contingentes de la misión. Esta medida es complementaria a otras que también se aprobaron en este sentido como son la Unidad de Investigación

¹¹⁰ Véase al respecto: MONUC: RASMUSSEB, J (Personnel Conduct Officer, MONUC) Sexual Exploitation and Abuse End of Assignment Report: 25th February 2005.

¹¹¹ “Informe del secretario general de las Naciones Unidas sobre la mujer y la paz y la seguridad de 29 de septiembre de 2011 (UN. Doc 2011/598), párr. 12.

Interna EULEX y el seguro de responsabilidad civil y todo ello sin contar las medidas disciplinarias y judiciales que corresponden a cada uno de los Estados miembros que envían personal a la misión¹¹².

e) Indicadores y rendición de cuentas

Por otro lado, la rendición de cuentas y el control son uno de los aspectos más opacos y peor desarrollados (a la luz de las entrevistas con contingentes desplegados en distintas misiones de paz de la UE, de la ONU y de la OTAN), no solo en cuanto a la eficacia de las medidas adoptadas en beneficio de las mujeres en los lugares donde se despliegan las operaciones, sino del propio comportamiento de los contingentes de paz.

En concreto por lo que se refiere a la existencia de expedientes, incidentes y demás, todas las instituciones consultadas, tanto las nacionales como las de las organizaciones internacionales, afirman en su práctica totalidad el desconocimiento de expedientes, informes o sanciones al respecto.

En este sentido, es de especial interés la iniciativa adoptada por la Misión EUFOR RD Congo y que ha sido copiada por otras misiones. Se trata de la elaboración y remisión de un formulario llamado «Gender report» que debe ser enviado semanalmente a los superiores para que ellos los analicen, se extraigan las propias conclusiones y en todo caso lo remita a sus superiores para que ellos adopten las medidas oportunas. En este informe se deben recalcar las «Recent events in Area of Responsibility, Security and Force Protection (donde se incluye el posible comportamiento inadecuado de los contingentes), Intelligence and statistics»¹¹³.

De igual forma, EULEX Kosovo creó en 2009 una Comisión de Derechos Humanos como órgano independiente de rendición de cuentas. Esta misión cuenta también con un seguro de responsabilidad aparte de las ya mencionadas medidas disciplinarias y judiciales de los Estados de origen de los contingentes¹¹⁴.

También es precisa la elaboración de informes sobre la eficacia de las medidas adoptadas por los distintos contingentes, en la medida en que se sabe lo que se hace y a veces donde se falla, pero no porqué y en contadas

¹¹² Lessons and best practices of mainstreaming human rights and gender into CSDP military operations and civilian missions Doc 17138/1/10) 30th November 2010.

¹¹³ Final Report on Gender Work inside EUFOR RD Congo (Postdam 15 December 2006).

¹¹⁴ Lessons and best practices of mainstreaming human rights and gender into CSDP military operations and civilian missions Doc 17138/1/10) 30th November 2010.

ocasiones, sabemos donde la misión ha sido un éxito. Circunstancia esta última que podría servir para tomar como ejemplo estas medidas.

El contacto con las mujeres y grupos de mujeres de las zonas donde se trabaja es fundamental no solo como medida de promoción de la mujer, sino también como mecanismo de democratización y desarrollo hacia un Estado social y democrático de derecho. Es cierto que cada vez se da más voz a estos grupos de mujeres, pero ello depende en muchas ocasiones de la propia misión y la sensibilidad hacia estas cuestiones, cuando es una cuestión que debería estar normalizada y hasta protocolizada.

Por otro lado, el desarrollo de indicadores para una mejor rendición de cuentas es un reto que se plantean numerosas organizaciones¹¹⁵. La UE, por ejemplo, en junio de 2010 aprobó dos documentos¹¹⁶ que incluían una serie de indicadores muy interesantes al respecto, como son el porcentaje de personas formadas en cuestiones de género que participan en misiones de paz a todos los niveles y en todos los contextos; la cantidad de mujeres en altos mandos en las misiones de paz o en puestos de representación de la UE; la financiación de programas que busquen la mejora de la situación de la mujer en estos contextos; la proporción y país de origen de los hombres y mujeres demandantes de asilo que han obtenido el estatuto de refugiado o gozan de una protección subsidiaria; la colaboración con organismos internacionales en este campo; el número de proyectos y programas sobre el terreno de reforma del sector de seguridad o de desarme-desmovilización y reconstrucción; el número de proyecto que ya en fase de planificación y mandatos que incluyan referencias a cuestiones de género, paz y seguridad, incluyendo aquellas que en la actualidad están informando sobre estas cuestiones, derechos humanos, gobernanza, número de asesores de género y *gender focal points* en las misiones; casos de abusos o explotación sexual por el personal que han sido denunciados, investigados y sobre los que se han tomado medidas; y el porcentaje de informes que incluyen información específicas sobre mujer, paz y desarrollo etc., así como aquellas que tengan en cuenta necesidades y potencialidades de las mujeres. Aunque hay mucho avanzado, seguramente, a la luz de los informes que se hagan

¹¹⁵ Sobre el planteamiento del mismo en las NN. UU., véase DE TOMÁS MORALES, S.: «El empoderamiento de la mujer en situaciones de conflicto armado», en (BRITO, W. y PUEYOLOSA, J., *Conflictos Armados, Gestión posconflicto y reconstrucción*, Ciencia Iuridica Andaravira Editorial, Santiago de Compostela, 2011, p. 141 y ss. Y el documento del secretario general de las Naciones Unidas «La mujer y la paz y la Seguridad» de 28 de septiembre de 2010 (UN. Doc S/2010/498).

¹¹⁶ «EU Comprehensive Approach on UNSCR 1325 and 1820 on women, peace and security» (15671/1/08 REV 1) e «Implementation of UNSCR 1325 as reinforced by UNSCR 1820 in the context of ESDP» (15782/3/08 REV 3).

utilizando estos indicadores se podrá perfilar un mejor instrumento de medición y rendición de cuentas de la Unión Europea al respecto¹¹⁷.

Hay, en todo caso, un debate abierto acerca de si es preferible la elaboración de un cuestionario específico sobre cuestiones de género o si debe estar transversalmente en todas las partes de los informes de misión, lo uno puede producir un encasillamiento y asilamiento de estas cuestiones, lo otro puede generar su difusión o invisibilidad en la totalidad de informe.

Por lo que se refiere a las Naciones Unidas, en 2010 el CSNU¹¹⁸ encarga al secretario general de las Naciones Unidas que elabore un marco estratégico de aplicación de la resolución 1325 (2000) que garantice «la coordinación, la coherencia y la rendición de cuentas en el cumplimiento de los compromisos contraídos al respecto»¹¹⁹ un año después se presenta este marco estratégico y se presentan resultados sobre un tercio de los indicadores propuestos, destacando los objetivos perseguidos a medio plazo y los alcanzados ese año. Los indicadores se centran en cuatro campos, prevención, participación, protección, y socorro y recuperación, que son los campos de preocupación de la mencionada resolución y las que las desarrollan. Aunque los resultados no son homogéneos en todos los campos, bastantes de los datos que se ofrecen son interesantes y significativos para los avances en este campo.

IV REFLEXIONES FINALES

La presencia de las mujeres en los procesos de paz se nos plantea hoy como algo ineludible por muchas razones. Sea por cuestiones de justicia, sea por cuestiones de eficacia, lo cierto es que a día de hoy parece asumido, por todos los actores internacionales y partícipes en los procesos de paz, que las mujeres deben estar presentes tanto en el diseño como en la ejecución de los procesos de paz y que sus necesidades, intereses y potencialidades, deben ser tenidos en cuenta en los mismos. Desde esta perspectiva, el contenido de las resoluciones 1325 (2000) y siguientes del CSNU se nos plantean como una manifestación de lo evidente. Y como resultado de muchos esfuerzos previos de activistas de derechos humanos, organizaciones internacionales y grupos de presión para el logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

¹¹⁷ Véase al respecto, por ejemplo, el EU Plan on gender Equality and Women's Empowerment in Development 2010-2015, 8 March 2010.

¹¹⁸ Declaración de la presidencia (S/PRST/2010/22).

¹¹⁹ Informe del secretario general sobre la mujer y la paz y la seguridad de 29 de septiembre de 2011 (S/2011/598).

Ciertamente, a nivel programático, este logro de la igualdad ya estaba en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin embargo, el problema es la forma de llegar a este objetivo deseado y los instrumentos que para ello se deben utilizar. Y si esta dificultad existe en tiempos de paz mucho más en tiempos de guerra donde los recursos son más limitados y mayores las necesidades e intereses de las sociedades. Por ello, que el Consejo de Seguridad vincule directamente la situación de las mujeres a la paz y seguridad internacionales, aparte de constatar esta evidencia implica la imposición de obligaciones a todos los actores de las relaciones internacionales, desde los Estados o partes en conflicto, hasta las ONG del tipo que sean.

La mayor parte de estas resoluciones se ocupan de la mujer como víctima y especialmente como víctima de agresiones sexuales, exigiendo prevención y sanción. Destacándose en las últimas resoluciones su preocupación por el apoyo a estas mujeres por las consecuencias de estos actos y la voluntad de adoptar medidas que hagan que el poder judicial y los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado sean más sensibles a estas cuestiones, estén bien preparados y se constituyan en la piedra angular de la lucha contra la impunidad

Asimismo, progresivamente, se aprecia una mayor apertura a la visión de la mujer como agente de paz, reconstrucción y democratización de las sociedades afectadas por los conflictos y el secretario general de las Naciones Unidas, a través de sus informes, va presionando en esta línea, lo mismo que los distintos órganos de asesoramiento en estas cuestiones de organizaciones como la OTAN o la UE.

Sin embargo, la invisibilidad de la mujer en la construcción de la paz no es algo que se presente como un hecho aislado en las sociedades afectadas por los conflictos armados sino que, suele ser una manifestación de la discriminación que esta sufre en todos los contextos y sectores de la vida social en estas sociedades. Por ello, es, además, tan importante que se subrayen y se hagan esfuerzos por lograr su presencia en los procesos de paz y que sus intereses y necesidades se vean reflejados en las medidas adoptadas que, además, deben sostenerse en el tiempo para que puedan ser efectivas. Por ello, de las resoluciones mencionadas, quizás la más destacable en este campo sea la Resolución 1889 (2010) que se dedica especialmente a estas cuestiones haciendo un llamamiento a Estados y organizaciones internacionales.

En este contexto, el proceso de paz puede servir, además, para lograr el avance en el fin de la discriminación de la mujer en estas sociedades. Recordemos que la ausencia de conflicto no garantiza una situación de

paz y que a día de hoy se entiende que la paz debe implicar la garantía de los derechos humanos en las sociedades afectadas, los vínculos entre paz, desarrollo y derechos humanos han sido sobradamente puestos de manifiesto en todos los ámbitos de trabajo de las Naciones Unidas y es repetido con fuerza y cada vez con más fuerza por los organismos humanitarios.

Por lo demás, frente a esta discriminación de origen es necesario que se adopten medidas específicas de promoción de los derechos de las mujeres, pero también es necesario que se trabaje transversalmente con el objetivo de que aquellas medidas que se adopten para la sociedad en general tengan en cuenta los efectos que estas tendrán sobre las mujeres y la posibilidad de que las mismas sean enfocadas al logro de la igualdad.

Es cierto que hemos avanzado mucho en el campo de la concienciación, que ahora, las operaciones de paz constan con departamentos y especialistas en la promoción de los derechos de la mujer, aunque estos no disfrutan siempre de las herramientas adecuadas para hacer que sus propuestas se hagan efectivas en las decisiones que se adopten¹²⁰. También es cierto que se ha invertido mucho trabajo en capacitación y formación de los contingentes, aunque la profundidad y exigencia de la capacitación no es, en ocasiones suficiente. Finalmente, no se pueden negar los esfuerzos realizados para incorporar a un mayor número de mujeres en las operaciones de paz en todos los niveles de decisión y ejecución y ello pese a su mínima presencia en los ejércitos y cuerpos y fuerzas de seguridad de muchos Estados.

Sin embargo, a la luz de lo que reiteradamente nos indica el secretario general de las Naciones Unidas, estos esfuerzos no consiguen los objetivos marcados. En ocasiones, los obstáculos vienen de las sociedades receptoras, con culturas y formas de vida que relegan a la mujer a un segundo plano en todas las esferas de la vida. Pero en ocasiones, el problema es que las medidas que se adoptan son de tipo formal o superficial, sin llegar al fondo de la cuestión, por ignorancia, falta de interés o falta de recursos.

De esta forma, se hace ineludible el desarrollo de indicadores y sistemas de evaluación fiables de las acciones orientados a los resultados que vayan más allá de una recopilación de la cantidad y tipo de medidas adoptadas. Es necesario reflexionar y difundir las buenas prácticas y presionar para que se conviertan en modelos de acción a todos los niveles. Todas estas figuras: *gender advisor*, *gender focal point*, *female engagement team*,

¹²⁰ Véase al respecto: OSWALD, B. DURHAM, H. and BATES, H., *Documents on the law of UN peace operations* Oxford University Press, 2010.

entre otros, parecen ser esfuerzos muy bien intencionados, pero que no siempre consiguen los objetivos marcados y es preciso analizar si es por la propia figura, por su encuadre en la misión o por los recursos y formación de que dispone.

Es necesario el trabajo conjunto de las sociedades que acaban de terminar el conflicto y de aquellos que realizan misiones de paz, evitando reglas generales y análisis generalistas que impidan tener en cuenta las peculiaridades específicas de cada país y cada sociedad. En este sentido, es preciso que se permita la participación activa de las mujeres (tanto individualmente como a través de grupos o asociaciones de mujeres) pertenecientes a las sociedades afectadas en el diagnóstico, planificación y ejecución de las medidas que componen el proceso de paz.

Es fundamental que no solo especialistas en derechos de la mujer, sino todos los actores y a todos los niveles, programación, ejecución y evaluación, tengan una formación adecuada que les permita percibir las necesidades y potencialidades de las mujeres de y en las sociedades afectadas y actuar en consecuencia en todos los campos, hablamos del conocido «mainstreaming».

Por otro lado, es intolerable que los «salvadores» se conviertan en «verdugos» y que no haya transparencia acerca del acoso sexual por parte de las operaciones de paz, salvo que cuando un medio de comunicación hace saltar la voz de alarma, o una ONG emite un informe, sin que, por otro lado, haya respuesta contundente por parte de las autoridades de la misión, o del país al que pertenece el supuesto agresor, acerca de las medidas adoptadas en contra del autor y en beneficio de la víctima. Es cierto que las organizaciones internacionales trabajan por esta transparencia, pero también lo es que los Estados son reacios a avanzar en este campo y ceder competencias o permitir investigaciones externas en estas cuestiones.

Finalmente, es preciso hacer esfuerzos especiales en favor de las niñas que son un colectivo casi siempre olvidado pero que, como menores y como mujeres, son el presente y futuro de las sociedades y una pieza clave en la construcción de la paz. También los niños y niñas nacidas de agresiones sexuales en estos conflictos son un colectivo que recibe poca atención a pesar de ser vulnerables entre los vulnerables y por ello es necesario desarrollar medidas de protección para estos niños y sus madres, ambos víctimas inocentes, que son abandonados, discriminados, expulsados y a veces asesinados por el mero hecho de haber sido objeto de un arma de guerra que quiere destruir o desestabilizar al grupo al que pertenecen en una sociedad en guerra.

- Abraham Martínez Alcañiz. Creación de un nuevo título de imputación penal en aplicación de la coautoría como dominio funcional del hecho y la autoría mediata a través de aparatos organizados del poder: coautoría mediata

**CREACIÓN DE UN NUEVO TÍTULO DE IMPUTACIÓN PENAL
EN APLICACIÓN DE LA COAUTORÍA COMO DOMINIO
FUNCIONAL DEL HECHO Y LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS
DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER: LA COAUTORÍA
MEDIATA**

D. Abraham Martínez Alcañiz.
Capitán auditor

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. AUTORÍA INDIRECTA. El punto de vista del derecho penal internacional. Punto de vista del derecho penal español. COAUTORÍA. Punto de vista del derecho penal español. Punto de vista del derecho penal internacional. LA AUTORÍA MEDIATA. Dominio por error. Dominio mediante el cumplimiento de una orden. LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. Existencia de una estructura jerárquica de la organización. Poder de mando del autor mediato. Desvinculación de la organización del derecho. La pengibilidad del autor directo. Disposición del autor inmediato a cometer el hecho criminal. Soluciones alternativas a la autoría mediata. Posición del derecho penal internacional. LA COAUTORÍA MEDIATA. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La comisión de un crimen internacional tiene un denominador común, el hecho de que normalmente intervienen en el mismo una pluralidad de personas (codelinuencia¹), lo que conlleva que se tenga que determinar el grado de participación de estas en el hecho criminal². El contexto en el cual suelen tener lugar los crímenes internacionales es también similar en todos ellos, ya que ocurren en el seno de conflictos armados internos o internacionales, o en situaciones de crisis interna grave que no llegan al umbral de un conflicto armado. Es aquí cuando los derechos de los ciudadanos se encuentran más expuestos a los abusos de poder, en concreto, del gobierno *de facto* o de hecho que controla el territorio, o incluso de ciertos grupos paramilitares que dominan un territorio delimitado. Resulta muy habitual que los crímenes internacionales sean orquestados, planeados, instigados, preparados u ordenados por las cúpulas de poder del Estado o territorio en crisis/conflicto o por ciertas organizaciones criminales estructuradas jerárquicamente³, lo que conlleva de forma frecuente, que el acto ejecutivo del crimen sea cometido de forma exclusivamente individual por una sola persona o, en casos muy determinados, por varias, estando lejos del lugar

¹ Cfr. E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Vol. II, Barcelona: Bosch, 1980 p. 663, quien considera que para la existencia de la codelinuencia es necesario que existan varias personas que quieran la ejecución de un mismo delito y que además realicen algún hecho encaminado a su producción; cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA. *Principios de derecho penal. La ley y el delito*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958 p. 495 y ss.

² Para un estudio más pormenorizado sobre la distinción entre autoría y participación, cfr. C. BOLEA BARDÓN. *Autoría mediata en derecho penal*, Valencia: 2000 Tirant Lo Blanch, p. 42 a 74.

³ Cfr. F. MUÑOZ CONDE. ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del derecho?», en *Revista Penal*, n.º 6, p. 109 y ss.

del crimen los verdaderos precursores y autores indirectos del mismo. En esta situación es evidente que las herramientas clásicas del derecho penal, cuya finalidad suele ser la represión de delitos individuales, son insuficientes para delimitar *correctamente* la intervención penal que han tenido las personas que desde el poder, han planeado la comisión de los crímenes internacionales, apoyándose, normalmente, en la estructura de los aparatos de poder que ellos mismos controlan y de los que se han servido para ejecutar sus planes⁴. Utilizamos el término de *correctamente*, ya que entiendo que dichas personas encumbradas en el poder son los autores principales, aunque no directos, del crimen internacional, al haber ideado los mecanismos oportunos para ejecutar tales actos, en base a un plan determinado, sin perjuicio de considerar también autor a quién lo ha cometido directamente. Estas personas del poder serán autores indirectos del hecho criminal, por lo que resulta imprescindible apoyarse en la figura jurídica de la autoría mediata o de la coautoría mediata, para delimitar *correctamente*, la intervención que han tenido en el crimen internacional perpetrado.

Asimismo, los crímenes internacionales tienen unas características propias que no suelen estar presentes en los delitos ordinarios. Como hemos indicado en el párrafo previo tales crímenes suelen tener lugar en un contexto determinado, en particular, conflictos armados, situaciones de pérdida de gobernabilidad de un territorio o casos en los que el propio Estado, abusando de su poder se aprovecha de las instituciones armadas del mismo para imponer ciertas políticas mediante el denominado *terrorismo de estado*. Los crímenes internacionales que pueden cometerse en dichas situaciones comprenden tanto unos elementos objetivos como subjetivos, los cuales deberán concurrir para que podamos hablar de la existencia de dicho crimen. Los elementos objetivos suelen comprender aspectos contextuales del crimen (existencia de un conflicto armado) y aspectos específicos del crimen en sí. De otra parte, los elementos subjetivos del crimen comprenderán tanto el aspecto general del mismo, es decir, la intención y conocimiento del acto que va a realizarse y, otros aspectos subjetivos específicos que pueden incluirse en el tipo, como el denominado *dolus specialis*, que conlleva una intención o voluntad específica para cometer el crimen. Así pues, es en este contexto en donde determinadas personas incurrirán en responsabilidad criminal, siempre y cuando concurren los elementos citados previamente⁵, siendo de vital importancia tanto la coautoría en su vertiente de dominio funcional del hecho como la autoría mediata a

⁴ *Ibidem*, p. 104 y ss.

⁵ Cfr. H. OLÁSULO. *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*, Oxford: Hart Publishing, 2009 p. 70 y ss.

través de aparatos organizados de poder para poder imputar tales crímenes a los principales responsables, es decir, aquellos que los planearon desde el poder. La combinación de estas formas de autoría ha dado origen, en el derecho penal internacional, a la denominada coautoría mediata, la cual podría solventar las lagunas existentes en ambas figuras jurídicas en los casos en que sea de aplicación.

1. AUTORÍA DIRECTA

0.1 . Punto de vista del derecho penal internacional

Esta forma de autoría es la más clásica dentro del derecho penal, ya sea nacional o internacional. El derecho penal internacional reconoce de manera expresa la misma⁶, toda vez que en el art. 7.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante, TPIY), en el art. 6.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR), en el art. 6.1 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (en adelante, SCSL) y en el art. 25.3.a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI) se reconoce dicha autoría directa, mediante la utilización de términos tales como «haya cometido», o «cometa ese crimen por sí solo», pudiéndose mantener que dicha regulación se corresponde con el estándar del derecho internacional consuetudinario⁷. Kai Ambos afirma que en derecho penal internacional debe seguirse, de igual forma que en los derechos domésticos, la teoría del dominio del hecho⁸, la cual ya ha sido reconocida por el TPIY⁹. Obsérvese que fue el citado TPIY quién utilizó por primera vez el término «direct commis-

⁶ Cfr. R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON y E. WILMSHURST. *An introduction to International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2008, p. 302.

⁷ G. WERLE. *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005 p. 214, este autor se apoya en las primeras normas de derecho penal internacional (Carta de Londres de 1945 –TMIN–, Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente –TMILO– y Ley n° 10 del Consejo del Control Aliado) para afirmar que la base de la autoría directa forma actualmente parte del derecho consuetudinario. Su posición me parece adecuada toda vez que las normas del TMIN y del TMILO cristalizaron en principios generales del derecho internacional, cfr. Resolución 95 (I) de 1946 de la Asamblea General de Naciones Unidas, las cuales forman parte del derecho consuetudinario.

⁸ KAI AMBOS. *Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Traducción de EZEQUIEL MALARINO, Montevideo: Konrad Adenauer, 2005 p. 175.

⁹ Prosecutor vs. Stakij, judgment 31.07.03, IT-97-24-T, párr. 440 y ss.

sion» para denominar la autoría directa en derecho penal internacional¹⁰. El SCSL por su parte indicó en el caso *Sesay, Kallon y Gbao*, que el término «*committing a crime*» significa perpetrar físicamente o engendrar una omisión culpable en violación del derecho penal¹¹, la anterior definición trae causa del caso *Tadic* del TPIY¹². De la definición anterior se deduce que para dicho tribunal la autoría directa no consiste solamente en una actuar sino también en un no actuar doloso, pudiendo referirse a la denominada comisión por omisión. Resulta curioso como el TPIY y el SCSL introducen elementos de la culpabilidad, tales como el dolo, dentro del estudio de las formas de comisión del crimen. El SCSL llega a afirmar que «the Chamber takes the view that the mens rea requirement for committing a crime is satisfied if the Prosecution proves that the Accused acted with intent to commit the crime, or with the awareness of the substantial likelihood that the crime would occur as a consequence of his conduct»¹³. Como se expuso en apartados anteriores, dentro de los elementos subjetivos del tipo penal podemos encontrar uno general y otro específico. Los elementos generales están comprendidos en el art. 30 del ECPI para dicho órgano judicial, mientras que para los tribunales *ad hoc*, estos deberán ser extraídos de la jurisprudencia de tales órganos, como por ejemplo, el TPIY ha concluido que la *awareness of substantial likelihood* (conciencia importante de probabilidad) es el elemento subjetivo general de la mayoría de los tipos penales de su jurisdicción. Desde mi punto de vista, el análisis de los elementos subjetivos debe efectuarse en el seno del estudio del tipo penal y no en las formas de comisión de este, aunque es cierto que en ocasiones puede existir cierta coincidencia sobre los mismos. En cuanto a las resoluciones emanadas de la CPI podemos significar que aun siendo pocas, nos ofrecen una perspectiva totalmente nueva en relación a las formas de autoría de un crimen internacional. En la confirmación de cargos del caso *Lubanga* y del caso *Katanga* se indicó, en referencia al autor directo, que es aquella persona que reuniendo los elementos subjetivos del tipo penal concreto, realiza personalmente los elementos objetivos del mismo, es decir, comete por sí solo el crimen teniendo en todo momento el dominio de la acción típica¹⁴.

¹⁰ Prosecutor vs. Tadic, opinion and judgment 07.05.97, IT-94-1-T, párr. 666.

¹¹ Prosecutor vs. Sesay, Kallon y Gbao, judgment 02.03.09, SCSL-04-15-T, párr. 249.

¹² Cfr. Prosecutor vs. Tadic, judgment appeals chamber 15.07.99, IT-94-1-A, párr. 188 en donde se define la autoría de un crimen como «physical perpetration of a crime by the offender himself, or the culpable omission of an act that was mandated by a rule of criminal law».

¹³ Prosecutor vs. Sesay, Kallon y Gbao, judgment 02.03.09, SCSL-04-15-T, párr. 250.

¹⁴ cfr. Prosecutor vs. Lubanga confirmación de cargos de 29 de enero del 2007, ICC-01-04-01/06, párr.332.i, y Prosecutor vs. Katanga and Ngudjolo, confirmación de cargos de

La definición propuesta por la CPI hace guiños tanto a la teoría objetivo-formal¹⁵ como a elementos subjetivos del tipo, siendo defendida por gran parte de la doctrina¹⁶. A mi juicio, para analizar la autoría directa entiendo que la teoría del dominio del hecho¹⁷, en su modalidad de dominio de la acción, es suficiente para acreditar dicha forma de comisión, no debiendo acudir a teoría subjetiva alguna; en síntesis, quien tiene el dominio individual del acontecer criminal controla el curso del mismo por lo que será autor, sin perjuicio de que posteriormente deba acreditarse que concurre en su actuar el elemento subjetivo correspondiente del tipo penal.

1 de octubre del 2008, ICC-01/04-01/07, párr. 488.

¹⁵ Cfr. A. GIL GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Dykinson, 2011 p. 351 y ss., en el estudio referido se analiza de manera concreta los distintos conceptos de autor existentes, el objetivo-formal, el subjetivo, el extensivo, el finalista y el concepto de ROXIN -delitos de dominio, de infracción de un deber y de propia mano-; cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada: Comares, 2002 p. 694 y ss.

¹⁶ A. CASSESE. *International criminal law*, London: Oxford University Press, 2008 p. 188; cfr. G. WERLE. Individual criminal responsibility in article 25 ICC statute, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 5, p. 958; cfr. GÜNTHER JAKOBS. 1997, *Derecho Penal. Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, 1997 p. 744, quien defiende que «autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir, quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito»; la definición anterior parece acercarse más a una teoría objetiva-formal del concepto de autor que a la teoría del dominio del hecho defendida en el presente trabajo.

¹⁷ El dominio del hecho se presenta de diversas formas autónomas unas de otras, como un dominio de la acción, un dominio funcional y un dominio de la voluntad. El dominio de la acción está presente en los delitos de propia mano, por lo que aquí entra en juego la teoría objetivo-formal; quién ejecuta por completo, libremente y de propia mano el crimen, es la figura central del mismo. El dominio funcional se haya unido a la idea de la coautoría cuando se presenta en la forma de una división de tareas de la fase ejecutiva; el dominio funcional está determinado por la actividad de cada coautor en el marco de un plan común, la aportación que cada coautor lleva a cabo debe ser necesaria para la realización del tipo penal dentro del plan común, independientemente de que tal aportación forme parte de la acción típica; existe por lo tanto un codominio del hecho. Por último, el dominio de la voluntad tiene como elemento central al autor mediato, toda vez que se produce cuando se domina la voluntad de otro, ya sea por error, por dolo o mediante la maquinaria de un poder organizado; cfr. E. RAÚL ZAFFARONI. *Tratado de derecho penal. Parte General*, Buenos Aires: Ediar, Tomo IV, 1998 p. 306 y ss.; CLAUS ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 152 y ss.; S. MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: Reppertor, p. 377 y ss.; H. OLÁSOLO. 2009, The criminal responsibility of senior political..., Op. cit., p. 37 y ss.; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ. 1984, «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. I, enero-abril, 1984 p. 110; HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal*..., Op. cit., 2002 p. 701 y ss. y; J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid: Dykinson, 1986 p. 796 y ss.

0.2. Punto de vista del derecho penal español

Dentro de nuestro sistema penal el art. 28 del CP establece que son autores «quienes realizan el hecho por sí solos». Siguiendo la teoría del dominio del hecho, este tipo de autor se caracteriza por el dominio único e individual de la acción típica, es decir, en sus manos y voluntad se haya la comisión o no del tipo penal, él es quién decidirá si continúa o no con el curso causal que va a producir un resultado o hecho típico. Será autor directo quien ejecuta el hecho criminal de modo directo y personal¹⁸. Normalmente la autoría directa no conlleva mayores problemas dogmáticos en el derecho penal¹⁹, todo lo contrario que el resto de formas de autoría. Así nuestro Tribunal Supremo ha manifestado que la «característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal»²⁰, considero que esta definición es la que se tendría que utilizar para la autoría directa en el derecho penal internacional, aludiendo exclusivamente al dominio del hecho y dejando de lado cualquier elemento subjetivo innecesario.

1. COAUTORÍA

Es la realización conjunta de un delito por varias personas²¹ que intervienen consciente y voluntariamente en el mismo, esta forma de autoría es una especie de conspiración que posteriormente se lleva a efecto²²; lo rele-

¹⁸ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998 p. 482.

¹⁹ Cfr. J. ANTÓN ONECA. *Derecho Penal*, Madrid: Akal/iure, 1986 p. 467; E. CUELLO CALÓN. *Derecho Penal. Parte General...*, Op. cit., p. 665, y E. BACIGALUPO. 1999: *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Hammurabi SRL, 1999 p. 500.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 1478/2001 de 20 de julio, fundamento jurídico 4.º.

²¹ Hemos de significar, siguiendo al profesor MELENDO PARDOS, que la codelinencia surge cuando en la comisión de un delito intervienen varios sujetos, por lo que pueden concurrir varios autores, un autor y varios partícipes o un partícipe y varios autores; por ello tenemos que considerar que la coautoría consiste en un aspecto específico de la codelinencia, la cual es el concepto genérico, ya que todos los supuestos de coautoría son de codelinencia, pero no todos los de codelinencia serán supuestos de coautoría, cfr. A. GIL GIL, J. M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Penal...*, Op. cit., p. 397.

²² F. MUÑOZ CONDE Y M. GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal...*, Op. cit., p. 484; M. COBO DEL ROSAL Y T.S. VIVÉS ANTÓN. 1999: *Derecho penal. Parte General*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999 p. 751; S. MIR PUIG. *Derecho Penal...*, Op. cit., p. 394; A. CASSESE, *International criminal law...*, Op. cit., p. 189 y H. OLÁSULO. *The criminal responsibility of senior political...*, Op. cit., p. 37.

vante de la coautoría es que hay dos elementos básicos, uno que consiste en la realización del tipo penal y, otro que radica en un acuerdo previo y común para realizar el delito²³. Siguiendo la teoría del dominio del hecho, lo importante en la coautoría es que el dominio se encuentra repartido entre varias personas de forma funcional, en virtud de las diversas maneras de actuación de cada uno de ellos en el delito; existe un reparto de tareas y un codominio funcional del hecho²⁴. No importa si uno de los autores no realiza un acto típico, lo relevante es que su aportación en la fase ejecutiva, sea imprescindible o esencial²⁵ para la realización del tipo penal. En cuanto al acuerdo previo o plan común, toda vez que es necesario que los coautores hayan llegado a un acuerdo común sobre la forma de cometer el delito, dicho acuerdo podrá ser tácito o expreso y previo al acto ejecutivo o incluso durante la realización del mismo. Un aspecto importante en la coautoría es, tal como denomina el profesor MIR PUIG, el principio de imputación recíproca²⁶, por el cual, todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable al resto; solo así puede considerarse a cada autor como autor de la totalidad del crimen²⁷.

1.1. Punto de vista del derecho penal español

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la coautoría aparece contemplada en el art. 28 del CP al enunciarse que es autor «quien realiza el hecho... conjuntamente». Obsérvese que nuestro legislador empleó los términos «realiza» y «conjuntamente», por realizar debemos entender llevar a cabo o ejecutar algo, mientras que conjuntamente significa hacer algo junto a otro. Estos términos según la doctrina restringen el concepto de coautor,

²³ E. RAÚL ZAFFARONI. *Tratado de derecho penal...*, Op. cit., p. 331; F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal...*, Op. cit., p. 485; M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVÉS ANTÓN. *Derecho penal...*, Op. cit., p. 752; S. MIR PUIG. *Derecho penal...*, Op. cit., p. 398; GÜNTHER JAKOBS. 1997, *Derecho Penal. Parte General: fundamentos...*, Op. cit., p. 746; HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal...*, Op. cit., p. 726; Cfr. A. GIL GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Penal...*, Op. cit., p. 367 a 372 y; J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho Penal Español...*, Op. cit., p. 808 y 809.

²⁴ Cfr. E. BACIGALUPO. *Derecho Penal...*, op. cit., p. 501.

²⁵ KAI AMBOS. *Parte General del Derecho Penal...*, Op. cit., p. 189; cfr. E. BACIGALUPO. *Derecho Penal...*, Op. cit., p. 502 y; S. MIR PUIG. *Derecho penal...*, Op. cit., p. 397.

²⁶ Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal...*, Op. cit., p. 727.

²⁷ S. MIR PUIG. *Derecho penal...*, Op. cit., p. 395.

llegando a equipararlo plenamente con la figura del autor²⁸. Nuestros tribunales al principio siguieron la doctrina del acuerdo previo, mediante la cual cualquier persona que estuviese unida al mismo en la comisión de un delito era coautora de este, sin tener en cuenta el grado o importancia de su actuación en el hecho criminal, lo que conllevaba un concepto extensivo de autor, el cual está en desacuerdo con el concepto restrictivo que seguimos actualmente²⁹; empero lo antedicho, esta doctrina está en desuso, aplicándose normalmente la del dominio del hecho. Remitiéndonos a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (en adelante, TS) podemos significar que «lo decisivo en la coautoría es precisamente que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud de lo que se ha llamado el reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Se basa, pues, la coautoría en una singular forma de división del trabajo para la realización del proyecto criminal compartido. De ahí que, en el aspecto subjetivo, imponga una vinculación entre los intervinientes en forma de resolución común, asumiendo cada cual, dentro del plan conjunto, una tarea parcial, pero esencial, que le presenta como cotitular de la responsabilidad por la ejecución de todo el suceso. En el aspecto objetivo, resulta indispensable que la aportación de cada uno de los coautores alcance una determinada importancia funcional, de modo que las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. Y en el plano subjetivo precisa una decisión conjunta que, como venimos insistiendo, no exige para su apreciación que aquélla se genere en fase pre-ejecutiva. A diferencia de lo que acontece con los supuestos de coparticipación, la coautoría porta en sí misma su contenido de injusto, y no lo deriva del hecho ajeno. Dicho con otras palabras, la coautoría constituye autoría para cada interviniente»³⁰.

Un aspecto a destacar dentro de nuestro sistema penal es la diferencia entre coautor y cooperador necesario, aunque en el derecho penal interna-

²⁸ Cfr. JUAN J. BUSTOS RAMÍREZ Y H. HORMAZABAL MALAREÉ. *Lecciones de derecho penal. Vol. I*, Madrid: Trotta, 1997 p. 294, quien manifiesta que el coautor es autor por lo que deberá reunir todas las características de este, junto con las propias de la figura del coautor; cfr. A. GIL GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NUÑEZ FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Penal...*, Op. cit., p. 368, el profesor MELENDO PARDOS se posiciona en el sentido de considerar que solo puede hablarse de coautores cuando estos han realizado conjuntamente elementos típicos.

²⁹ Cfr. JUAN J. BUSTOS RAMÍREZ Y H. HORMAZABAL MALAREÉ. *Lecciones de derecho penal...* Op. cit., p. 294.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero del 2011, STS 102/2011, Fundamento Jurídico 2º. y STS 1180/2010 de 22 de diciembre, Fundamento Jurídico 4º.

cional esta distinción no es relevante toda vez que la figura del cooperador necesario no existe como tal, pudiendo encuadrarse dentro del denominado *accessories* que difiere del *principal* (autor directo, mediato o coautor). Siguiendo al profesor Mir Puig coautor es todo aquel que ejecuta un hecho formal de los elementos del tipo, pero también aquel que aporta una parte esencial de la realización del plan durante la fase *ejecutiva*³¹.

En este orden de ideas podemos afirmar que los requisitos que deben concurrir para la existencia de la coautoría son los siguientes:

- Pluralidad de personas que intervienen en la comisión del crimen.
- Existencia de un plan común entre las personas que intervienen en el crimen. El plan común puede ser tácito o expreso y, puede perfeccionarse antes de la comisión del crimen o justo cuando se va a realizar.
- Realización de un acto por parte de cada coautor que sea esencial para la comisión del delito. Resulta indiferente que la aportación no sea sobre un elemento objetivo del tipo penal concreto, ya que lo importante es que sin su ejecución, el delito no se puede colmar, al existir un codominio del hecho en cada coautor. Esto nos conduce al reparto funcional de tareas característico de la coautoría³².

Expuestos los anteriores requisitos, considero necesario efectuar ciertas precisiones sobre la coautoría. En primer lugar, algunas resoluciones judiciales³³ y parte de la doctrina española entiende que en la coautoría los actos de aportación al crimen deben realizarse en la fase ejecutiva. Empero lo anterior y siguiendo la postura de Muñoz Conde³⁴, desde mi

³¹ La definición propuesta me parece afortunada salvo por la mención al hecho de que la aportación debe efectuarse en la fase ejecutiva, ya que como se verá a continuación, también es posible, a mi entender, aportar un hecho esencial en la fase preparatoria y ser por ello coautor; cfr. S. MIR PUIG. 2010, *Derecho penal...*, Op. cit., p. 397.

³² Hemos de significar que nos encontramos ante uno de los principales problemas de la coautoría dentro del derecho español, toda vez que parte de la doctrina exige que el coautor realice actos típicos, aunque la jurisprudencia de nuestro TS admite sin mayores problemas que el dominio del hecho es suficiente, junto con el plan común, para la existencia de la coautoría, cfr. A. GIL GIL, J. M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Penal...*, Op. cit., p. 368. En todo caso, lo determinante es concretar cuándo existe un dominio del hecho, factor que nos ayudará a diferenciar la coautoría de otras formas de participación en el ilícito penal.

³³ Cfr. STS 1180/2010 de 22 de diciembre, entre otras.

³⁴ F. MUÑOZ CONDE. «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito de la delincuencia económica empresarial?», en *Revista Penal*, n.º 9, p. 66 y ss.; F. MUÑOZ CONDE Y M. GARCÍA ARÁN. 1998: *Derecho Penal...*, Op. cit., p. 484; también de la misma posición E. B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, FERRÉ OLIVÉ y KAI AMBOS. *Parte General del Derecho Penal...*,

punto de vista, en la comisión de crímenes internacionales la aportación al acto criminal del coautor puede perfectamente llevarse a cabo en la fase preparatoria. Con respecto a la posición de nuestro Tribunal Supremo, si bien es cierto que en la mayoría de sus sentencias ha exigido la aportación en la fase ejecutiva por parte del coautor, no es menos cierto que en ciertas ocasiones no se ha rasgado las vestiduras para considerar como autor a aquella persona que ha dirigido u organizado el crimen sin actualizar o efectuar aportación alguna en la fase de ejecución (STS de 4-11-97; 8-7-98; 2-2-99; 14-12-98; 31-3-00 y 13-12-02, entre otras)³⁵. Ello demuestra la amplia interpretación de la figura de la coautoría dentro de nuestro derecho³⁶, llegando a sostenerse por la jurisprudencia la preferencia de la tesis de la coautoría para imputar a los dirigentes de organizaciones los crímenes cometidos por sus subordinados³⁷. Huelga traer a colación la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú –Sala Penal Permanente– de fecha 13 de junio del 2012, *caso Grupo Colina*, en donde se afirmó que la participación directa en la ejecución del hecho no es esencial para la fundamentación de la coautoría, ya que el aporte parcial y esencial al delito conlleva la corresponsabilidad por su obra en su totalidad³⁸.

En segundo lugar debemos diferenciar entre delitos ordinarios y crímenes internacionales, los cuales tienen unas características propias, como son los elementos contextuales del crimen característicos de esta modalidad criminal, tales como la existencia de un conflicto armado o situaciones de terrorismo de estado. En relación con los crímenes de guerra, la CPI conocerá de los mismos teniendo en cuenta un umbral de gravedad que debe ser determinado (no todo crimen de guerra es de competencia de la CPI), pero en cualquier caso, aquellos que se cometan como parte de un plan, política o a gran escala serán de competencia de la CPI. En tercer lugar y

Op. cit., p. 191, este autor hace referencia exclusivamente a la parte del derecho penal internacional y GÜNTHER JAKOBS. *Derecho Penal. Parte General: fundamentos...*, Op. cit., p. 750, quien hace referencia al derecho penal alemán, debiendo tenerse en cuenta que en su sistema penal no existe la figura del cooperador necesario; cfr. A. I. PÉREZ CEPEDA. «Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación», en *Revista Penal*, nº9, p. 117 quien entiende que existe una inducción en vez de una coautoría.

³⁵ Cfr. A. GIL GIL. «El caso español», en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Coordinador: KAI AMBOS, Bogotá: Temis, 2009 p. 101 y ss.

³⁶ El profesor MELENDO PARDOS mantiene una posición crítica con la interpretación extensiva de la figura del coautor, toda vez que en nuestro CP existe el cooperador necesario, cfr. A. GIL GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Penal...*, Op. cit., p. 371.

³⁷ Cfr. A. GIL GIL. *El caso español...*, Op. cit., p. 105.

³⁸ sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú –Sala Penal Permanente–, de fecha 13 de junio del 2012, caso Grupo Colina, recusación núm. 4104/2010, párr. 206.

a la vista de lo anterior, no podemos negar que la preparación del plan o la instauración de ciertas políticas encaminadas a cometer tales crímenes, aún a pesar de ser un acto preparativo, tiene un carácter esencial, vital para el éxito del mismo; en síntesis, sin dicho plan el tipo penal no podría agotarse, no se hubiese podido llevar a cabo la realización del mismo.

Cuando un estado mayor de un ejército «X» elabora un plan común en presencia de los oficiales que lo ejecutarán (quienes aceptan el mismo), consistiendo dicho plan en que las piezas de artillería bombardeen una ciudad indefensa, aportando pautas relativas al día en que empezarán tales operaciones, definiendo las piezas de artillería necesarias para abrir fuego, determinando el tipo de proyectiles a emplear, indicando la cadencia de fuego requerida, marcando el lugar en que se deberán colocar las piezas de artillería para que no sean detectadas por la aviación enemiga, ubicando a los oficiales que dirigirán el ataque e indicando cuando cesará el mismo; no puede negarse que dichos actos, aun siendo preparatorios en la mayoría, son esenciales para agotar el tipo penal. Sin dichas pautas el crimen no se hubiese podido cometer, existiendo un codominio funcional de los hechos por parte de cada miembro que integra el estado mayor, al aportar cada uno de ellos las ideas necesarias y precisas para implementar el plan. Al mismo tiempo, también los oficiales serán coautores al haber aceptado tácita o expresamente el plan común y haber efectuado una aportación esencial a este. Desde el momento en que se emite la orden hasta que se ejecuta, todas las partes que hemos referido tienen un dominio funcional del hecho, pudiendo hacer fracasar el plan si no deciden llevarlo a cabo; pero además tienen un dominio positivo, toda vez que nutren con su actuación el plan, lo han engendrado y alimentado. Por ello, teniendo en cuenta la teoría del dominio del hecho, en su modalidad del dominio funcional, se puede llegar a la conclusión de que los miembros del estado mayor del ejército «X» son coautores del crimen de guerra referido, sin perjuicio de que también, cómo veremos posteriormente, pueda imputárseles el crimen a título de coautores mediatos, que es la posición que defenderé³⁹ desde el momento en que empleen un aparato organizado de poder para sus fines criminales.

³⁹ Si se mantuviese la teoría objetivo-formal solo serían autores los oficiales que han ejecutado las órdenes, dejando de lado la actuación absolutamente esencial de los miembros del estado mayor, que son quienes han ideado, planeado, dado pautas y demás aportaciones sin las cuales no se hubiese podido cometer el crimen, dado que los oficiales, lo más seguro que no alcanzasen esas funciones que han desarrollado los miembros del Estado Mayor. Además, sostener que los componentes del estado Mayor, quienes han intervenido de forma esencial en el crimen, pudiesen ser castigados como cooperadores necesarios o inductores podría ir en contra de la teoría del acuerdo previo que el Tribunal Supremo sostuvo durante

La postura planteada tiene dentro de nuestro sistema penal un escollo considerable, que no es otro que la figura jurídica del cooperador necesario, toda vez que la coautoría no ejecutiva podría confundirse con la cooperación necesaria. Siguiendo a Gómez Benítez, el coautor no ejecutivo cae dentro de la órbita del cooperador necesario⁴⁰. En mi opinión la diferencia la encontraremos si acudimos a la teoría del dominio del hecho⁴¹; otra parte de la doctrina, principalmente Bacigalupo, sostiene que el elemento diferenciador lo encontraremos en el hecho de si la división de tareas comporta subordinación de unos respecto a los otros, ya que la coautoría no podría conllevar subordinación alguna⁴². Ciertamente, los miembros del estado mayor tienen un dominio positivo y también negativo del hecho, poseen un dominio total del mismo, tanto en la fase preparatoria como en la ejecutiva, ya que pueden dar las órdenes oportunas para que se deje de bombardear la ciudad indefensa, por ello son coautores; mientras que si fuesen cooperadores necesarios solo tendrían un dominio negativo⁴³, cosa que no ocurre. De ahí que entienda que no se puede imputar a dichos componentes del estado mayor el crimen a título de cooperador necesario, aunque a los meros efectos de política criminal, tenga el mismo valor una pena cómo coautor o cooperador necesario, ya que nuestro CP castiga de igual manera tanto al autor como al cooperador necesario⁴⁴. A mayor abundamiento, Roxin parece ser que de alguna forma mantiene esta posición al afirmar que la

tanto tiempo, cfr. A. I. PÉREZ CEPEDA. *Criminalidad de empresa: problemas de autoría...*, Op. cit., p. 116.

⁴⁰ J. M. GÓMEZ BENÍTEZ. *El dominio del hecho en la autoría...*, Op. cit., p. 127; en el mismo sentido P. FARALDO CABANA. «Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal internacional y su equivalencia en el derecho penal español», en *Revista De Derecho Penal y Criminología*, n.º 16, 2005 pp. 44 y 45 y E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada: Comares, 2006 p. 403.

⁴¹ Como bien indica el profesor MELENDO PARDOS, el dominio del hecho solo puede concurrir en la fase ejecutiva del hecho criminal, cfr. A. GIL GIL, J. M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Penal...*, Op. cit., p. 368.

⁴² Cfr. E. BACIGALUPO. *Derecho Penal...*, Op. cit., p. 502, quien entiende que en caso de existencia de subordinación habrá que acudir a la figura del cooperador necesario o cómplice.

⁴³ Cfr. CLAUS ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2000 p. 732; Cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. *La autoría mediata...*, Op. cit., p. 392; cfr. P. FARALDO CABANA. *Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal internacional...*, Op. cit., p. 44, como bien sostiene esta autora el dominio del hecho será en todo caso compartido con el resto de coautores.

⁴⁴ No podemos obviar el hecho de que gran parte de la doctrina española propone de lege ferenda la derogación de la figura jurídica del cooperador necesario, entre otros BOLEA BARDÓN, CERESO MIR, BACIGALUPO ZAPATER, PÉREZ ALONSO y QUINTERO OLIVARES, cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. *La autoría mediata...*, Op. cit., p. 405.

existencia del coautor requiere si bien no la presencia en el lugar del hecho, sí al menos alguna cooperación en el momento del hecho (llamadas por teléfono, por radio, mediante intermediarios...) consistentes en transmitir órdenes⁴⁵. En la hipótesis planteada es evidente que los miembros del estado mayor durante la realización del ataque se cerciorarán de que el mismo se está llevando a cabo tal y como fue planeado, como suele ocurrir en la mayoría de las operaciones militares actuales a causa de los medios tecnológicos de este tiempo, lo que conlleva una actualización de su comportamiento delictivo; en cualquier caso, considero que no es imprescindible la presencia personal en el lugar de comisión del hecho punible⁴⁶. Como se puede apreciar la diferenciación entre coautor y cooperador necesario no es fácil, debiendo concurrir diversas circunstancias a fin de poder determinar el grado de intervención de cada persona, por lo que resultaría apropiado de *lege ferende* derogar dicha forma de participación –en referencia al cooperador necesario–; además, en los crímenes de guerra, suele haber ciertos entramados jerárquicos y una pluralidad de personas en las decisiones adoptadas que dificultan el criterio diferenciador preciso.

1.2. Punto de vista del derecho penal internacional

Con respecto al derecho penal internacional debemos precisar que en el ECPI se reconoce expresamente la coautoría en el art. 25.3.a) cuando se utiliza el término «cometa ese crimen... con otro»⁴⁷; cosa distinta ocurre con el estatuto del TPIY (art. 7.1), del TPIR (art. 6.1) y del SCSL (art. 6.1), en donde no se dice nada al respecto en relación a dicha forma de autoría. Empero lo anterior, los tribunales penales *ad hoc*, en particular el TPIY, han creado la figura de la *joint criminal enterprise* (empresa criminal conjunta) como forma de coautoría, la cual tiene su origen según el TPIY en el derecho consuetudinario⁴⁸. Como se pudo ver en anteriores apartados la

⁴⁵ CLAUS ROXIN. *Autoría y dominio del hecho...*, Op. cit., p. 736.

⁴⁶ HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal...*, Op. cit., p. 732, estos autores entienden que es coautor quienes toman parte del dominio del hecho sobre la base de una resolución delictiva común, sin necesidad de presencia en el locus delicti.

⁴⁷ Cfr. WILLIAM B. SCHABAS. *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford: Oxford University Press, 2010 p. 427 y ss.

⁴⁸ Cfr. H. OLÁSOLO. *The criminal responsibility of senior political...*, Op. cit., p. 45 y ss. Ver sentencia del TPIY de fecha 21.05.03, Prosecutor vs. Milutinovic, ICTY-99-37-AR72, párr. 20 y 31, esta sentencia rompió con la anterior jurisprudencia del TPIY que consideraba la *joint criminal enterprise* como una forma de participación, en lugar de ahora que se considera una forma de coautoría, un modelo de responsabilidad autónoma al am-

autoría directa es una de las formas clásicas de comisión de un crimen. Seguidamente a la autoría directa, nos encontramos con la coautoría, la cual, también dentro del derecho penal doméstico constituye una forma usual de comisión del crimen; sin embargo, dentro del derecho penal internacional, se puede afirmar que la coautoría es una de las formas de comisión más importantes en el ámbito del derecho que estamos tratando, máxime en esos momentos en donde la primera condena de la CPI ha sido en aplicación de la figura jurídica del coautor⁴⁹. Esto tiene su causa en las características *sui generis* que tienen los crímenes internacionales, las cuales fueron observadas en otros apartados. A su vez, puede sostenerse que esta forma de comisión del crimen se halla en el primer nivel de formas de intervención, debido a su gravedad⁵⁰.

Resulta imprescindible para entender la coautoría dentro del ECPI el análisis del caso *Lubanga*⁵¹ y del caso *Katanga*. Del estudio de dichas resoluciones judiciales se deduce lo siguiente:

- La CPI ha optado a la hora de delimitar la figura del autor respecto de la del partícipe por la teoría del dominio del hecho o «control of crime»⁵², ya que la teoría objetivo-formal no acoge la autoría mediata y la teorías subjetivas tampoco diferencian claramente tales formas de participación.

paro del art. 7.1 del Estatuto del TPIY, en concreto, bajo el término «committed»; cfr. KAI AMBOS. *Principios e imputación en el derecho penal internacional*, Barcelona: Atelier, 2008 p. 65 a 116, en donde efectúa este autor un estudio detallado sobre dicha figura jurídica instaurada recientemente por el TPIY y acogida por el resto de tribunales penales ad hoc creados para enjuiciar crímenes internacionales; cfr. E. VAN SLIEDREGT. *Individual criminal responsibility in international law*, Oxford: Oxford University Press, 2012 p. 157 a 164; A. MARSTON DANNER y JENNY S. MARTÍNEZ. Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law, en *California Law Review*, Vol. 93, 2005 p. 77 y ss.; M.ª. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. «La doctrina de la empresa criminal conjunta en las resoluciones del tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia», en *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*, Director: F. MUÑOZ CONDE, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008 p. 1089 y ss.

⁴⁹ Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, judgment of 14 of march 2012 pursuant to article 74 of the statute, ICC-01/04-01/06.

⁵⁰ G. WERLE. *Individual criminal responsibility...*, Op. cit., p. 957.

⁵¹ Cfr. KAI AMBOS. «The first Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor vs. Lubanga): A comprehensive analysis of the legal issues», en *International Criminal Law Review* n.º 12, 2012 p. 138 y ss.

⁵² Prosecutor vs. Lubanga confirmación de cargos de 29 de enero del 2007, ICC-01-04-01/06, párr. 330 y 338.

- En la coautoría resulta imprescindible la participación de dos personas como mínimo, en virtud del término empleado en el art. 25.3.a) «jointly with another»⁵³.
- El concepto de coautoría también se rige específicamente por la teoría del dominio del hecho, mediante el principio de la división de tareas esenciales con el fin de cometer un crimen internacional. Al igual que en nuestra jurisprudencia, se introduce el reparto de tareas y la aportación de un hecho esencial al crimen, sin especificarse que deba ser en la fase ejecutiva. Ninguno de los coautores compartirá el control total del crimen, toda vez que el mismo está repartido entre el resto de coautores, pudiendo cada uno de ellos frustrar la realización del mismo⁵⁴.
- Los elementos objetivos de la coautoría están compuestos por la existencia de un plan común entre dos o más personas y por la contribución esencial coordinada de cada coautor en la realización de los elementos objetivos del crimen internacional⁵⁵. En cuanto al plan común, por un lado, este debe incluir un elemento de criminalidad, aunque no es necesario que esté dirigido específicamente a la comisión del crimen⁵⁶. En la sentencia del caso *Lubanga*, la CPI manifestó que era necesario como mínimo que el plan común incluyese un elemento esencial de criminalidad, es decir, que su implementación conllevara un riesgo suficiente de que un crimen podrá ser cometido según el curso normal de los acontecimientos⁵⁷. La comisión del crimen en cuestión no necesita ser la meta principal de los coautores⁵⁸.
- En cuanto a la aportación esencial⁵⁹, debemos significar que la CPI no requiere que la misma sea llevada a cabo en la fase de ejecución del crimen, bastaría que fuese en la preparatoria⁶⁰. Cuando los ele-

⁵³ Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, judgment of 14 of march 2012 pursuant to article 74 of the statute, ICC-01/04-01/06, párr. 980.

⁵⁴ Prosecutor vs. Lubanga, confirmación de cargos de 29 de enero del 2007, ICC-01-04-01/06, párr. 342.

⁵⁵ *Ibidem*, párrs. 343 a 348.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 344; con relación a este aspecto KAI AMBOS se muestra disconforme, pues entiende que el plan común tiene que ir enfocado a la comisión del crimen, cfr. KAI AMBOS. *The first Judgment of the International Criminal...*, Op. cit., p. 140.

⁵⁷ Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, judgment of 14 of march 2012 pursuant to article 74 of the statute, ICC-01/04-01/06, párr. 984 y 987.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 985, en este apartado la CPI establece como guía para fijar esta consideración el análisis del art. 25.3.a) y el del 30 del ECPI de manera conjunta, en el sentido de considerar el plan común como un reflejo del dolo necesario del tipo penal.

⁵⁹ Cfr. KAI AMBOS. *The first Judgment of the International Criminal...*, Op. cit., p. 141.

⁶⁰ Prosecutor vs. Lubanga confirmación de cargos de 29 de enero del 2007, ICC-01-04-01/06, párr. 348.

mentos objetivos del crimen son realizados por una pluralidad de personas actuando en el marco del plan común, solo aquellos que llevan a cabo tareas esenciales tienen el control del dominio, ya que pueden frustrar la comisión del crimen.

- El comportamiento del coautor no puede analizarse aisladamente respecto del resto de coautores, por lo que no es necesario demostrar que la actuación de un coautor de forma aislada causó el crimen; la característica principal de la coautoría es el reparto de tareas o división de tareas esenciales para cometer el ilícito penal⁶¹, basado en el plan común. En cualquier caso la aportación al plan común debe ser esencial, no basta con que sea sustancial o de una entidad menor⁶².
- Obsérvese que la CPI sostuvo en la sentencia de *Lubanga* que la responsabilidad criminal no estaba limitada a aquellas personas que físicamente cometían el crimen, sino que también eran responsables aquellos que apartados de la escena del crimen controlaban y dominaban su comisión, toda vez que ellos decidían cómo, cuándo y si se llevaba a cabo el mismo; por lo que no es necesario tampoco que estén presentes en la escena del crimen⁶³.
- La CPI opina que en la coautoría se incluyen a aquellos que asisten en la formulación del plan o estrategia, llegando a estar comprometido en la dirección o control de otros partícipes o determinando los papeles de aquellos que se involucran en el crimen⁶⁴. Esto nos conduce a considerar que la CPI emplea un concepto extensivo de coautor, no siendo necesario que ejecute actos típicos en la fase ejecutiva.
- Los elementos subjetivos consisten en que el presunto coautor debe cumplir con los elementos subjetivos del tipo penal concreto, debe ser consciente y aceptar que la implementación del plan común puede producir la realización de los elementos objetivos del crimen y debe ser consciente de que tiene el control del crimen (en codominio con el resto de coautores)⁶⁵. Con respecto al cumplimiento de los elementos subjetivos del tipo penal, es un requisito básico, el cual entiendo que debería analizarse en el momento de estudiar el crimen en concreto y no en la forma de autoría del mismo. Sin perjuicio de

⁶¹ Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, judgment of 14 of march 2012 pursuant to article 74 of the statute, ICC-01/04-01/06, párr. 994.

⁶² *Ibidem*, párrs. 999 y 1000.

⁶³ *Ibidem*, párr. 1003.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 1004.

⁶⁵ Prosecutor vs. Lubanga, confirmación de cargos de 29 de enero del 2007, ICC-01-04-01/06, párrs. 349 a 367.

lo anterior, dicho elemento subjetivo del tipo se refiere al dolo que debe concurrir en el mismo, sea genérico *ex art.* 30 del ECPI o un *dolus specialis* o *eventualis*, el cual podría tener acogida en el sistema de la corte penal⁶⁶. En cuanto al hecho de que los coautores deben ser conscientes del riesgo que conlleva la implementación del plan común y su aceptación mutua consintiendo lo anterior, la CPI ha entendido que justamente esa consciencia y aceptación del riesgo en la implementación del plan por parte de todos los coautores, es lo que justifica que las contribuciones de uno de ellos puedan ser atribuidas al resto e imputárseles el crimen a título de coautor⁶⁷. Por último, el coautor debe ser consciente de que su actuación le permite tener un codominio del hecho, ya que su aportación al crimen es esencial y con su dominio negativo puede frustrar el mismo, si decide renegar de su comportamiento⁶⁸.

Desde mi punto de vista, las principales consecuencias que podemos extraer de las anotaciones practicadas es que la coautoría basada en el dominio funcional del hecho, conlleva una estructura horizontal, toda vez que los coautores tienen un codominio del hecho, debiendo efectuar cada uno de ellos una aportación vital al plan común, con conocimiento del riesgo que ello origina, para que se agote con éxito la actuación criminal. Asimismo, no podemos dejar de observar que las aportaciones al hecho criminal pueden ser perfectamente llevadas a cabo en la fase preparatoria, siempre que dicha aportación sea esencial o vital. Esta característica es propia de los crímenes internacionales, en concreto, de los crímenes de guerra de los cuales puede conocer la Corte Penal Internacional. Desde el momento en que los coautores

⁶⁶ Cfr. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO: «Los principios generales del derecho penal en el Estatuto de Roma», en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 75, 2000 p. 417 y ss.; cfr. Prosecutor vs. Stakic de 31.07.03, IT-97-24-T, párr. 587; cfr. H. OLÁ-SOLO, *The criminal responsibility of senior political...*, Op. cit., p. 282 y 283; al respecto hay que significar que en el caso Bemba la CPI indicó que el dolo eventual no tenía cogida en el art. 30 de su estatuto, toda vez que no se ha recogido literalmente en dicho precepto, cfr. Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba, confirmation of charges de 15 de junio del 2006, ICC-01/05-01/08-424, párr. 362 a 369. Asimismo, en la sentencia de Lubanga se vuelve a excluir el dolo eventual, por lo que puede afirmarse que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional no rige dicha forma de dolo, hecho desde mi punto de vista erróneo; cfr. Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, judgment of 14 of march 2012 pursuant to article 74 of the statute, ICC-01/04-01/06, párr. 1011; Cfr. KAI AMBOS: *The first Judgment of the International Criminal...*, Op. cit., p. 149.

⁶⁷ Prosecutor vs. Lubanga confirmación de cargos de 29 de enero del 2007, ICC-01-04-01/06, párr. 362.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 367.

utilicen algún tipo de aparato organizado de poder (en adelante, AOP) para llevar a cabo el plan común, empleando a subordinados nos encontraríamos ante la coautoría mediata.

2. LA AUTORÍA MEDIATA

La teoría objetivo-formal que venía a establecer que era autor aquella persona que realizaba los elementos objetivos del tipo penal, es decir, que efectuaba el crimen definido en la norma penal, tenía una deficiencia importante, la imposibilidad de reconocer al autor mediato en base a la misma. Por ello, entre otras razones, surge la teoría del dominio del hecho, en virtud de la cual sí se puede imputar al autor mediato la comisión de ciertos crímenes, a través del dominio de la voluntad. Así pues, podemos definir al autor mediato como aquella persona que realiza el hecho típico utilizando a otro como instrumento, sirviéndose de este como herramienta para efectuar el acto criminal que tiene en mente⁶⁹. Una característica de la autoría mediata es la responsabilidad predominante del hombre de atrás en virtud de su superior dominio de la decisión, lo que conlleva que el ejecutor o instrumento está en un estado de inferioridad sobre dicha decisión del hecho criminal⁷⁰. Asimismo, también podemos definir al autor mediato como aquel que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para alcanzar su objetivo delictivo, según indicó la sentencia de 7 de abril del 2009 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú en el caso Fujimori⁷¹. Esta figura jurídica resulta vital, junto con la coautoría, para poder imputar

⁶⁹ S. MIR PUIG: *Derecho penal...*, Op. cit., p. 382; cfr. F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN: «Derecho Penal...», Op. cit., p. 482; cfr. H. OLÁSULO, *The criminal responsibility of senior political...*, Op. cit., p. 111; cfr. M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVÉS ANTÓN. 1999: «Derecho penal...», op. cit., p. 748; Prosecutor vs. Katanga and Ngudjolo, confirmación de cargos de 1 de octubre del 2008, ICC-01/04-01/07, párr. 495; cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal...*, Op. cit., p. 713 a 724; cfr. A. GIL GIL, J. M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Penal...*, Op. cit., p. 361 a 366; cfr. E. BACIGALUPO. 1999: «Derecho Penal...», op. cit., p. 504 y ss.; cfr. JUAN J. BUSTOS RAMÍREZ Y H. HORMAZABAL MALAREÉ, *Lecciones de derecho penal...* Op. cit., p. 290 y ss.; cfr. J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal Español...*, op. cit., p. 800 y ss.; cfr. C. BOLEA BARDÓN. 2000, *Autoría mediata en derecho...*, Op. cit., p. 139 y ss.

⁷⁰ GÜNTHER JAKOBS: *Derecho Penal. Parte General: fundamentos...*, Op. cit., p. 763 y 764.

⁷¹ Sentencia de fecha 7-4-09 de la Corte Suprema del Perú (en adelante, CSJ-SPE) caso Fujimori, párr. 719.

a título de autor la comisión de crímenes internacionales en los cuales el autor intelectual no ha intervenido directamente en la realización del mismo, pero ha tenido un rol fundamental, sino esencial, en la comisión de este⁷². Lo característico de la autoría mediata es la instrumentalización del autor directo⁷³, la cual puede realizarse mediante una coacción, por error o en virtud de ciertos AOP⁷⁴. En el campo en el cual nos estamos moviendo, crímenes internacionales, normalmente la autoría mediata por coacción y en virtud de AOP son las principales formas de comisión del denominado «hombre de atrás», ya que no podemos hablar de autor mediato sino hay un control de este sobre el comportamiento o voluntad del instrumento. De otra parte, hemos de tener en cuenta la evolución del derecho penal internacional toda vez que en el art. 25.3.a) del Estatuto de la CPI se dispone que será responsable quien cometa el crimen a través de otro «sea este o no penalmente responsable». Lo anterior resulta trascendental ya que será indiferente para la CPI que el autor inmediato sea o no responsable a fin de considerar como autor mediato al líder de un AOP; la objeción del principio de responsabilidad del ejecutor para imputar un hecho a una persona como autor mediato pierde su sentido en el derecho penal internacional⁷⁵. El principio de responsabilidad en el seno del DPI ha cedido en favor de la extensión de la figura del autor indirecto, todo ello para posibilitar la imputación penal a título de autor de los líderes políticos o militares cuya aportación al crimen es fundamental.

⁷² Cfr. H. OLÁSULO, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011 p. 159 y ss.; H. OLÁSULO y A. I. PÉREZ CEPEDA: «The notion of control of crime and its application by the ICTY in the Stakic Case», en *International Criminal Law Review*, n.º 4, 2004 p. 475 a 526; F. MUÑOZ CONDE y H. OLÁSULO, «The application of the notion of indirect perpetration through organized structures of power in Latin America and Spain», en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9 2011, n.º 1.

⁷³ M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVÉS ANTÓN *Derecho penal...*, Op. cit., p. 749.

⁷⁴ El creador de esta nueva concepción de la autoría mediata fue ROXIN, quien el 5 de febrero de 1963 habló en Hamburgo de la extensión de la autoría mediata más allá del error o la coacción, la cual, es actualmente seguida por la CPI así como por la jurisprudencia de numerosos países, principalmente de Latinoamérica.

⁷⁵ Cfr. G. WERLE: *Tratado de derecho penal...*, Op. cit., p. 218. Hemos de significar que en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en el caso Grupo Colina, se corrigió la utilización del empleo de la figura jurídica de la autoría mediata en virtud de AOP, por la de la coautoría, toda vez que los ejecutores de los hechos eran plenamente responsables no pudiendo por ello utilizarse tal figura del autor mediato, cfr. sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú –Sala Penal Permanente– de fecha 13 de junio del 2012, caso Grupo Colina, recusación núm. 4104/2010, párr. 204.

2.1. Dominio por error

Aquí el autor mediato se caracteriza porque controla o domina la voluntad y comportamiento del ejecutor a través del engaño⁷⁶, ya sea sobre las circunstancias reales del hecho o por dar al suceso un significado distinto del que le corresponde. Estas situaciones otorgan un dominio del hecho al hombre de atrás que le caracterizan como autor, en suma, este es la figura central del acontecer criminal. La persona que realiza por error el tipo penal, no reuniría en los delitos dolosos el elemento subjetivo del tipo, ya que no tiene voluntad alguna de realizarlo⁷⁷. Un ejemplo de dominio por error es aquel mediante el cual un oficial de un ejército ordena a sus subordinados que disparen sobre los soldados enemigos que se encuentren, sabiendo aquel que la guerra ya ha terminado puesto que el ejército enemigo se ha rendido, pero dicha circunstancia la desconocen sus subordinados. Aquí los soldados actúan en la creencia de que su actuación no vulnera las leyes y costumbres de la guerra, puesto que entienden que están todavía en guerra y sus enemigos son objetivos militares legítimos. Los soldados son utilizados como instrumentos por el oficial, el cual, conociendo la situación real y auténtica del fin del conflicto y de la rendición de los enemigos, no informa a sus subordinados para que no se opongan a la orden; el oficial posee un dominio superior del hecho, sabe cuál es la realidad de la situación, cosa que sus subordinados no. Los subordinados carecerían de libertad alguna a la hora de elegir una forma de actuar concreta, toda vez que no saben la verdad de la situación y por ende no pueden decidir sobre la misma; ello demuestra el dominio del hecho por parte del oficial, quién a través de un dominio de la voluntad por error, utiliza a los soldados para sus fines propios. En la hipótesis planteada el oficial sería claramente autor mediato de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados, a los que ha utilizado como ejecutores de sus deseos criminales; en cuanto a los subordinados que han ejecutado la orden, si bien es cierto que han podido realizar el tipo, no es menos cierto que no reúnen el elemento subjetivo necesario del mismo, ya que no actuaron con dolo, ni siquiera imprudentemente, es más, sería de aplicación la

⁷⁶ Cfr. C. BOLEA BARDÓN: *Autoría mediata en derecho...*, Op. cit., p. 175 y ss.

⁷⁷ Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND: *Tratado de Derecho Penal...*, Op. cit., pp. 717 y 718.

teoría del error de tipo regulado en el art.14.1 del CP⁷⁸ y en el art. 32.1 del ECPI⁷⁹.

2.2. Dominio por coacción

Este tipo de dominio tiene mucha importancia en el derecho penal internacional toda vez que la mayoría de los crímenes internacionales se cometen en conflictos armados o en situaciones de violencia estatal, en las que para poder ejecutarse determinadas acciones es preciso utilizar vías coercitivas extremas que aseguren su cumplimiento. Así pues, nos tenemos que plantear si ante una situación de coacción extrema en la persona del ejecutor se produce una eliminación de la responsabilidad de este, asumiendo la misma el que coacciona mediante el título de autor mediato. Para poder establecer una respuesta a la hipótesis formulada resulta preciso partir de la teoría del dominio del hecho a través de la voluntad. Para Roxin el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho, ya que la figura central del acontecer criminal recae en el «hombre de atrás», pues este es quien dirige la voluntad del ejecutor mediante una coacción extrema⁸⁰. El dominio de la voluntad debe concretarse en aquellos casos en que la decisión determinante y última sobre lo que debe ocurrir recae en el sujeto de atrás⁸¹, debiéndose distinguir del inductor, precisamente en el hecho de que este ni domina el hecho a través de la voluntad del ejecutor⁸², ni ha motivado o creado interés en el ejecutor para cometer el crimen, simplemente le ha coaccionado, cosa bien distinta, pues dicho ejecutor no tiene la misma voluntad de cometer el crimen que una persona inducida⁸³.

En los supuestos de coacción extrema el ejecutor carece de libertad alguna a la hora de elegir un comportamiento determinado. Esto conlleva que la figura central del suceso criminal recaiga en el hombre que coacciona, ya que este

⁷⁸ El art. 14.1 del CP dispone que: «El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente».

⁷⁹ El art. 32.1 del ECPI establece que: «El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen».

⁸⁰ Cfr. CLAUS ROXIN: *Autoría y dominio del hecho...*, Op. cit., p. 167 y cfr. C. BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en derecho...*, op. cit., p. 253 y ss.

⁸¹ *Ibidem*, p. 168.

⁸² Cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ: *La autoría mediata...*, Op. cit., p. 369.

⁸³ CLAUS ROXIN. 2000, *Autoría y dominio del hecho...*, Op. cit., p. 170.

mediante amenazas serias y creíbles en la persona o familiares del ejecutor, anula por completo cualquier atisbo de libertad de voluntad en el ejecutor; ahí es donde radica el dominio de la voluntad, produciéndose con ello un traslado del principio de responsabilidad del ejecutor hacia el autor mediato (hombre de atrás). Como manifestó Roxin, allí donde la influencia del sujeto de detrás es de tal género que el derecho penal exime de responsabilidad al que actúa directamente, existe un dominio de la voluntad⁸⁴; con lo anterior Roxin establece un concepto de «dominio» basado en la responsabilidad y no en cuestiones psíquicas. Estando plenamente de acuerdo con la tesis de Roxin, la circunstancia de orientar el dominio de la voluntad a la responsabilidad conlleva que dentro de nuestro sistema penal muchos comportamientos que caigan en la órbita del art. 20.5.º del CP (estado de necesidad exculpante) a causa de una coacción extrema pueden dar origen a la autoría mediata. Una hipótesis de lo anterior puede ser el caso de un dirigente político que conmina a una persona a matar a un adversario político y, en caso de que se negase, la mujer e hijos de aquel serían asesinados, existiendo noticias veraces de la forma de actuar por parte de aquel. Evidentemente el supuesto narrado es un claro ejemplo de dominio de la voluntad por coacción, pudiendo concurrir en el ejecutor la eximente del estado de necesidad exculpante. El ejecutor no tiene libertad alguna de decisión, toda vez que los bienes jurídicos puestos en juego, la vida de sus familiares directos y la del adversario político, son iguales; o mata a este o el dirigente político ordena la muerte de sus familiares. Aquí, el ejecutor estaría exento de responsabilidad criminal, trasladándose la misma en concepto de autor mediato al dirigente político, puesto que este tiene el pleno dominio de la voluntad del ejecutor. En cualquier caso no podemos obviar el hecho de que en el seno de un procedimiento penal corresponderá al autor inmediato alegar y probar dicha coacción extrema si pretende que se le aplique una causa de exculpación. Así pues, se puede afirmar que la libertad de voluntad del ejecutor y el principio de responsabilidad penal constituyen las herramientas necesarias para determinar la culpabilidad del ejecutor coaccionado.

2.3. Dominio mediante el cumplimiento de una orden

Dentro del dominio por coacción no podemos dejar de analizar el dominio por cumplimiento de una orden⁸⁵. En este supuesto rige una especial

⁸⁴ Cfr. KAI AMBOS: *Parte General del Derecho Penal...*, Op. cit., p. 203 y ss.; CLAUS ROXIN. *Autoría y dominio del hecho...*, Op. cit., p. 171.

⁸⁵ Cfr. C. BOLEA BARDÓN. *Autoría mediata en derecho...*, op. cit., p. 302 y ss.

vinculación entre el subordinado y el superior, que se fundamenta en el deber de obediencia, típico dentro de las instituciones armadas⁸⁶. Aquí se produce una coacción normativa toda vez que el subordinado sino cumple con lo ordenado puede ser sancionado penal o disciplinariamente. En el caso de que las sanciones penales por el incumplimiento de órdenes, no conlleven la pena de muerte, entiendo que el subordinado no pierde la libertad de voluntad necesaria para incumplir las mismas, siempre que sean ilícitas; de igual forma pasaría con las sanciones administrativas. Caso distinto sería si junto con la coacción normativa hay una coacción fáctica o de hecho (amenaza inminente y seria de muerte), en dicho caso si se produciría una pérdida de la libertad de voluntad del subordinado, convirtiéndose en mero instrumento del superior, por lo que podría imputársele el crimen a este mediante el título de autor mediato. A mi juicio tenemos que acudir en cualquier caso a la teoría del dominio del hecho, preguntándonos si la mera emisión de una orden conlleva ya un dominio del hecho a través de la voluntad. Entiendo que no, el dominio del hecho del superior no se encuentra exclusivamente en la relación jerárquica⁸⁷, puesto que el subordinado tiene la obligación de desobedecer, principalmente, las órdenes ilícitas. Si no se produce una pérdida completa de la libertad de voluntad por parte del subordinado no habrá un autor mediato.

Más allá de los supuestos en los que no hay una coacción adicional a la mera emisión de la orden, ¿qué ocurriría en el supuesto de que un superior ordenase a un subordinado la ejecución de un prisionero de guerra y en caso de que aquel se negase se le abriría inmediatamente un procedimiento penal sumario que conllevara la pena de muerte?, ¿regiría para el subordinado la eximente de obediencia debida, la eximente de estado de necesidad exculpante o sería responsable en cualquier caso⁸⁸? En este caso acudiendo a nuestro ordenamiento jurídico, podríamos traer a colación lo dispuesto en el art. 21 del Código Penal Militar que dice que «no se estimará como eximente ni como atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de guerra o constituyan delito, en particular contra la constitución». A la vista de lo anterior el subordinado no tendría

⁸⁶ Cfr. KAI AMBOS: *Parte General del Derecho Penal...*, Op. cit., p. 207 y ss.; cfr. CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...*, Op. cit., p. 192 y 193 y GÜNTHER JAK-OBS, *Derecho Penal. Parte General: fundamentos...*, Op. cit., p. 769 y ss.

⁸⁷ KAI AMBOS: «Parte General del Derecho Penal...», Op. cit., p. 209.

⁸⁸ Cfr. F. J. HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS: *La exención por obediencia jerárquica en el derecho penal español. Comparado e internacional*, Madrid: Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, 2011 pp. 215 a 310.

la obligación de obedecer la orden, ya que esta es manifiestamente antijurídica; sin embargo no podemos obviar la amenaza que recae sobre este, toda vez que si la incumple podría imponérsele la pena de muerte. Reconociendo que este supuesto es utópico, puesto que en nuestro derecho no hay pena de muerte, suponiendo que existiera la misma y fuese aplicada de forma sistemática, considero que la amenaza auténtica e inmediata sobre el subordinado de condenarle a pena de muerte, conlleva una anulación de la libertad de voluntad de este. En este supuesto sería autor mediato el superior que ha dado la orden, ya que este ha instrumentalizado al subordinado mediante una coacción normativa extrema. Además no hay que olvidar que el subordinado no ha creado la situación crítica, este se ha encontrado, al azar, obligado a cumplir una orden antijurídica bajo coacción extrema, en consecuencia, su comportamiento estaría justificado.

En conclusión, la mera emisión de una orden no anula la libertad de voluntad del subordinado quien deberá desobedecerla si es antijurídica, salvo que dicha orden vaya acompañada de otra coacción fáctica seria, inminente y grave sobre su vida, en estos supuestos podría producirse una anulación de la libertad de voluntad del subordinado trasladándose la responsabilidad penal de este al superior que la ha emitido, en concepto de autor mediato, al dominar plenamente la voluntad del subordinado.

3. LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Si bien es cierto que las formas de autoría expuestas en los apartados precedentes son usuales en su aplicación tanto en el derecho penal español como en el derecho penal internacional, no es menos cierto que la autoría mediata se aplica con menos frecuencia en el derecho penal. Sin embargo, en los últimos años se ha demostrado que esta figura jurídica resulta de vital importancia para poder imputar determinados crímenes internacionales a personas que dada su situación personal, política y de poder que ostentaban cuando se produjeron los hechos, nunca participaron directamente en la comisión del crimen⁸⁹. La no realización directa del crimen no significa que no sean responsables a título de autor, toda vez que tenían el pleno dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder, lo que les convierte en verdaderos autores de los crímenes cometidos a raíz de las directrices, instruccio-

⁸⁹ KAI AMBOS: *Sobre la organización en el dominio de la organización*, en Indret, Vol. 3, 2011 p. 4.

nes u órdenes que dieron para ejecutar sus planes⁹⁰. En nuestro país la doctrina de los aparatos organizados de poder no ha sido acogida jurisprudencialmente de forma expresa, ya que los tribunales españoles normalmente acuden a la figura de la coautoría (interpretada de forma muy amplia) para resolver los posibles problemas de codelincuencia que se encuentren en un caso⁹¹. A pesar de ello, la gran mayoría de la doctrina española confirma la tesis de Roxin e incluso, alguna sentencia reciente de nuestros tribunales reconoce implícitamente la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder, en concreto nos referimos a la sentencia 503/2008 de 17 de julio (caso del 11-M)⁹². A diferencia de lo que pueda ocurrir en nuestro país, no cabe duda alguna que en los países latinoamericanos la doctrina de los aparatos organizados de poder está ya plenamente acogida, basta con recordar el proceso a las Juntas militares en Argentina, la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina de 22 de diciembre del 2010 (*caso Videla*), y los *casos Fujimori y Abigail Guzmán* en el Perú, en todos ellos se recoge la teoría de la autoría mediata a través de AOP. Asimismo, el Tribunal Supremo Federal alemán también ha recogido la autoría mediata en virtud de AOP en sentencias importantes⁹³. En el derecho penal internacional también juega un rol importante la tesis de Roxin, la cual ha sido acogida en el caso *Katanga, Omar Al Bashir y Jean Pierre Bemba* de la CPI, *Milomir Stakic, Radoslav Brdanin, Momcilo Krajsnik, Milan Martić y Fatmir Limaj et al* del TPIY y, *caso Protais Zigiranyirazo* del TPIR⁹⁴. Todo esto demuestra la trascendencia de la doctrina de los aparatos organizados de poder en el derecho penal internacional y nacional, como herramienta fundamental para imputar a título de autor determinados crímenes a aquellas personas que aun no realizando personalmente el

⁹⁰ Cfr. KAI AMBOS y CHRISTOPH GRAMMER: «Dominio del hecho por organización. la responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann», en *Revista Penal*, núm. 12, 2003 p. 30.

⁹¹ A. GIL GIL: El caso español..., Op. cit., p. 100.

⁹² *Ibidem*, p. 124.

⁹³ Cfr. BGHSt 40, 218, 237 y BGH NJW 2000, 443, 448, manifestando dicho órgano judicial que existe autoría mediata cuando el autor aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que, dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados...si el hombre de atrás actúa en conocimiento de estas circunstancias, en concreto, si aprovecha la disposición incondicional del autor material a realizar el tipo, y el hombre de atrás desea el resultado, es autor en la forma de autoría mediata, cfr. KAI AMBOS y CHRISTOPH GRAMMER: *Dominio del hecho por organización. la responsabilidad de la conducción militar...*, Op. cit., p. 33

⁹⁴ Cfr. H. OLASOLO: *Ensayos de derecho penal y procesal...*, Op. cit., p. 161.

hecho típico, con sus decisiones u órdenes hacen que el mismo se lleve a cabo sin ningún obstáculo.

Así pues, como se dijo anteriormente la autoría mediata puede llevarse a cabo a través de un dominio por coacción, por error o, mediante aparatos organizados de poder⁹⁵. Esta nueva forma de autoría mediata tiene su origen en la obra de Roxin⁹⁶, quien a causa de la sentencia pronunciada en el caso *Adolf Eichmann* entendió que la autoría mediata no se agotaba exclusivamente con el dominio por coacción o error, sino que existía una tercera forma independiente de autoría mediata, a través de la cual se podía imputar al dirigente de una organización criminal como autor mediato, aun cuando los autores inmediatos fuesen plenamente responsables⁹⁷. Las figuras clásicas del derecho penal para imputar crímenes individuales (autor directo, coautor e inductor) no dan una respuesta satisfactoria en relación a la comisión de crímenes internacionales, los cuales, tienen una característica de globalidad que exceden de lo ordinario⁹⁸. En dichos crímenes internacionales intervienen una pluralidad de personas que suelen estar vinculadas de *iure* o de *facto*, en síntesis, suele tratarse de una relación vertical y no horizontal. Las antiguas teorías subjetivas no pueden servir de base para imputar a título de autor mediato al líder militar o político que dirige un AOP, ya que los inductores también tienen el *animus auctoris* requerido por tales teorías⁹⁹. Tenemos que acudir a la teoría del dominio del hecho a fin de determinar correctamente quién es la persona que controla la voluntad del ejecutor y, dicha forma de concreción se encuentra en la teoría del dominio del hecho mediante los aparatos organizados de poder.

Siguiendo el criterio establecido en la sentencia de fecha 07.04.09 de la Corte Suprema del Perú en el caso *Fujimori*, los principales requisitos del dominio del hecho mediante AOP son los siguientes: existencia de una estructura jerárquica de la organización, poder de mando del autor mediato, desvinculación de la organización del derecho, fungibilidad del autor

⁹⁵ Cfr. C. BOLEA BARDÓN: *Autoría mediata en derecho...*, Op. cit., p. 337 y ss.

⁹⁶ Cfr. P. FARALDO CABANA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004 p. 25 y ss.

⁹⁷ CLAUS ROXIN: *Autoría y dominio del hecho...*, Op. cit., p. 269; cfr. CLAUS ROXIN, 2006, El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, en *Revista de Estudios de la Justicia* n.º 7, 2006 p. 11 a 21.

⁹⁸ CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...*, Op. cit., p. 270.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 271.

directo y predisposición del autor inmediato para la realización del hecho ilícito¹⁰⁰.

3.1. Existencia de una estructura jerárquica de la organización

La estructura jerárquica de la organización es una de las piezas principales para poder fundamentar el dominio del hecho mediante AOP, esta estructura jerárquica conlleva que la relación entre el dirigente/líder político o militar con sus subordinados sea de carácter vertical, es decir, que la orden discurre desde arriba hacia abajo, diferenciándose así de la coautoría cuya relación es horizontal¹⁰¹. Dentro de esta organización¹⁰² debe existir una asignación de tareas o roles. Como se indicó en el *caso Fujimori*, dicha organización «(...) posee una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional»¹⁰³. Así pues, la organización al ser de carácter vertical, es decir, fuertemente influenciada por los principios de subordinación y supremacía, hace que las órdenes emitidas por la cúpula de poder sean llevadas a cabo por los ejecutores¹⁰⁴. Entre las características fundamentales de la estructura jerarquizada encontramos la asignación de roles y el mecanismo funcional del aparato. Con respecto a la primera característica, esta explica la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, es decir, entre la cúpula de poder y los miembros que llevan a cabo el designio de aquella, aludiendo a una distribución de funciones. Roxin no está de acuerdo con hacer referencias a la distribución de funciones toda vez que dicho requisi-

¹⁰⁰ Este último requisito tiene su origen en la postura de F. C. SCHROEDER, quien entendió que la fungibilidad del ejecutor no era necesaria, encontrándose la clave en la disposición al hecho criminal del ejecutor, cfr. F.C. SCHROEDER: «Disposición al hecho versus fungibilidad», en *Autoría Mediata –El Caso Fujimori–*, Editores: KAI AMBOS e IVÁN MEINI, Lima: Ara Editores, 2010 p. 117 y ss.

¹⁰¹ Cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata...*, Op. cit., p. 155 y 156; cfr. KAI AMBOS, «Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori», en *Autoría Mediata –El Caso Fujimori–*, editores: KAI AMBOS e IVÁN MEINI, Lima: Ara Editores, 2010 p. 76.

¹⁰² Es importante significar que dentro de la organización debemos incluir principalmente las estatales, pero también las no estatales siempre que estas presenten una continuidad segura y actúen como «un Estado dentro del mismo Estado», cfr. KAI AMBOS. 2011, «Sobre la organización en el dominio...», op. cit., p. 9.

¹⁰³ CSJ-SPE, párr. 726.

¹⁰⁴ E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ: *La autoría mediata...*, Op. cit., p. 156.

to es propio de la coautoría, lo que podría dar lugar a ciertas confusiones. Sobre el mecanismo funcional del aparato, este se concreta en el automatismo del mismo. Ello significa el desarrollo de un proceso por sí solo, lo que conlleva que la cúpula de poder u hombre de atrás sepa que su orden siempre va a ser cumplida, sin necesidad alguna de conocer al ejecutor de la misma¹⁰⁵. Dicho funcionamiento automático¹⁰⁶ es la clave para comprender el cumplimiento exhaustivo de la orden, no haciendo falta que exista una orden por escrito o expresa¹⁰⁷.

3.2. Poder de mando del autor mediato

El poder de mando es esencial para entender el dominio del hecho mediante un AOP, esto quiere decir que los autores mediatos deben tener un poder pleno sobre el control del hecho ilícito, por lo que generalmente deberán pertenecer al nivel estratégico superior del plan criminal, es decir, aquellos que ocupan el vértice del AOP¹⁰⁸. Los supuestos en los que se ha condenado a una persona como autor mediato en virtud de AOP ha coincidido con el hecho de que este era un alto líder político o militar que tenía la *potestas* suficiente para dirigir las fuerza armadas de un Estado o las fuerzas y cuerpos de seguridad del mismo, pensemos en *Jorge Videla*, *Alberto Fujimori*, *Salazar Monroe* o incluso en el seno de organizaciones terroristas en *Abigail Guzmán Reinoso*. Todos ellos tenían capacidad suficiente para dirigir la organización dictando las órdenes que consideraban oportunas tendentes a cumplir el ideal criminal establecido por ellos. Tales órdenes no tienen por qué ser realizadas por escrito, vale la mera orden verbal o informal¹⁰⁹. Como se indica en el *caso Fujimori*, «el poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior –del hombre de atrás– de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en aten-

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 12.

¹⁰⁶ Cfr. KAI AMBOS: *Sobre la organización en el dominio...*, Op. cit., p. 13, dicho funcionamiento automático puede surgir por la fungibilidad de los ejecutores, su subordinación (a causa de un adoctrinamiento severo, radical y violento) y por la pertenencia a determinadas etnias. Estas características son propias de los actuales conflictos africanos en donde no existe una formalidad jerárquica previa, sino más bien unos factores «débiles» que podrían ser vínculos socio-familiares, afiliación de origen, pertenencia a una tribu o etnia...

¹⁰⁷ CSJ-SPE, párr. 726.

¹⁰⁸ KAI AMBOS: *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia...*, Op. cit., p. 77.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 77.

ción a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar»¹¹⁰. Lo relevante del poder de mando es la facultad para dictar una orden o mandato¹¹¹, la cual va ser cumplida de forma automática sin que se tenga que preocupar el líder militar o político del cumplimiento de la misma, al tener la plena certeza de que se va a llevar a cabo, bien por un ejecutor concreto o por otro distinto, los cuales normalmente no conocerá. Además, el líder militar o político no tendrá que recurrir al engaño o a la coacción para que se cumpla la orden, ya que el ejecutor compartirá los objetivos de la organización teniendo una predisposición al hecho típico. Por ello el dominio de la voluntad del autor mediato (líder político o militar) se ejerce a causa de la integración del ejecutor dentro del AOP¹¹². De ahí, que la autoría mediata a través de AOP deba interpretarse teniendo en cuenta el nuevo elemento normativo impuesto en el art. 25.3.a) del ECPI, consistente en que el autor inmediato puede ser responsable penalmente. El presupuesto de la predisposición al hecho criminal se recoge en este criterio normativo del DPI.

Ahora bien, dentro de la organización puede que haya diversas personas que ejercen poder de mando. Siguiendo con el ejemplo del Estado Mayor del Ejército que decide bombardear una ciudad indefensa, dicho órgano militar está compuesto por una pluralidad de personas, las cuales aportan elementos esenciales al hecho típico, es decir, su planeamiento, dirección, actualización, concreción... aunque sean practicados en la fase preparatoria. ¿Qué grado de responsabilidad tendrá cada miembro del estado mayor que ha decidido planear dicho crimen de guerra? En primer lugar no cabe duda que todos ellos pertenecerán al nivel estratégico superior, mientras que los oficiales de los cuales se sirven posteriormente pertenecen al nivel estratégico intermedio. En segundo lugar, los ejecutores podrán ser autores directos del crimen de guerra si tienen conocimiento de que su comportamiento es ilícito y lo aceptan. Aquí se aprecia de forma clara como el poder de mando sigue una línea vertical¹¹³, a diferencia de la coautoría que es horizontal; el estado mayor del Ejército pronuncia una orden que es transmitida a los niveles intermedios, quienes a su vez la imparten a los ejecutores y se aseguran de que se cumpla. Hay que destacar que el AOP posee una estructura piramidal, mediante la cual las órdenes son impartidas desde la cúspide y son ejecutadas por los miembros de la base

¹¹⁰ CSJ-SPE, párr. 729.

¹¹¹ CLAUS ROXIN. 2006: «El dominio de organización...», Op. cit., p. 16.

¹¹² CSJ-SPE, párr. 729, párr. 3.º.

¹¹³ Cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. 2006: «La autoría mediata...», Op. cit., p. 156.

piramidal, habiendo entre medias una cadena de mando o intermediarios que también deben responder por los hechos típicos. El nivel estratégico planeará y diseñará el crimen y el nivel ejecutor lo realizará sin participar en la toma de decisiones del nivel estratégico¹¹⁴, pero teniendo predisposición al hecho criminal. Sin embargo, nos tenemos que hacer una pregunta, ¿qué grado de responsabilidad tendrán aquellos oficiales que han transmitido las órdenes y se han asegurado de su cumplimiento? Tenemos que tener en cuenta que dichos oficiales no han diseñado el plan ni lo han ejecutado y además, que los miembros del estado mayor del Ejército tienen un dominio del hecho tanto positivo como negativo y los ejecutores tienen un dominio pleno de la acción, por lo tanto, ¿qué dominio del hecho posee el nivel intermedio? Para Kai Ambos los oficiales del nivel intermedio deberían responder como coautores, toda vez que no dominan todo el AOP y sí han realizado una tarea fundada en la división del trabajo¹¹⁵; Gimbernat por su parte entiende que deberían ser cómplices¹¹⁶; Pérez Cepeda considera que el nivel intermedio debería responder a título de cooperador necesario¹¹⁷ bajo ciertas condiciones y Gil Gil entiende que podrían ser inductores¹¹⁸. Un punto de partida importante lo encontramos en la postura de Roxin al considerar que quien es empleado de una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que pueda impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles; el hecho de que lo haga por iniciativa propia o en interés de la organización es irrelevante, pues su autoría dependerá de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito¹¹⁹.

A mi juicio, la posición más acertada para delimitar la responsabilidad del nivel intermedio (oficiales que transmiten la orden) es la de Roxin, por lo que deberíamos entender que estos podrían ser autores mediatos, sin perjuicio de considerar que también podrían responder como coauto-

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 157.

¹¹⁵ KAI AMBOS: *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia...*, Op. cit., p.79; KAI AMBOS, *Parte General del Derecho Penal...*, Op. cit., p. 232.

¹¹⁶ E. GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid: Universidad de Madrid, 1966 pp. 191 a 193, en el mismo sentido opina HERNÁNDEZ PLASENCIA salvo el último que transmite la orden que será inductor.

¹¹⁷ Cfr. A.I. PÉREZ CEPEDA: *Criminalidad de empresa: problemas de autoría...*, Op. cit., p. 120.

¹¹⁸ A. GIL GIL: «El caso español...», Op. cit., p. 114 y J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA, «La codelinuencia en organizaciones criminales de estructuras jerarquizadas», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 17, 2006 p. 78.

¹¹⁹ CLAUS ROXIN: *Autoría y dominio del hecho...*, Op. cit., p. 275 y 276.

res mediatos, como se verá posteriormente. Lo relevante en la hipótesis planteada es determinar qué dominio del hecho poseen los oficiales. Pues bien, no podemos negar que tienen tanto un dominio positivo, el cual viene determinado por la actualización de la orden, por su transmisión y por el control operacional que poseen dentro del AOP, labor que se ve facilitada por el rango jerárquico que ostentan¹²⁰. En cuanto al dominio negativo, este consiste en la facultad para romper el eslabón de cadena de mando y con ello frustrar la acción militar encomendada. Lo más importante es que el nivel intermedio tiene capacidad para emitir órdenes¹²¹, es decir, tiene poder de mando y tiene a su disposición un número suficiente de ejecutores para cometer el crimen de guerra¹²². Tenemos que partir de un concepto del dominio del hecho abierto y no restringido y además, entender que el dominio de la voluntad se efectúa a través de un AOP, dando igual la capacidad mayor o menor de mando que puedan tener el nivel estratégico y el intermedio, pues ambos gozan de dicho poder de mando, por lo que reúnen los requisitos necesarios para ser autores mediatos. Resulta interesante significar que la sentencia del Tribunal Oral de lo Federal Criminal de Córdoba de fecha 22 de diciembre del 2010 en el caso *Videla* indicó que se puede hablar de diversos escalones o formas de participación, el nivel estratégico o autores por mando, nivel intermedio o autores por organización y nivel ejecutor o autores ejecutivos, afirmándose que los dos primeros niveles serán considerados autores mediatos «pues su posición dentro de la organización, los coloca en la cúspide de la misma, o bien en un segundo nivel de conducción y control, sin ejecución material del hecho»¹²³.

A su vez, en los crímenes cometidos mediante AOP la distancia espacial y jerárquica entre los ejecutores directos del crimen y las personas que los han ideado, planeado y ordenado, conlleva que la responsabilidad sea mayor cuanto más distancia haya entre dichos extremos; es decir, no se

¹²⁰ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO: «Los principios generales del derecho penal...», Op. cit., p. 404.

¹²¹ Cfr. J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA: «La codelinuencia en organizaciones criminales...», Op. cit., p. 50.

¹²² Cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ *La autoría mediata...*, Op. cit., p. 169 y 170.

¹²³ Sentencia del Tribunal Oral de lo Federal Criminal de Córdoba de fecha 22 de diciembre del 2010, p. 622. De igual forma en la causa «El Vesubio» se indicó que autor mediato no es solo el jefe de una organización, sino todo aquel que en el ámbito de su jerarquía transmite la orden delictiva hacia abajo con poder de mando autónomo, cfr. sentencia de fecha 23 de septiembre de 2011 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 4 de Buenos Aires, causa n.º 1487, p. 1140. También en la causa Brandalís se afirmó que son autores mediatos tanto el jefe del aparato de poder como los que detentan lugares intermedios en el mismo con facultad de decidir ilícitamente, cfr. sentencia de fecha 24 de julio del 2008 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 1 de Córdoba, exp. 40/M/2008, p. 267.

produce una disminución de la responsabilidad porque quien dio la orden estaba lejos de la comisión del crimen o no conocía ciertos datos relevantes del caso, todo lo contrario, cuanto más lejos se haya el poder de decisión, normalmente más control ejerce sobre el nivel ejecutor de la orden, utilizando para ello la cadena de mando pertinente. En el caso *Eichmann*, el Tribunal de Jerusalén ya indicó que: «la medida de la responsabilidad crece siempre más cuanto más uno se aleje de aquellos que ponen las armas letales en acción con sus manos, alcanzado a los escalones más altos del mando»¹²⁴; de igual forma se manifestó la Corte Suprema Federal Alemana en su sentencia de fecha 26.07.94 5StR 98/94 y la Corte Suprema del Perú en el caso *Fujimori*. Esto quiere decir que aunque los líderes que se encuentren en la cúpula de poder tienen un dominio del hecho mayor, los mandos intermedios también poseen dicho poder de mando, a una escala menor, pero no por ello pierden el dominio del curso criminal.

3.3. Desvinculación de la organización del derecho

Este requisito ha sido objeto de numerosas críticas ya que hay diversos autores que entienden que el mismo no es necesario, entre ellos Kai Ambos¹²⁵. Este autor sostiene que en los ejemplos de AOP (régimen nazi y régimen de la antigua RDA) tales aparatos formaban parte del propio ordenamiento jurídico, lo que conllevaba una justificación mayor de la autoría mediata mediante AOP al entender que en estos casos al subordinado le costaba mucho más determinar si su conducta era acorde o no a derecho; mientras que en el caso de que el AOP actuase completamente al margen del derecho, en tal supuesto el subordinado podría diferenciar entre el derecho vigente (justo) y el injusto (órdenes antijurídicas). En cualquier caso, la necesidad o no de este requisito no altera en lo más mínimo la figura del autor mediato en virtud de aparatos organizados de poder.

Dicho lo anterior, el requisito de la desvinculación jurídica no es otra cosa que el actuar al margen del derecho por parte de la organización, que la organización se estructure, opere y permanezca al margen del sistema jurídico nacional e internacional¹²⁶. El derecho referido es el propio orde-

¹²⁴ Sentencia de la Corte de Distrito de Jerusalén de 12-12-91, párr.197; dicha apreciación se repite en la sentencia de la Corte Suprema del Perú en el caso *Fujimori* y en la sentencia del Tribunal Oral de lo Federal Criminal de Córdoba de fecha 22 de diciembre del 2010 (caso Videla et al.), p. 620.

¹²⁵ Cfr. KAI AMBOS *Parte General del Derecho Penal...*, Op. cit., p. 234 y ss.

¹²⁶ CSJ-SPE, párr.733.

namiento jurídico del Estado al cual pertenece dicha organización. Obsérvese, que tal derecho estará conformado tanto por las normas internas como por las normas internacionales, toda vez que estas normalmente, tras previas vicisitudes legales o procedimentales, forman parte del ordenamiento jurídico estatal. Así pues, los convenios internacionales ratificados por los Estados y el derecho consuetudinario internacional también es parte del derecho al cual están sometidos los AOP. La desvinculación no ha de ser total, es decir, que la organización opere en todas sus facetas al margen de la ley; será suficiente que dicha desvinculación se produzca exclusivamente en relación con el marco del tipo penal o crimen internacional que se pretende cometer¹²⁷. La desvinculación puede producirse de forma instantánea a través de una decisión del nivel estratégico o autores de mando de desvincularse del Estado de derecho, o de manera gradual por medio del deterioro continuo de las estructuras democráticas¹²⁸.

Roxin, en sus primeras manifestaciones sobre el dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder defendía que esta solo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que mientras que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentarse por dominio, al tener las leyes un rango supremo que excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas¹²⁹; en dichos supuestos, según Roxin la emisión de una orden antijurídica conllevaría un supuesto de inducción al moverse la organización por los cauces reglados del derecho. Empero lo precitado, tenemos que observar que la desvinculación del derecho puede ser de dos formas, la primera sería mediante el propio derecho, es decir, el AOP utilizaría mecanismos legales que justificasen los crímenes internacionales o los permitiese (supuesto del régimen nazi durante la II Guerra Mundial). La segunda forma sería cuando el AOP sin modificar el derecho vigente, efectúa actos que se desvinculan del mismo, no teniendo consideración alguna por lo dispuesto en su ordenamiento jurídico o por las normas supranacionales (derecho convencional y consuetudinario), produciéndose una actuación paralela al derecho interno o internacional¹³⁰.

En este orden de ideas tenemos que preguntarnos en qué afecta la desvinculación del derecho por parte del AOP en relación al dominio de la voluntad que estamos tratando. En mi opinión y siguiendo la posición de Kai

¹²⁷ CLAUS ROXIN. *El dominio de organización...*, op. cit., p. 16; cfr. CSJ-SPE, párr. 734.

¹²⁸ KAI AMBOS. *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia...*, Op. cit., p. 82.

¹²⁹ CLAUS ROXIN. 2000: *Autoría y dominio del hecho...*, Op. cit., p. 277.

¹³⁰ CSJ-SPE, párr. 735, punto 4.º.

Ambos, Meini¹³¹ y Fernández Ibáñez¹³², entiendo que no es necesario dicho requisito para fundamentar la existencia de un dominio de la voluntad mediante AOP, toda vez que dicho dominio se asienta en la predisposición al hecho del ejecutor, su fungibilidad, el poder de mando del autor mediato y la existencia de una organización jerarquizada. Además, si bien es cierto que Roxin utiliza dicho requisito a fin de justificar la motivación del ejecutor, en el sentido de que estará más motivado a no cumplir la orden si esta es antijurídica (opera fuera del derecho vigente) que si en principio forma parte del derecho; no es menos cierto que tal fundamentación puede resultar interesante para dilucidar la responsabilidad del ejecutor, pero no nos ayuda para justificar el dominio de la voluntad del autor mediato, que es la cuestión central, ya que este no tiene que elegir entre una orden antijurídica o legal, él es quien emite la instrucción que pretende la comisión de un crimen¹³³. Por lo tanto el dominio del acontecer del curso criminal no se fundamenta en la desvinculación del AOP del derecho, aunque no podemos negar también que, normalmente, de una forma u otra, el AOP actuará al margen del derecho, como cualquier otro criminal que cometa un delito. Lo peculiar en estos casos es que son los propios órganos del Estado quienes de forma ilícita, aprovechándose de la estructura del mismo y del poder de mando inherente a un órgano jerarquizado, dan instrucciones u órdenes tendentes a cometer un crimen teniendo en todo momento el dominio de la voluntad de los ejecutores y de los autores de la organización o personas del nivel intermedio.

3.4. La fungibilidad del autor directo

Una de las características más relevantes de la autoría mediata mediante el dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder, reside en que el autor inmediato suele ser plenamente responsable, hecho que ha sido muy criticado por la doctrina al poner en crisis el principio de responsabilidad por el cual cada sujeto debe responder por su propia conducta no pudiendo traspasarse la responsabilidad a otra persona¹³⁴; cada

¹³¹ IVÁN MEINI. «El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 09.04.09», en *Autoría Mediata –El caso Fujimori–*. Editores: KAI AMBOS e IVÁN MEINI, Lima: Ara Editores, 2010 p. 223.

¹³² E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. 2006: *La autoría mediata...*, Op. cit., p. 200 y ss.

¹³³ Cfr. IVÁN MEINI. 2010. *El dominio de la organización...*, Op. cit., p. 222.

¹³⁴ Cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. *La autoría mediata...*, Op. cit., p. 25 y ss.; cfr. P. FARALDO CABANA. Responsabilidad penal del dirigente..., Op. cit., p. 90, esta autora defiende que el principio de responsabilidad no se ve quebrantado en la autoría mediata

uno debe responder penalmente por su propio comportamiento¹³⁵. El autor inmediato puede desistir en cualquier momento de la comisión del crimen toda vez que tiene un dominio de la acción, tanto positivo como negativo. A fin de poder asegurarse el nivel estratégico de que el crimen va a llevarse a efecto, es necesario que haya una pluralidad de ejecutores dispuestos, fungibles¹³⁶ e intercambiables, en cantidad suficiente para acreditarse que el hecho típico va a producirse¹³⁷. Así pues, podría afirmarse que el autor mediato no domina directamente la voluntad del ejecutor, sino la voluntad del conjunto de todos los ejecutores fungibles y dispuestos a cometer el crimen. La fungibilidad del ejecutor es una característica de la autoría mediata en virtud de AOP¹³⁸. Como afirmo Roxin, «el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor»¹³⁹. La Corte Suprema del Perú en el caso *Fujimori*, sostuvo que la fungibilidad se «ha entendido, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su desigño delictuoso»¹⁴⁰. Los ejecutores en su vertiente individual no son relevantes para el AOP, lo característico de estos es que la negativa de uno de ellos no impide o frustra el mandamiento del autor mediato, toda vez que este tiene el pleno control de la organización a través de una pluralidad de ejecutores intercambiables, en síntesis, si uno de ellos se niega a cometer el crimen

a través de AOP, toda vez que la importancia de esta forma de autoría es el traslado de la posición central del suceso del hombre de delante al de atrás. El primero domina la acción y el segundo domina el AOP, mediante el cual se asegura que el hecho criminal se lleve a cabo con indiferencia de si se niega algún ejecutor.

¹³⁵ Lo relevante es que el autor material responderá de su comportamiento salvo que concurra alguna causa de justificación, de exculpación o de inimputabilidad. Por otro lado, el autor mediato responderá por instrumentalizar al ejecutor o al AOP, el cual domina, cfr. P. FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente...*, Op. cit., p. 104 y 105. El principio de responsabilidad es compatible dentro de la autoría mediata a través de AOP, cada partícipe del hecho criminal debe responder por su conducta, no constituyendo lo anterior una excepción a dicho principio, cfr. C. BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en derecho...*, Op. cit., p. 120.

¹³⁶ Cfr. J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA. *La codelincuencia en organizaciones criminales...*, Op. cit., p. 53.

¹³⁷ KAI AMBOS. «Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia...», Op. cit., p. 83 y P. FARALDO CABANA. «Responsabilidad penal del dirigente...», Op. cit., p. 89, como afirma esta autora en el caso de que un ejecutor se niega a realizar el hecho criminal la organización proveerá otro distinto para tal fin, de ahí la fungibilidad del autor, la cual debe distinguirse de la alta probabilidad de comisión del ilícito.

¹³⁸ sentencia del Tribunal Oral de lo Federal Criminal de Córdoba de fecha 22 de diciembre del 2010, p. 620, este órgano judicial consideró que dicho presupuesto era imprescindible.

¹³⁹ CLAUS ROXIN. *Autoría y dominio del hecho...*, Op. cit., p. 272.

¹⁴⁰ CSJ-SPE, párr. 737.

no hay duda en que habrá otro distinto que lo lleve a cabo. El dominio de la voluntad en estos supuestos no puede reducirse exclusivamente al autor inmediato y al mediato, debe incluirse el dominio sobre toda la organización (nivel intermedio y ejecutor)¹⁴¹.

Podemos afirmar la existencia de dos tipos de fungibilidad, la negativa y la positiva. La primera se refiere a situaciones en las que existe una negación o abstención del ejecutor pudiendo frustrarse el plan criminal, pero esto no se produce ya que se utiliza otro ejecutor en su lugar. El segundo tipo de fungibilidad es aquel en el cual el nivel estratégico selecciona a los ejecutores que quiere utilizar para el hecho criminal, entre los mejores de la organización¹⁴². En todos estos casos el ejecutor es intercambiable, incluso en la fungibilidad positiva, puesto que si todos los ejecutores seleccionados se niegan a realizar el crimen, el AOP podrá seleccionar otros nuevos aunque con ello se retrase la comisión del crimen. En el caso de un ejército este dato es notable, ya que si los ejecutores seleccionados se niegan a llevar a cabo el crimen, el nivel estratégico o el de organización podrá volver a seleccionar entre sus subordinados a otros que estén en condiciones de realizar dicho crimen, aunque necesiten más tiempo para formarlos. El nivel estratégico sabe que con el tiempo se volverá a estar en disposición de cometer el crimen, al tener los medios personales y materiales suficientes para la misión criminal ideada. El ser sustituible a indicación del AOP es una muestra evidente del dominio de la voluntad que tiene esta a través de la organización. Asimismo, la fungibilidad del ejecutor hace pensar que este sea considerado un mero instrumento en manos del nivel estratégico, quien decide como usarlo, cuándo, cómo, dónde... en síntesis, tiene pleno dominio a través de las características de la organización, sobre el nivel ejecutor, aun cuando no lo conozca personalmente.

A pesar de todo lo expuesto, parte de la doctrina entiende que el criterio de la fungibilidad no es el dato relevante para determinar la autoría mediata a través de AOP, Schroeder entiende que lo importante es la decisión incondicional del ejecutor de cometer el crimen, toda vez que la fungibilidad es un medio para obtener el dominio del hecho¹⁴³. Según mi parecer, el criterio de la fungibilidad no resulta imprescindible para entender el do-

¹⁴¹ Cfr. CLAUS ROXIN. *El dominio de organización...*, Op. cit., p. 17.

¹⁴² Cfr. KAI AMBOS. *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia...*, Op. cit., p. 83 y CSJ-SPE, párr. 738.

¹⁴³ Cfr. F.C. SCHROEDER. «Disposición al hecho versus fungibilidad...», Op. cit., p. 122 y; cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. *La autoría mediata...*, Op. cit., p. 132.

minio de la voluntad a través de AOP¹⁴⁴ (en aquellos casos en que el nivel ejecutor es personal de confianza del nivel estratégico, designado por este al efecto), aunque facilita su comprensión. El automatismo característico de estas organizaciones se consigue con el poder de mando suficiente y con la predisposición del ejecutor al hecho criminal. El nivel estratégico no llegará a conocer al autor inmediato, pero este hecho le es irrelevante, ya que sabe que puede cambiar al mismo en cualquier momento por otro mejor o que esté dispuesto a realizar el crimen. Ciertamente, el dominio del hecho se asegura y afirma teniendo el nivel estratégico un número suficiente de ejecutores que le aseguren el crimen, o la propia posibilidad del nivel estratégico de buscar y seleccionar a muchas personas para cometer el crimen. En cualquier caso, una pluralidad de personas sustituibles es necesaria para ratificar el dominio del hecho por el aparato de poder. Empero lo anterior, junto con la fungibilidad es necesario analizar la previa disposición incondicional del autor inmediato a efectuar el crimen. La unión de ambos requisitos conlleva el pleno dominio de la voluntad de los ejecutores a través del AOP.

3.5. Disposición del autor inmediato a cometer el hecho criminal

Durante mucho tiempo este requisito no fue necesario para determinar la autoría mediata a través de AOP, sin embargo Schroeder con su aportación a la teoría de Roxin, aclaró que la predisposición del ejecutor a cometer el crimen es imprescindible. Esta disposición del autor inmediato a realizar el crimen, en palabras de la Corte Suprema de Perú, es una «predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito»¹⁴⁵. Como se explicó en otros apartados no es exclusivamente la fungibilidad del autor inmediato lo que ratifica el dominio del hecho, sino la predisposición de este a realizar el tipo penal, quien internaliza y está de acuerdo con ello, todo esto conlleva un aseguramiento del plan común. Esta internalización del crimen está estrechamente unida al vínculo que se crea entre el AOP y el nivel ejecutor¹⁴⁶. La predisposición

¹⁴⁴ En el mismo sentido, cfr. IVÁN MEINI. *El dominio de la organización...*, Op. cit., p. 226, este autor se refiere a la fungibilidad como un dato estadístico de mayor o menor posibilidad de que el crimen se cometa.

¹⁴⁵ CSJ-SPE, párr. 741.

¹⁴⁶ Recordemos que en aquellos AOP no estatales que tienen su fundamento en connotaciones étnicas o sociofamiliares, el vínculo que se crea entre el AOP y el nivel ejecutor es máximo, al estar arraigado en sus miembros cierta obediencia ciega.

del ejecutor implica que este no actúe como cualquier otro ciudadano, sino que su comportamiento es parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra la organización de poder jerarquizada¹⁴⁷.

Desde el mismo momento en que el ejecutor se encuentra inmerso en la organización está influenciado para cometer el hecho criminal. La predisposición al hecho se debe referir a los actos regulares de la organización, puesto que todos aquellos actos que no tengan nada que ver con las actividades de la organización no podrán ser fundamentados en la autoría mediata¹⁴⁸. A su vez, esta predisposición al hecho conllevará que el ejecutor se comporte de manera libre, circunstancia que parte de la doctrina entiende que elimina la autoría mediata¹⁴⁹. Sin embargo, la inclusión en el ECPI de aplicar la autoría mediata aun cuando el autor inmediato es plenamente responsable, nos debe hacer pensar la posibilidad de que existan excepciones a la regla según la cual la plena responsabilidad del último interviniente excluye la autoría en relación a las intervenciones anteriores¹⁵⁰. Estas excepciones a la regla referida surgen con la comisión de crímenes internacionales mediante aparatos de poder. El derecho penal internacional debe dar respuesta a las nuevas situaciones de las que conoce, reinterpretando principios básicos del derecho penal que son válidos para situaciones normales de criminalidad, pero no para situaciones de macrocriminalidad en donde el conjunto de personas que intervienen es múltiple, aportando todas ellas actos esenciales al plan criminal ideado.

3.6. Soluciones alternativas a la autoría mediata

3.6.1. La inducción

La inducción, según Mir Puig, es la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de este de un tipo de autoría dolosa o imprudente¹⁵¹. El inductor debe causar la resolución criminal en el autor inmediato de for-

¹⁴⁷ Cfr. KAI AMBOS. «Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia...», Op. cit., p. 87.

¹⁴⁸ Cfr. IVÁN MEINI. *El dominio de la organización...*, Op. cit., p. 229.

¹⁴⁹ Cfr. P. FARALDO CABANA. 2004: «Responsabilidad penal del dirigente...», Op. cit., p. 101 y ss.

¹⁵⁰ Cfr. C. BOLEA BARDÓN. *Autoría mediata en derecho...*, Op. cit., p. 120.

¹⁵¹ S. MIR PUIG. *Derecho Penal...*, Op. cit., p. 408; cfr. A. GIL GIL, J. M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Penal...*, Op. cit., p. 393 y ss.

ma directa, según dispone el art. 28 del CP dentro de nuestro ordenamiento jurídico; cosa distinta puede ocurrir en el derecho penal internacional, en donde no se exige que dicha instigación sea directa. Según los tribunales penales *ad hoc*, por inducción debe entenderse «todo aquel que a través de una acción u omisión, incita a otro a la comisión de un crimen de derecho internacional»¹⁵². La distinción entre la inducción y la autoría mediata es muy compleja, máxime cuando se acepta la posibilidad de que exista un autor mediato con plena responsabilidad, como ocurre en los supuestos de AOP¹⁵³. Ahora bien, la propuesta de la inducción deberíamos rechazarla¹⁵⁴ puesto que deja en un segundo plano el decisivo punto de vista del dominio del hecho por parte del autor mediato. La inducción no corrobora el dominio que ostenta el autor mediato y además, el inductor interviene en un hecho ajeno mientras que el autor mediato realiza el hecho propio a través de un instrumento (el ejecutor)¹⁵⁵. A su vez, el inductor debe buscar una persona, entablar contacto con ella y convencerle para ejecutar el crimen, mientras que el autor mediato ni busca, ni entabla contacto ni mucho menos convence al ejecutor, simplemente utiliza el aparato de poder para satisfacer sus designios, sin conocer al ejecutor en muchos casos, ya que como se dijo este es sustituible¹⁵⁶. Otro elemento que hace pensar la no aplicación de la figura del inductor, es la circunstancia de que la función del inductor termina justo cuando ha creado en el ejecutor la idea de cometer el crimen, en ese mismo momento no interviene en nada en la comisión del crimen¹⁵⁷; sin embargo el hombre de atrás o autor mediato juega un rol mucho más amplio ya que incide e interviene en el crimen en todas sus facetas al controlar el curso de los acontecimientos. Otra posible distinción entre la inducción y la autoría mediata en virtud de AOP, radica en que la influencia, mediante AOP, ejercida sobre el ejecutor se fundamenta en una estructura jerárquica, mientras que la influencia en la inducción no se fundamenta en relaciones jerárquicas. Siguiendo con el ejemplo del estado mayor del ejército que planea bombardear ciudades indefensas, si se les

¹⁵² Prosecutor vs. Krstic, sentencia de 2 de agosto del 2001, párr. 601; cfr. G. WERLE. 2005, «Tratado de derecho penal...», op. cit., p. 219 y 220.

¹⁵³ P. FARALDO CABANA. «Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal internacional...», Op. cit., p. 45; a la hora de observar la complejidad de diferenciar la inducción de la autoría mediata, basta observar la sentencia de 6 de octubre del 2010 del Tribunal Supremo (STS 835/2010) en la cual se condena a una persona como inductor o autor mediato, sin deslindarse claramente dichas figuras jurídicas.

¹⁵⁴ Cfr. P. FARALDO CABANA. «Responsabilidad penal del dirigente...», Op. cit., p. 174 y ss.

¹⁵⁵ E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. *La autoría mediata...*, Op. cit., p. 369.

¹⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 370.

¹⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 372.

considerase a estos como inductores, desde el momento en que pronuncian y cursan sus órdenes por los conductos reglados para que se lleven a cabo, dejarían de intervenir en los hechos, su labor habría finalizado. Empero lo manifestado, surge todo lo contrario. Al ser coautores mediatos tienen el pleno control del acontecer criminal, aun después de haber cursado sus órdenes, estos tienen la facultad y poder de hacer que la misma no se cumpla, retrasarla, modificarla o suspenderla, ya que controlan la estructura jerárquica, de la cual son el nivel estratégico. Ello demuestra el dominio del hecho que ostentan y que un mero inductor no tendría, al faltarle el referido dominio del hecho.

3.6.2. La coautoría

El principal defensor de sustituir la figura del autor mediato en los ejemplos expuestos por la de la coautoría es Jakobs¹⁵⁸, quien considera que solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas¹⁵⁹. Desde este mismo momento he de afirmar que en caso de que los supuestos planteados no tuviesen acogida dentro de la figura del autor mediato, la solución más satisfactoria sería encuadrarlos dentro de la coautoría¹⁶⁰. Sin embargo, a mi juicio la coautoría conlleva el problema de la división de tareas dentro de un plan común, mediante la cual los intervinientes acuerdan dicho reparto de funciones¹⁶¹. En los casos expuestos no hay un reparto de funciones «democrático» dentro de la organización¹⁶², puesto que el nivel estratégico ni siquiera conoce al ejecutor o ejecutores, no existe acuerdo entre ellos, toda vez que es la propia organización quien mediante el poder que desprende y junto con la fungibilidad y predisposición del ejecutor, lo que produce el reparto de funciones dentro del AOP. Si bien es cierto que podemos

¹⁵⁸ Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *Derecho Penal. Parte General: fundamentos...*, Op. cit., p. 783 y ss.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 784.

¹⁶⁰ Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal...*, Op. cit., p. 722, este autor también defiende la posición de la coautoría siempre que el ejecutor sea plenamente responsable.

¹⁶¹ Cfr. sentencia del Tribunal Oral de lo Federal Criminal de Córdoba de fecha 22 de diciembre del 2010 (caso Videla et al), p. 623.

¹⁶² En mi opinión, la organización normalmente estará compuesta por el nivel estratégico (superior), el intermedio y el ejecutor (inferior).

afirmar una división de funciones dentro del aparato de poder, ya que es el nivel estratégico quien planea, dirige, diseña y ordena el crimen, no es menos cierto que tal reparto de funciones no se puede asemejar a la de la coautoría, al no poder participar en la toma de decisiones los ejecutores, quienes desconocerán en muchos casos en que consistirá la orden que se les puede emitir. Además, lo característico de la coautoría es su horizontalidad, cosa distinta de la autoría mediata en AOP que se caracteriza por su verticalidad¹⁶³, es decir, su estructura piramidal y jerarquizada, mediante la cual quienes están en la cúpula o cima de la misma tienen el poder suficiente para ejercer el dominio del hecho sobre el acontecer jurídico, cosa que en la coautoría estaría bastante más limitado dicho poder en el nivel ejecutor. A pesar de lo antedicho, algunas sentencias de tribunales domésticos han preferido emplear el título de coautor para condenar a aquellas personas que mediante el empleo de AOP han cometido un crimen de naturaleza internacional. En la sentencia del *caso Grupo Colina*, se aplicó la figura del coautor al entender que lo relevante era la aportación esencial al hecho criminal, sin necesidad de que fuese necesario un acuerdo previo entre los coautores, hecho desde mi punto de vista erróneo toda vez que la característica principal de la coautoría es la existencia de un plan criminal y el acuerdo entre los coautores de llevarlo a la práctica mediante aportaciones esenciales al hecho criminal¹⁶⁴. De igual manera se pronuncian algunas sentencias de la República de Argentina, que consideran que quién emite la orden tiene el dominio de la decisión y quien la ejecuta el dominio de la acción, siendo ambos dominios necesarios para la comisión del hecho; sin la orden el hecho no se hubiese ejecutado, por ello quien la emite y quien la ejecuta actúan conjuntamente, siendo coautores¹⁶⁵; asimismo, se ha sostenido que los aportes esenciales al conjunto del hecho criminal, ubican a quien los efectúa en la coautoría por resultar estos indispensables en términos tales que sin aquellos, los eventos en infracción a la ley penal no se habrían verificado.

¹⁶³ Cfr. P. FARALDO CABANA. «Responsabilidad penal del dirigente...», Op. cit., p. 158.

¹⁶⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú –Sala Penal Permanente– de fecha 13 de junio del 2012, caso Grupo Colina, recusación núm. 4104/2010, párr. 206 y 207.

¹⁶⁵ sentencia de fecha 7 de junio del 2012, del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n°1 de San Martín, causa n.º 2376, p. 48; cfr. sentencia de 18 de febrero de 2011, del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Plata, causa n.º 2286 y 2283, p. 342.

3.7. Posición del derecho penal internacional

La postura adoptada por el derecho penal internacional en relación a la figura jurídica del autor mediato es avanzada, pudiéndose afirmar que se ha dado un paso al frente para afianzar esta forma de autoría dentro del derecho penal internacional. Esto se ha conseguido al ser indiferente para el ECPI que el ejecutor del hecho criminal sea responsable o no, cosa que en diversos sistemas penales europeos puede conllevar un problema; así el art. 25.3 a) del ECPI dispone que será considerado autor quien cometa ese crimen por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable. Se ha optado por la modalidad de autoría mediata conocida como «perpetrator behind the perpetrator (Täter hinter dem Täter)»¹⁶⁶. En función de esta forma de autoría¹⁶⁷, en ciertos casos, puede ser que tanto el ejecutor como el hombre de atrás sean responsables penalmente, el primero porque realiza el tipo penal y el segundo porque controla la voluntad del ejecutor y el curso del crimen¹⁶⁸. A diferencia de lo expuesto en la sentencia de la Corte Suprema del Perú en el caso *Fujimori*, en el que se exigía que el AOP actuase al margen del derecho, las recientes decisiones de la CPI no requieren que dicho aparato actúe fuera o al margen del derecho, en síntesis, han omitido toda referencia a dicha cuestión¹⁶⁹. El resto de requisitos son los mismos que los expuestos anteriormente: organización jerarquizada, poder de mando, fungibilidad del ejecutor y predisposición al hecho criminal al aceptar la realización del crimen.

4. LA COAUTORÍA MEDIATA

Esta forma de autoría podemos afirmar que es propia del derecho penal internacional toda vez que se ha arraigado en el seno de la Corte Penal Internacional, en concreto en las decisiones de confirmación de cargos de *Katanga* y *Ngudjolo*; sin perjuicio de considerar que los tribunales argenti-

¹⁶⁶ H. OLÁSOLO. «Desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 91, 2008 p. 58 y *Prosecutor vs. Katanga and Ngudjolo*, confirmación de cargos de 1 de octubre del 2008, ICC-01/04-01/07, párr. 496.

¹⁶⁷ Cfr. E. VAN SLIEDREGT. *Individual criminal responsibility...*, Op. cit., p. 165 a 171.

¹⁶⁸ *Prosecutor vs. Katanga and Ngudjolo*, confirmación de cargos de 1 de octubre del 2008, ICC-01/04-01/07, párr. 497.

¹⁶⁹ H. OLÁSOLO. «Desarrollo en derecho penal...», Op. cit., p. 60.

nos también la han tenido en cuenta en diversas causas. Otra cosa debemos indicar respecto de los tribunales penales *ad hoc*, los cuales no han considerado que la misma tenga acogida en sus estatutos, toda vez que en el momento en que se cometieron los crímenes no formaba parte del derecho consuetudinario, como se expuso en la sentencia de apelación del *caso Stakic* en el TPIY¹⁷⁰ o en la decisión del *caso Milutinovic* también del TPIY¹⁷¹. La principal causa por la cual se ha optado en las últimas resoluciones judiciales de la CPI por la coautoría mediata, radica en que la utilización de la figura del autor mediato en virtud de AOP o del coautor no podrían acoger correctamente las actuaciones criminales de determinadas personas. Por ejemplo en el caso *Katanga y Ngudjolo* si la CPI hubiese aplicado la tesis de la autoría mediata en virtud de AOP solo podría haberles imputado los crímenes cometidos por sus subordinados, mientras que si hubiese optado por la coautoría basada en el codominio del hecho, a lo mejor no se hubiese condenado como autores a los acusados ya que estos no participaron en la ejecución de los hechos típicos¹⁷².

En este estado de cosas, la CPI decidió aplicar la figura de la coautoría mediata, la cual podría sostenerse que constituye una cuarta manifestación de la teoría del dominio del hecho, consistente en aplicarse conjuntamente la figura de la coautoría (codominio funcional del hecho) y de la autoría mediata (en virtud de AOP)¹⁷³. En nuestra doctrina se ha afirmado que la coautoría mediata trataría de aquellos supuestos en que una parte del delito la ejecuta directamente un coautor y la otra parte la ejecuta otro coautor utilizando a otra persona como instrumento¹⁷⁴; también se ha sostenido que es aplicable cuando un pequeño grupo de altos líderes políticos y/o militares acuerdan la ejecución de un plan criminal común mediante la utilización de las diversas organizaciones que dirigen¹⁷⁵. Ciertamente, dentro de la coautoría mediata podemos encontrar tres formas distintas de aplicación de esta figura jurídica. La primera de ellas surge a colación del *caso Katanga y Ngudjolo* en donde dos estructuras jerárquicas distintas dirigidas cada una de ellas por los citados responsables, sin que uno de ellos tuviese capa-

¹⁷⁰ Prosecutor vs. Stakic, Appels chamber judgment de 22.03.06, ICTY-97-24-A, párr. 62.

¹⁷¹ Prosecutor vs. Milutinovic, Decision on Ojdic's motion challenging jurisdiction: indirect co-perpetration, ICTY-05-87-PT, párr. 40.

¹⁷² Cfr. H. OLÁSULO. «Desarrollo en derecho penal...», Op. cit., p. 72 y ss.

¹⁷³ Cfr. G. WERLE y B. BURGHARDT. «Coautoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?», en *Revista Penal*, n° 28, p. 202.

¹⁷⁴ Cfr. A. GIL GIL, J. M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ *Curso de Derecho Penal...*, Op. cit., p. 368.

¹⁷⁵ Cfr. H. OLÁSULO. «Desarrollo en derecho penal...», Op. cit., p. 75.

cidad de decisión en la otra estructura, actuaron como coautores mediatos. Mediante la coautoría mediata se puede atribuir a cada líder referido la comisión de los crímenes cometidos por la otra estructura, toda vez que los mismos surgieron del mismo plan común ideado y planeado por ellos. La segunda forma de aplicación surge del *caso Al Bashir*, ya que aquí el dominio del hecho o control sobre los ejecutores correspondía a varias personas de manera asociada, es decir, el nivel estratégico compuesto por varias personas dirigía a todo el nivel ejecutivo, mientras que en el *caso Katanga y Ngudjolo* cada uno de ellos solo dirigía una parte del nivel ejecutor, no la totalidad¹⁷⁶. La tercera forma de aplicación podemos hallarla en varias resoluciones de tribunales argentinos, como el *caso Brandalisis*, al entender que pueden ser coautores mediatos todas aquellas personas que ostentan un dominio funcional del hecho y un poder de control sobre un AOP en la comisión del crimen internacional. Como resultado de este nuevo criterio de aplicación de la coautoría mediata se puede imputar a mandos de distintos niveles jerárquicos del AOP, siempre que estos reúnan los presupuestos referidos anteriormente.

La coautoría mediata tiene su razón de ser desde el momento en que existe un AOP caracterizado por un dominio organizado en escalones, es decir, existen múltiples niveles en la organización criminal cuyo único fin es dar cumplimiento al plan criminal ideado por el nivel estratégico o cúpide de la referida organización. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el periodo de la Junta Militar de Argentina (1975-1983) en donde existía una junta militar, comandantes de zonas, jefes de subzonas, jefes de área y jefes de subáreas¹⁷⁷. Los elementos que integran esta figura jurídica son objetivos y subjetivos. Los primeros consistirán en la existencia de un plan común entre una pluralidad de personas, dicho plan deberá tener una connotación criminal, es decir, los creadores del mismo deben advertir que la implementación del mismo lesiona bienes jurídicos protegidos penalmente o ponen en serio riesgo los mismos. Una vez diseñado el plan común, las personas que participan en este deberán repartirse una serie de tareas esenciales para su realización; normalmente, la realización no la llevarán personalmente, sino que utilizarán a subordinados suyos para que las ejecuten en aras del plan común instaurado y aceptado por los líderes del nivel

¹⁷⁶ Cfr. G. WERLE y B. BURGHARDT. *Coautoría mediata: ...*, Op. cit., p. 205, resulta interesante traer a colación los conceptos utilizados por estos autores, quienes consideran que dentro de la coautoría mediata existe una coautoría mediata (caso Katanga y Ngudjolo) y una autoría mediata en coautoría (caso Al Bashir).

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Oral de lo Federal Criminal de Córdoba de fecha 22 de diciembre del 2010 (caso Videla et al), p. 64.

estratégico¹⁷⁸. Con respecto a los elementos subjetivos, es necesario que los líderes del nivel estratégico acepten con sus decisiones los requisitos subjetivos derivados del tipo penal, por lo que si el tipo exige un dolo especial, los líderes deberán reunir dicha *mens rea*, la cual podrá apreciarse en el plan común diseñado en muchos casos. Además es necesario que todos los miembros del plan común sean conscientes y acepten mutuamente que su ejecución redundará en la comisión de los crímenes que se le imputen y que los imputados sean conscientes del carácter esencial de su contribución, lo que incluye el conocimiento del control de facto que ejerce sobre la organización y a través de la cual ejerce su contribución¹⁷⁹. Un ejemplo claro de coautoría mediata lo podemos encontrar en el caso *Videla* del año 2010, en donde se indica claramente que durante el periodo de la junta militar se constituyó un gobierno de facto por *Videla, Massera y Agosti*, los cuales fueron considerados coautores mediatos (eje horizontal de la coautoría), junto con otros comandantes de zona que también participaron y aceptaron el plan de «lucha antisubversiva»¹⁸⁰ –segunda forma de aplicación de la coautoría mediata–. Obsérvese que dentro de la coautoría mediata podemos reseñar la existencia de un nivel estratégico plural, es decir, dentro del mismo pueden concurrir diversas personas que elaboren el plan común criminal, pero también puede suceder que el principal nivel estratégico se apoye en otro nivel que no sea el intermedio, sino uno superior que se encuentra entre ambos, como sucedió en la época de la Junta Militar de Argentina. En este contexto, la coautoría mediata podría satisfacer la debida concreción de la responsabilidad penal de las personas que implementaron el plan criminal. En el caso de la Junta Militar de Argentina el nivel estratégico ideó, planeó y mandó ejecutar el plan criminal, utilizando como instrumento que operaba al servicio del Ejército a sus propias unidades militares y de policía, todo ello con la ayuda esencial de los comandantes de zonas, máximos responsables del lugar en donde se llevaron a cabo los delitos, toda vez que estos implementaban el referido plan criminal empleando asimismo otras unidades bajo su mando.

¹⁷⁸ Cfr. H. OLÁSULO. Desarrollo en derecho penal..., Op. cit., p. 73; Prosecutor vs. Katanga and Ngudjolo, confirmación de cargos de 1 de octubre del 2008, ICC-01/04-01/07, párr. 521 a 526. Conviene recordar que la objeción de que el jefe de la organización no ha ejecutado directamente el hecho típico o contribuido al mismo en la fase ejecutiva, no debería tenerse en cuenta toda vez que a todo coautor se le imputa el actuar de sus instrumentos, entonces sin duda que hay una contribución propia al hecho típico en fase ejecutiva, G. WERLE y B. BURGHARDT. Coautoría mediata:..., Op. cit., p. 204.

¹⁷⁹ H. OLÁSULO. «Desarrollo en derecho penal...», Op. cit., p. 74.

¹⁸⁰ Cfr. sentencia del Tribunal Oral de lo Federal Criminal de Córdoba de fecha 22 de diciembre del 2010, p. 625 y ss.

En numerosas ocasiones dichos comandantes de zona implementaban el plan criminal junto con su estado mayor, por lo tanto circunscribiéndonos a tal escalón del AOP, podría existir una coautoría mediata tanto del comandante de zona como de los miembros del estado mayor, ya que estos implementaban conjuntamente el plan criminal (eje horizontal, aunque pudiese existir una subordinación jerárquica) utilizando las unidades que tenían bajo su mando (eje vertical)¹⁸¹. En otros casos, de las resoluciones emanadas de los tribunales argentinos parece deducirse que dentro de la coautoría mediata podrían incluirse mandos de distintos escalones jerárquicos que han contribuido al plan criminal con aportaciones esenciales –tercera forma de aplicación de la coautoría mediata–. Por ejemplo, en el *caso Brandalasis*, se castigó como coautor mediato tanto al comandante del III Cuerpo del Ejército que tenía bajo su jurisdicción la Zona III, como al jefe del Destacamento de Inteligencia n.º 141 que estaba bajo las órdenes de aquel. En este caso, se consideró que las aportaciones de cada uno de los mandos militares citados fueron esenciales para el plan común, interviniendo estos por dominio de las unidades que cometieron los hechos criminales. En lugar de considerar al comandante del III Cuerpo del Ejército autor mediato en virtud del control de un AOP, entendieron que este realizó una parte esencial del plan criminal junto con el resto de escalones del AOP, al igual que el jefe del Destacamento de Inteligencia n.º 141, quien retransmitió las órdenes del comandante y se aseguró de su cumplimiento y, por último el nivel ejecutor compuesto por varias personas fue castigado a título de coautor¹⁸². Tanto el comandante del III Cuerpo del Ejército como el Jefe del Destacamento de Inteligencia n.º 141 poseían un dominio funcional del hecho y tenían a su mando al nivel ejecutor, de ahí que fuesen considerados coautores mediatos; mientras que el nivel ejecutor poseía un dominio de la acción, por ello fueron imputados mediante coautoría. Como se ha podido apreciar la coautoría mediata reúne los aspectos esenciales de la figura del coautor y del autor mediato en virtud de AOP. Se produce una combinación entre los factores propios de cada figura jurídica, de un lado la horizontalidad de la coautoría y de otro lado la verticalidad del autor mediato por AOP. Dicha horizontalidad resulta clara en los caso de *Katanga y Ngudjolo, la Junta Militar de Argentina* o el *caso Al-Bashir* (responsabilidad *inter pares*), no así en el *caso Brandalasis*, en donde el criterio de la horizontalidad se deja de lado al considerarse coautores mediatos a jefes militares vinculados por una relación de estricta jerarquía militar. En este caso se prefirió emplear el criterio del dominio funcional del hecho del plan criminal como elemento clave para considerarlos coautores, y

¹⁸¹ Cfr. *Ibidem*, p. 35.

¹⁸² Cfr. sentencia de fecha 24 de julio del 2008 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 1 de Córdoba, exp. 40/M/2008, p. 404 y ss.

en relación a la consideración de autores mediatos, se entendió que estos al formar parte de un AOP, tenían poder de mando dentro del mismo y emplearon al nivel ejecutor para la comisión del crimen, reuniendo los presupuestos esenciales de dicha forma de autoría, aquí entraría en juego la verticalidad referida.

Con respecto al nivel intermedio considero que este es clave dentro del AOP, ya que sin el mismo el plan criminal no se podría cumplir, al no existir el elemento de enlace necesario entre el nivel estratégico y el ejecutor. Sin la participación del nivel intermedio el plan criminal fracasará. Por ello, la mayoría de los actos de este nivel serán esenciales, al encargarse de transmitir la orden y asegurarse de su cumplimiento. Si dicho nivel aporta actos esenciales al plan criminal, aceptan el mismo y tienen bajo su mando al nivel ejecutor ostentando cierto poder de control sobre el AOP, podrían ser considerados coautores mediatos junto con el nivel estratégico. Lo importante es entender que tanto el nivel estratégico como el intermedio pertenecen al AOP teniendo un determinado poder de control sobre este, comparten el mismo plan criminal y cumplen distintos roles o cometidos, por lo que la comisión del crimen podría imputarse de forma conjunta a ambos niveles, al ostentar aquellos un dominio funcional del hecho. La principal crítica a esta posición podría surgir del hecho de que el presupuesto de la horizontalidad –característica de la coautoría– no se cumple, al no conocerse quien ordena y el ejecutor. Sin embargo, en mi opinión, tal circunstancia podría salvarse al considerarse el crimen como un hecho propio del AOP, un injusto de la organización¹⁸³, no olvidemos que el nivel ejecutor está predispuesto al hecho criminal. Empero lo dicho, algunas resoluciones judiciales han considerado al nivel intermedio como autor mediato, al tener un dominio del hecho relevante dentro de la organización¹⁸⁴, no aplicando el criterio del dominio funcional del hecho junto con el nivel intermedio. En cuanto al nivel ejecutor, si son varios, al ostentar una predisposición al hecho criminal y poseer un dominio de la acción podrían ser considerados como coautores.

¹⁸³ Cfr. P. FARALDO CABANA. «Responsabilidad penal del dirigente...», Op. cit., p. 107 y ss.

¹⁸⁴ Obsérvese que en el caso ESMA del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 5, sentencia de 28 de diciembre del 2011, se condenó a M. G. JACINTO TALLADA (contralmirante jefe de operaciones navales del Estado Mayor de la Armada Argentina) y O. ANTONIO MONTES (vicealmirante de la Armada Argentina) como autores mediatos de diversos delitos que en su conjunto podían ser considerados como crímenes de lesa humanidad, p. 1233 y ss. Hemos de significar que aunque estas personas ostentasen empleos militares elevados, los mismos no estaban encuadrados en el nivel estratégico del AOP, el cual era de la Junta Militar (Videla, Massera y Agosti); a pesar de ello se les consideró autores mediatos en virtud del dominio de AOP, en concreto, de aquella parcela de la organización criminal que dominaban de manera plena.

CONCLUSIONES

- a) Tanto la coautoría como la autoría mediata en virtud de AOP constituyen títulos de imputación esenciales dentro del derecho penal internacional, toda vez que en la comisión de crímenes internacionales el verdadero precursor del crimen no ejecuta personalmente el tipo de injusto, todo lo contrario, está lejos del *locus delicti*.
- b) Una interpretación amplia de la coautoría colmaría ciertas lagunas de impunidad de los auténticos responsables penales de los crímenes internacionales. De igual forma, mediante la teoría del dominio de la voluntad en virtud de AOP podremos imputar crímenes internacionales a aquellas personas que amparándose en la estructura de AOP, de su poder de mando, la fungibilidad de los ejecutores, su predisposición al hecho criminal y la desvinculación con el derecho, han ideado, ordenado o planeado crímenes internacionales.
- c) Por último, la coautoría mediata constituye una cuarta manifestación de la teoría del dominio del hecho, la cual podría solventar satisfactoriamente los problemas presentados por la figura del coautor y del autor mediato. Esta nueva figura jurídica solo ha sido empleada en algunas resoluciones judiciales de tribunales argentinos, con ocasión de los crímenes cometidos durante el periodo de las juntas militares, aunque la CPI recientemente en el caso *Katanga* también ha hecho uso de la misma. Esto significa la apertura de un nuevo camino a la hora de imputar crímenes internacionales a personas que empleando estructuras organizadas de poder y previo acuerdo con otros líderes que también ostentan un poder de mando en una estructura de poder, pudiendo ser la misma para todos ellos, han ordenado o planeado la comisión de ciertos crímenes internacionales. En el seno del derecho penal internacional deberemos esperar más tiempo hasta que se produzca una resolución judicial firme que confirme la figura jurídica de la coautoría mediata.

LA REVISIÓN PENAL MILITAR: LA DOCTRINA DE LA SALA 5.^a EN RELACIÓN A LOS PROCESOS PENALES CASTRENSES DEL FRANQUISMO

José Luis Martín Delpón.
Capitán auditor

SUMARIO

PARTE I. Consideraciones generales respecto del proceso de revisión penal. 1. Introducción. Primera aproximación a la problemática suscitada por la revisión penal de las sentencias firmes en procesos militares durante el franquismo. 2. Breve referencia a la evolución histórica de la revisión penal. 2.1. El recurso de revisión penal. 2.2. En la esfera del proceso penal militar. 3. Notas de la teoría general del recurso de revisión penal. 4. Concepto de la revisión penal y toma de postura. 5. Naturaleza y fines del recurso de revisión. PARTE II. El proceso de revisión penal en la regulación procesal militar. 1. La regulación de la revisión penal en la Ley Procesal Militar. 2. El sistema de *numerus clausus* de la revisión penal militar. 3. La legitimación activa en el proceso revisorio. 4. La admisión y estimación del proceso de revisión. 5. La tramitación del proceso de revisión. La supletoriedad de la LECRIM en este punto. PARTE III. Los pronunciamientos de la Sala 5.^a en revisión de sentencias dictadas en procesos militares durante el franquismo. 1. Autos de la Sala 5.^a en los que se desestima la autorización previa del recurso de revisión. 1.1. auto de 21 de septiembre de 2006: «Los trentistas». 1.1.1. Referencia al supuesto de hecho. 1.1.2. Argumentación de la mayoría de la Sala. 1.1.2.1. Consideraciones generales sobre el recurso de revisión y su regulación. 1.1.2.2. La determinación del supuesto concreto de revisión penal. 1.1.2.3. La vulneración del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad. 1.1.2.4. Los acuerdos parlamentarios como «hecho nuevo» en el proceso de revisión. 1.1.3. Votos particulares. 1.1.3.1. Primer voto particular formulado por el magistrado don Ángel Juanes Peces. 1.1.3.2. Segundo voto particular formulado por el magistrado don José Luis Calvo Cabello. 1.2. auto de 18 de diciembre de 2006. 1.2.1. Breve referencia al supuesto de hecho. 1.2.2. Argumentación utilizada por la Sala para denegar la autorización. 1.2.3. El voto particular conjunto de los magistrados don José Luis Calvo Cabello y Ángel Juanes Peces. 3. El auto de 9 de julio de 2007: el «Acta-Sentencia». 3.1. Breve referencia al supuesto de hecho. 3.2. Argumentaciones utilizadas por la Sala para denegar la autorización. 3.3. Argumentación esgrimida en el voto particular de los magistrados. 4. El auto de 21 de febrero de 2011 de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo: el caso del poeta Miguel Hernández. 4.1. Las pretensiones de la parte legitimada. 4.2. La posición del ministerio fiscal. 4.3. Los argumentos de la Sala. Consideraciones generales del proceso de revisión a través de la doctrina jurisprudencial de la Sala. 4.4. La importancia de la Ley 52/2007 en los procesos de revisión penal. 4.5. El voto particular del magistrado Julián Hernán, de fecha 21 de febrero de 2011. PARTE IV Propuestas del lege ferenda. 1. La nada discutida naturaleza jurídica del procedimiento de revisión penal. 2. La sustanciación del procedimiento a examen.

PARTE I

CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO DEL PROCESO DE REVISIÓN PENAL

1. INTRODUCCIÓN. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA SUSCITADA POR LA REVISIÓN PENAL DE LAS SENTENCIAS FIRMES EN PROCESOS MILITARES DURANTE EL FRANQUISMO.

El diario *El Mundo*, el 19 de abril de 2005, informaba que la Fiscalía General del Estado había iniciado los primeros trámites tendentes a la incoación de los procesos de revisión de los juicios militares «celebrados durante el franquismo, incluidos los consejos de guerra que dieron lugar, sobre todo en los años inmediatamente posteriores al término de la Guerra Civil, pero también durante la vigencia del régimen, a sentencias de muerte y a decenas de miles de ejecuciones»¹⁸⁵.

El objetivo principal de esta propuesta «era el de abordar el estudio de una revisión de la actuación de solo una de las partes participantes en la guerra, la de los vencedores, ignorando la posible revisión de todo lo que de dudoso y carente de garantías hayan podido tener también los procesos penales protagonizados por el bando de los vencidos»¹⁸⁶. Ya se apuntaba en la información, que en diciembre de 2003, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo había inadmitido a trámite, por no haber otorgado la autorización necesaria, más de 40 recursos de revisión instados contra procesos penales llevados a cabo en la provincia de Gerona. Dichos procesos habían sido tramitados por consejos de guerra franquistas entre los meses de septiembre y octubre de 1939.

Pero sin duda, el verdadero detonante de esta corriente revisionista tuvo lugar en el recurso de revisión interpuesto por las hermanas de Salvador Puig Antich, anarquista catalán que fue ejecutado a garrote vil tras

¹⁸⁵ El propio diario en la edición de la fecha indicada ya se hacía eco de la delimitación que el propio fiscal general del Estado, a la sazón, Cándido Conde-Pumpido, había hecho en estos procesos de revisión, ya que no incluía en el ámbito de aplicación de los mismos, los juicios de los tribunales populares llevados a cabo por el Frente Popular desde el mismo comienzo de la guerra y durante todo el transcurso de la contienda, «que terminaron igualmente en decenas de miles de ejecuciones de ciudadanos del bando franquista».

¹⁸⁶ En relación al concepto de «vencedores y vencidos», véase GÓMEZ CUESTA, «La construcción de la memoria franquista (1939-1959): mártires, mitos y conmemoraciones», *Studia historica. Historia contemporánea*, n.º 25, 2007 (ejemplar dedicado a: Historia y memoria), p. 90.

ser sometido a consejo de guerra en el mes de marzo de 1974¹⁸⁷. Al igual que había ocurrido en el año 1994, en el que ya se planteó el recurso de revisión, la Sala de lo Militar, se pronunció en el sentido de inadmitirlo. Se fundó esta decisión en que una sentencia firme, de conformidad con la norma procesal en vigor, solo podrá ser revisada cuando aparezcan nuevas pruebas, nuevos hechos anteriormente desconocidos, que pudieran evidenciar la necesidad de revisar el fallo condenatorio por ser este manifiestamente erróneo a la luz de esos nuevos datos. Considera, igualmente, que la aprobación y entrada en vigor de la Constitución de 1978 no puede ser tenida en cuenta como un hecho nuevo que haga necesaria la revisión de estas sentencias.

Con este precedente, el objeto del presente estudio no es otro que el análisis, en primer lugar, de la naturaleza jurídica del mal llamado recurso de revisión a la luz de la legislación vigente en materia procesal, bien en el ámbito de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, bien en el ámbito específico castrense de la Ley Procesal Militar. En segundo lugar, vistas las bases normativas de los procesos revisorios, el trabajo profundiza someramente en la regulación militar en concreto, puesto que es la utilizada en los procesos referenciados, en los que se pretende la anulación de sentencias dictadas por consejos de guerra y tribunales militares¹⁸⁸. Por último, se expondrán algunos de los supuestos concretos que han accedido a la Sala 5.^a, haciendo especial hincapié en los más controvertidos, cuales son aquellos casos en los que directamente se ha denegado la autorización previa para acceder de pleno en el proceso de revisión de sentencias¹⁸⁹.

¹⁸⁷ En lo que respecta a los antecedentes de este caso, véase, entre otros, DOMÍNGUEZ RAMA, «Salvador (Puig Antich)» en el Viejo Mundo. Algunas consideraciones históricas respecto a su recuperación mediática, *Hispania Nova: Revista de historia contemporánea*, n.º 7, 2007 y ESCRIBANO, *Cuenta atrás: la historia de Salvador Puig Antich*, Península, 2001.

¹⁸⁸ Las aportaciones bibliográficas más importantes y usadas en el presente estudio en materia de revisión penal militar son las siguientes: DE QUEROL Y LOMBARDERO, El recurso de revisión en el proceso penal militar, en *Comentario a las Leyes Procesales Militares*, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pp.1783-1801; ROJAS CARO, *Derecho Procesal Penal Militar*, Editorial Bosch, 1991, pp. 503 y ss.; CALDERÓN CEREZO, «Sobre la revisión penal militar y el concepto de hechos nuevos acreditativos del error de condena», en *Diversas cuestiones relacionadas con el derecho procesal militar y el asesoramiento jurídico en el ámbito de las Fuerzas Armadas, V Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar*, Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Defensa, Madrid, 2003, pp. 9 a 18; o LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1990.

¹⁸⁹ En este último caso, debido a este carácter controvertido, se expondrán los argumentos que la mayoría de la Sala ha utilizado para la denegación de la autorización y, paralelamente, los desplegados en los votos particulares redactados en los que se discrepa del parecer de la Sala y se deja constancia del rechazo a los fundamentos utilizados, toda vez

2. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REVISIÓN PENAL

2.1. El recurso de revisión penal

La institución del derecho romano conocida como *restitutio in integrum* suele ser considerada como el antecedente más remoto de la revisión penal tal y como la entendemos, ya que dicho instituto permitía la revisión y rescisión del efectos de cosa juzgada, centrada en la facultad del pretor de rescindir los efectos de una resolución injusta cuando de ella devenían perjuicios ocasionados por *metus dolos*, *capitos deminutio*, error o fraude¹⁹⁰. Así, de esta primera aportación se deduce que la revisión estaba ligada en sus orígenes más a la esfera civil que a la penal¹⁹¹.

Pero la revisión penal tal y como hoy en día se aplica en las legislaciones procesales modernas es heredera directa del derecho francés, concretamente de los artículos 443 a 445 del *Code d'instruction criminelle* promulgada en 1808. A través de este recurso se pretendía la reposición del proceso a favor del que fuera condenado en casos tasados. La influencia francesa tarda en impregnar nuestro ordenamiento, en lo a la revisión se refiere, y no es hasta la Ley de 24 de mayo de 1870 cuando se introduce en nuestro ordenamiento esta modalidad de recurso, aprovechando que la citada Ley regulaba por primera vez el recurso de casación penal¹⁹².

Se adaptó sin grandes modulaciones a la Ley de Enjuiciamiento de 1872, en sus artículos 892 y siguientes y a la Compilación General, artículos 952 y siguientes. Tuvo cabida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, de 1882, en los artículos 854 a 961. Estos preceptos fueron modificados sucesivamente por la Ley de 7 de agosto de 1889 que amplió el número tercero y regula por primera vez que si a consecuencia de la resolución del recurso se dicta nueva sentencia absolutoria, los interesados o sus herederos podrán solicitar las indemnizaciones civiles que a su derecho

que los magistrados que discrepan consideran que la autorización debería de ser otorgada e incoado, por ello, el proceso de revisión.

¹⁹⁰ Destaca, respecto a los antecedentes históricos, RICART MARTÍ, «Efecto a tercero de la in integrum restitutio: si qua alia mihi iusta causa esse videbitur; un análisis desde la Glosa», *Revista General de Derecho Romano*, n.º 16, 2011.

¹⁹¹ En este sentido, DE QUEROL Y LOMBARDEO en *El recurso de revisión...* p. 1786 reconoce que en el ordenamiento romano ya se «consagraba la idea de la prevalencia de la justicia sobre la permanencia de los efectos de una resolución obtenida ilícitamente».

¹⁹² Ya en el siglo XIX y ceñido al ámbito civil, ni la Ley de 1855 ni la Ley de Bases para la reforma del enjuiciamiento civil de 21 de junio de 1880, se ocuparon del recurso de revisión, cosa que sí que hizo la Ley de 18 de junio de 1870, pero circunscrito a la esfera procesal penal.

correspondan y por la Ley de 24 de junio de 1933 que adicionó un nuevo motivo al artículo 954.

2.2. En la esfera del proceso penal militar

El antecedente histórico más inmediato con el que contamos respecto de la revisión penal es su regulación contenida en los artículos 954 y siguientes del Código de Justicia Militar (en adelante CJM) de 1945¹⁹³. El artículo 954, cuya última modificación fue la operada por la Ley de 21 de abril de 1949, mantenía el mismo encabezado que el artículo 328 de la LPM: «Habrà lugar al recurso de revisión contra sentencias firmes en los siguientes casos...»:

3. NOTAS DE LA TEORÍA GENERAL DEL RECURSO DE REVISIÓN PENAL¹⁹⁴

La teoría general de los recursos parte de la base de que toda resolución judicial está orientada a poner fin a aquella situación, de hecho o de derecho, que ha motivado la incoación y desarrollo de un proceso, en el caso que nos ocupa, penal. Los distintos órganos del orden jurisdiccional militar no pueden otorgar una solución arbitraria al conflicto originario que se les plantea, sino que, más bien, deben poner en funcionamiento la maquinaria procesal constitucionalmente diseñada.

La revisión, es decir, la acción de someter el proceso a un nuevo examen por si procede legalmente efectuar las oportunas correcciones, enmiendas o reparaciones, puede ser examinada desde una doble perspectiva¹⁹⁵. Por un lado, desde una visión amplia, lata o extensa en la que dicha revisión se lleva a cabo mediante el sistema de recursos ordinarios y extraordinarios

¹⁹³ El Código de Justicia Militar de 1945 se aprobó a raíz de su publicación de la Ley de 17 de julio de ese mismo año, en el Boletín Oficial, número 201, del 20 de julio, comenzando su vigencia veinte días después de la misma, la cual se llevó a cabo el 25 de agosto de 1945, sufriendo sucesivas reformas en su articulado por las Leyes de 8 de junio de 1947, 21 de abril de 1949, 26 de febrero de 1953, 17 de julio de 1953 y de 30 de marzo de 1954, 17 de diciembre de 1964, 30 de diciembre de 1969, 15 de noviembre de 1971, 17 de marzo de 1973 y, por último, la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo.

¹⁹⁴ FEDERICO CASTEJÓN, La revisión penal, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 20, Fasc/Mes 1-2, 1967, pp. 97-102.

¹⁹⁵ Es curioso cómo el diccionario de la RAE contempla la entrada «recurso de revisión» como el que se interpone para obtener la revocación de sentencia firme en casos extraordinarios determinados por las leyes. Mientras que la palabra «revisar» se define como someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo.

previstos por las leyes procesales. Por otro lado, en sentido estricto, la revisión es un remedio especial extraordinario para evitar que los efectos que despliega una sentencia firme hagan ceder los postulados de la justicia ante los de seguridad jurídica¹⁹⁶.

Pero esa resolución que finalmente es dictada por el órgano jurisdiccional en el ejercicio de las potestades reconocidas en el artículo 117 de la Carta Magna, no goza de una absoluta inamovilidad y, por ello, las partes que se consideren gravadas por dicha resolución podrán esgrimir los recursos que vengan establecidos en la ley y que les permite impugnar la ya citada resolución.

El fin último del sistema de recursos en el ámbito del proceso penal militar no es otro, en nada difiere del proceso penal ordinario regulado en la LECRIM, que la resolución recurrida sea sustituida por otra. Este acto de parte está encaminado a originar en el seno del mismo proceso un nuevo examen de la cuestión litigiosa. Si bien no se ha de perder de vista que toda resolución que se pueda evacuar en el proceso penal militar no siempre puede ser impugnada y que, en aplicación del principio de legalidad, solo aquellas a las que la ley las otorgue esta nota, podrán ser recurridas en los plazos, forma y condiciones que esa misma ley prevé.

Además, dentro de la doctrina científica del derecho procesal penal¹⁹⁷, es tradicional la distinción entre recursos ordinarios y extraordinarios. Los primeros son aquellos cuya interposición no exige una motivación determinada, fijada y preestablecida por la ley y en los que, obviamente, el conocimiento del órgano jurisdiccional *ad quem* tiene la misma extensión que el órgano *a quo*. En contraposición a los recursos ordinarios, los extraordinarios serían aquellos en los que los motivos de impugnación vienen expresamente consignados y tasados, los motivos impugnatorios vienen prefijados y donde la extensión del conocimiento entre el órgano que dictó la resolución impugnada y el que resuelve el recurso no es la misma.

En suma, el recurso de revisión penal en el ámbito del proceso castrense en un caso claro de recurso excepcional y extraordinario, ya que supone una desviación respecto de las normas generales. Mientras que los recursos ordinarios inciden en una relación jurídico-procesal abierta y eventualmente prolongada, en la revisión se está ante una relación jurídica cerrada¹⁹⁸.

¹⁹⁶ DE QUEROL Y LOMBARDEO en *El recurso de revisión...*, p. 1786. Añade el autor que así se tiende a evitar que se pueda perpetuar el adagio: *summum ius summa iniuria*.

¹⁹⁷ FENECH, *El proceso penal*, Madrid 1982, 4.ª edición, pp. 319 y 320.

¹⁹⁸ RODRÍGUEZ DEVESA y MARTÍNEZ AZNAR, *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su jurisprudencia y doctrina de la Fiscalía*. Editorial Aranzadi, p. 492. Recogen del mismo modo los autores que la revisión penal es una aplicación del principio del «favor defensionis» lo cual supone que el principio de justicia deja de prevalecer sobre el de seguridad.

Frente a lo anterior, hay que destacar que no toda la doctrina científica considera que el recurso de revisión es un verdadero recurso, sino que más bien es un proceso¹⁹⁹. La argumentación de los que así lo consideran parte de la base de que los recursos solo se pueden interponer contra sentencias que no han alcanzado firmeza. Por consiguiente, si se admite en el ordenamiento la impugnabilidad de una sentencia firme no se articulará a través de la vía de recurso, sino a través de un procedimiento independiente y autónomo²⁰⁰. Al fin de cuentas, el hecho de que por medio de la resolución de un recurso de revisión se obvie la cosa juzgada alcanzada con la firmeza no casa del todo bien con las exigencias y principios configuradores del procedimiento penal²⁰¹.

Por todo lo anterior, queda claro que el recurso de revisión no es en sentido estricto un recurso, ya que esta denominación nos pondría en la línea de un medio de impugnación, ordinario o extraordinario, frente a un acto que es recurrible. En tanto que las sentencias firmes, por el hecho de serlo, adquieren la condición de irrecurribles, la conclusión que se infiere es que ese medio que el ordenamiento articula contra una sentencia firme no podrá ser, por su propia naturaleza, un recurso. Este concepto se sitúa al lado de una relación abierta, no firme; en cambio, el proceso de revisión se sitúa al lado de una relación procesal cerrada y firme²⁰².

4. CONCEPTO DE LA REVISIÓN PENAL Y TOMA DE POSTURA

De conformidad con todo lo anteriormente descrito, se pueden trazar las líneas maestras de un concepto de la revisión penal diciendo que la misma, regulada en los artículos 954 a 961 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882 y en los artículos 328 a 335 de la Ley Procesal Militar; es un medio impugnatorio de la cosa juzgada en su vertiente material inherente a las sentencias penales firmes²⁰³.

¹⁹⁹ En este sentido GIMENO SENDRA, en *Derecho Procesal Penal*, p. 691. Sostiene también la concepción de proceso, en contra de la de recurso, DE QUEROL Y LOMBARDO en *El recurso de revisión...*, p. 1787.

²⁰⁰ Así, ROJAS CARO en *Derecho Procesal Penal Militar*, p. 503, sostiene a la hora de abordar el concepto y la naturaleza del recurso de revisión, en primer lugar, que no estamos ante un verdadero recurso sino ante un proceso independiente.

²⁰¹ En este sentido, CALAZA LÓPEZ, La cobertura actual de la cosa juzgada, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 20, 2009, pp. 67-93 y MEDINA CEPERO, La regulación de la cosa juzgada en el proceso penal, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 5, 2000, pp. 625-660.

²⁰² DE CASTRO GARCÍA, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Trivium, Madrid, 1994, p. 614.

²⁰³ En contra a la consideración de medio de impugnación, véase GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, p. 691. Como partidarios de la naturaleza de la revisión penal

Tres son los aspectos que deben ser analizados en relación con el concepto previo. En primer lugar, he afirmado que es «un medio impugnatorio», de lo que se deduce que no es el único con el que contamos en nuestro ordenamiento procesal. En segundo lugar, someramente, habrá que indicar las notas diferenciadoras de la cosa juzgada material en contraposición a su vertiente formal y, en tercer lugar, me detendré –también brevemente– en el instituto procesal de la firmeza de sentencia. El análisis global de estos factores clarificará el concepto de la revisión penal de cara al objeto del presente estudio.

1. La revisión es, en efecto, un medio impugnatorio. La perífrasis utilizada tiene su razón de ser en que aunque la doctrina científica es, al día de hoy, pacífica en cuanto a la naturaleza jurídica de la revisión, no siempre ha sido así. En efecto, hoy por hoy, el criterio unánime es aquel que preconiza que la revisión no es un recurso sino un verdadero proceso²⁰⁴.

2. El proceso penal puede ser entendido desde una doble perspectiva. En sentido material, con todos los presupuestos objetivos y subjetivos que las leyes procesales establecen o bien en sentido formal, es decir, como verdadero proceso penal entre partes. En esta categoría es donde debe ser incluida la revisión penal, ya que es un proceso por el que se ataca la cosa juzgada material de una sentencia penal firme, que es injusta con base en determinados motivos²⁰⁵.

La revisión de una sentencia penal tiene por fuerza un gran alcance, porque si uno de los fines del proceso penal es hallar la verdad material, no puede admitirse que la firmeza de la sentencia impida definitivamente su búsqueda, que prevalezca contra esa verdad el efecto preclusivo de la sentencia. Por ello no hay sujeción a plazo alguno, pudiendo intentarse incluso después de fallecida la persona legitimada.

5. Naturaleza y fines del recurso de revisión.

Aunque parezca bastante obvia la afirmación, el fundamento del llamado recurso de revisión no es otro que la justicia, en tanto que el poder

como recurso y no como proceso: RIFA SOLER y VALLS GOMBAU, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Iurgium, Madrid 2000, p. 310.

²⁰⁴ Véase en general GÓMEZ COLOMER, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional*, t. III *Proceso Penal* (9.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 392 a 398.

²⁰⁵ Véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, en GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed, Ed. Colex, Madrid 1999, pp. 761 y 762; TOMÉ GARCÍA, en obra colectiva con DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES MARTÍNEZ, HINOJOSA SEGOVIA, MUERZA ESPARZA y TOMÉ GARCÍA, *Derecho Procesal Penal*, 4.ª ed., Ed. C.E.R. Areces, Madrid 1999, pp. 644; y ARMENTA DEU y HORMAZÁBAL, *Lliçons de dret processal penal*, Ed. UOC, Barcelona 1999, pp. 282.

legislativo ha sido plenamente consciente de que las sentencias, en tanto que obras humanas, son susceptibles de error y de mejora. De ahí que tradicionalmente se haya arbitrado una fórmula, como la revisión, a través de la cual, el perjudicado pueda resarcir el daño que le ha ocasionado una resolución firme que ha devenido injusta por circunstancias extraordinarias y trascendentes²⁰⁶.

Si se admite, por tanto, la existencia de la revisión penal en el ordenamiento es porque el legislador da prevalencia al más elemental criterio de justicia frente al principio de la cosa juzgada²⁰⁷. Adquiere verdadera virtualidad entonces la justicia como valor superior del ordenamiento, tal y como lo define el artículo 1 de la CE. La revisión es, en suma, el triunfo de la verdad material y del valor justicia. Si es un triunfo de la justicia, hay que determinar contra quién vence ese valor superior. El vencido, en este caso, el principio de seguridad jurídica que dispone la necesidad de que la resolución firme no sea atacada, frente al principio de justicia absoluta que se sitúa al lado del reo que ha sido condenado sin tener que serlo²⁰⁸.

²⁰⁶ Véase a ROJAS CARO, *Derecho Procesal...*, p. 503 donde cita a CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal. Proceso Penal*. Obra colectiva redactada por Almagre Osete, Gimeno Sendra, Moreno Catena y el citado. Ed. Tirant lo Blanch. 2.^a ed. Valencia, 1988. p.621.

²⁰⁷ DE QUEROL Y LOMBARDERO en *El recurso de revisión...*, p. 1786, opina que «tanto la seguridad jurídica como la justicia son finalidades del Derecho y es lo ideal que ambas metas se logren como resultado de su aplicación en un proceso. Pero, a veces, es inevitable que se produzca la colisión».

²⁰⁸ Basta recordar en este punto que la seguridad jurídica es «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad», tal y como lo consideró la STC 27/1981, de 20 de julio. En el mismo sentido, la STC 46/1990, de 15 de marzo se refiere a este principio en estos términos: «la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...). Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no... provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean estas». También habría que apuntar que el principio de seguridad tiene un recorrido histórico infinitamente menor que el principio de justicia. Para ello, véase LÓPEZ OLIVA, *La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la revolución francesa de 1789*, *Revista Prolegómenos*. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho, Vol. 14, n.º 28, 2011, pp. 121-134. Sobre este principio, véase, entre otros, LÓPEZ GUERRA, «Notas sobre el principio de seguridad jurídica», *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú* / coord. por Raúl Morodo Leoncio, Pedro de Vega, Vol. 2, 2001, pp. 1151-1168, MARTÍN MORÓN,

Establecido lo anterior, es lógico admitir que con los meros elementos procesales con los que el órgano jurisdiccional ha contado para llegar a la resolución revisable no se puede pretender lograr la rescisión de la sentencia firme²⁰⁹. Es por ello, por lo que hay que acudir a circunstancias extraordinarias, hechos nuevos, elementos probatorios no valorados, datos reveladores o factores esclarecedores de una realidad fáctica distinta, en el momento de la revisión, a aquella que el tribunal de instancia tuvo frente a él a la hora de dictar sentencia.

La primera traba que se puede oponer a las consideraciones anteriores es que el principio de cosa juzgada adquiere plena vigencia y operatividad con la firmeza de la sentencia y, en principio, impediría la revisión de los hechos que dieron lugar a la sentencia impugnada. Aunque no es menos cierto, que uno de los fines de la revisión penal no es otro que modificar la declaración de hechos probados, logrando así que a hechos distintos correspondería un pronunciamiento igualmente distinto. Por ello, la revisión penal no deja de ser una concreta derogación del principio preclusivo de la cosa juzgada²¹⁰.

El proceso de revisión penal de sentencias firmes está directamente relacionado con el principio del *non bis in idem*. Desde la STC 2/1981, de 30 de enero, el alto intérprete de la Constitución ha reconocido que el citado principio se integra en el principio de legalidad penal, previsto en el artículo 25 de la Carta Magna²¹¹. A pesar de que el *non bis in idem*, como tal, no viene mencionado expresamente en el texto constitucional, no es menos cierto que su interacción con las garantías de tipicidad y legalidad penal son evidentes, ya que dicho principio prohíbe la doble sanción de la misma conducta o más en concreto «en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento»²¹².

«La seguridad jurídica como norma, como principio y como valor constitucional», *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* / coord. por Francisco de Paula Blasco Gascó, Vol. 1, 2011 (Tomo I), pp. 1435-1452 y NISTAL BURÓN, *El principio constitucional de «seguridad jurídica»: su posible desconocimiento por el actual sistema de ejecución penal*, Actualidad jurídica Aranzadi, n.º 743, 2008, pp. 13-16.

²⁰⁹ Aunque ceñido a la legislación colombiana, destaca QUINCHE RAMÍREZ, La seguridad jurídica frente a sentencias definitivas. Tutela contra sentencias, Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 12, n.º 1, 2010, pp. 99-126.

²¹⁰ GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid 1987, 10.ª Edición, p. 315.

²¹¹ En relación a este sentencia, véase SÁNCHEZ MELGAR, STC 2/1981, de 30 de enero: El principio «non bis in idem» ante el Tribunal Constitucional, Veinticinco años de jurisprudencia constitucional: 25 sentencias fundamentales comentadas / coord. por Alberto Dorrego de Carlos; Luis Martí Mingarro (pr.), 2007, pp. 225-234.

²¹² Desde la citada STC 2/1981, la doctrina constitucional ha reiterado esta idea entre otras, y sin ánimo de exhaustividad, en SSTC 66/1986, de 26 de mayo, 154/1990, de 15 de

El aspecto que más interesa del mencionado principio *non bis in idem* en su relación con el proceso de revisión penal de sentencias firmes es el de la interdicción del doble proceso penal con un mismo objeto, aspecto inherente a otro derecho fundamental cual es el de la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 24 de la CE²¹³. El Tribunal Constitucional, desde la STC 159/1987, de 26 de octubre, ha declarado constantemente en sus pronunciamientos que es imposible proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que «en el ámbito... de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar –a salvo del remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional– un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme»²¹⁴, pues, además, con ello se arroja sobre el reo la «carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional»²¹⁵.

Aplicando esta doctrina al ámbito del proceso de revisión, la STC 41/1997, de 10 de marzo, en su fundamento sexto, incidió en que «la LECRIM, en los arts. 954 y siguientes solo admite el recurso de revisión en favor del reo, a semejanza de otros ordenamientos continentales», añadiendo que «esta decisión legislativa es fruto de consideraciones constitucionales, profundamente arraigadas en el respeto a los derechos fundamentales y al valor superior de la libertad, lo pone de manifiesto el simple dato de que en la V enmienda de la Constitución norteamericana se consigna la interdicción de someter al reo a un doble juicio penal (*double jeopardy*). Las razones que en aquel país se aducen como fundamento de esa interdicción son semejantes a las que el legislador español avanzaba, en la exposición de motivos de la LECRIM, para justificar la proscripción de la absolución en la instancia, cuyo significado es análogo al de la prohibición de la revisión “contra reo”: evitar que el ciudadano sea “víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado”, evitarle las “vejaciones” que resultarían de una situación de permanente inseguridad y, en fin, no dispensarle un trato incompatible con la condición de “ciudadano de un pueblo libre”».

octubre, 234/1991, de 16 de diciembre, 270/1994, de 17 de octubre o 204/1996, de 16 de diciembre. Véase BOIX REIG, «La jurisprudencia constitucional sobre el principio non bis in idem», *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 123-150.

²¹³ APARICIO CALVO-RUBIO, «Jurisprudencia constitucional sobre el recurso de revisión penal», *Poder Judicial*, número 10, 1988, pp. 71-74.

²¹⁴ Tal y como lo reconoce el fundamento de derecho segundo de la sentencia reseñada.

²¹⁵ DE URBANO CASTRILLO, El recurso de revisión penal, según la última jurisprudencia, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 7, 2011, pp. 35-43.

Por otro lado, como ya se verá en el desarrollo de la jurisprudencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, la referencia que se hace al valor justicia tanto en los fundamentos y argumentaciones de derecho como en los numerosos votos particulares en contra de las decisiones mayoritarias de la Sala, es constante²¹⁶. De ahí que, considere necesario, cuando menos, hacer una breve mención a este valor y su incidencia en el proceso de revisión.

Dos son las declaraciones constitucionales que incluyen la referencia al valor justicia. Por un lado, el artículo 1 al reconocer que España se constituye como un estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores del ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Por otro lado, en el artículo 10.1 de la CE al considerarlo como fundamento del orden público y de la paz social. Cualquiera de las dos manifestaciones aportadas incide en la consideración de la Carta Magna como orden de valores, noción en la que la jurisprudencia constitucional puso especial hincapié desde sus más tempranos pronunciamientos, sentencias 25/1981 o 8/1983, entre otras.

Atañe especialmente a la caracterización jurídica del proceso de revisión el hecho de que un valor como es el de justicia sea canon de interpretación teleológica del ordenamiento jurídico y su aplicación. Así, la justicia como parámetro interpretativo no puede, sin embargo, constituir un medio para dejar de aplicar otros preceptos constitucionales, ni por lo común constituye un canon interpretativo autónomo sino complementario, ni implica por si sola, derechos susceptibles de amparo constitucional²¹⁷.

En suma, la aplicación del valor justicia al ámbito de la revisión penal deberá partir siempre de la consideración de la misma como «uno de los principios cardinales de nuestro Estado de Derecho»²¹⁸, que supone el reproche de arbitrariedad, pero que no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo que permita sacrificar otra norma constitucional en aras de una «justicia material»²¹⁹ y además que «pueda identificarse unilateralmente con particulares modos de entender lo justo»²²⁰.

²¹⁶ Como bibliografía básica en relación con la justicia como valor constitucional, véase AGUIAR DE LUQUE, *Constitución española, 1978-1988*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988; ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1996-1999, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid, Ediciones del Foro, 1978 y GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed., Madrid, Civitas, 2001.

²¹⁷ Tal y como lo han recogido, entre otras, las STC 20/1987, 120/1990 o 181/2000.

²¹⁸ Véase STC 105/1994.

²¹⁹ Véase STC 20/1987.

²²⁰ Véase STC 181/2000.

PARTE II

EL PROCESO DE REVISIÓN PENAL EN LA REGULACIÓN PROCESAL MILITAR

1. LA REGULACIÓN DE LA REVISIÓN PENAL EN LA LEY PROCESAL MILITAR²²¹

El recurso de revisión contra sentencias firmes es, sin duda, un recurso extraordinario, en tanto que se halla dirigido a aquellas resoluciones judiciales que han adquirido el efecto de cosa juzgada²²². Es la segunda modalidad de actuación de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, junto con el recurso de casación en materia estrictamente penal. Su regulación viene recogida en los artículos 328 y siguientes de la LPM, cuyo contenido se procede a analizar:

2. EL SISTEMA DE *NUMERUS CLAUSUS* DE LA REVISIÓN PENAL MILITAR²²³

El artículo 328 de la Ley Procesal Militar reconoce que habrá lugar al recurso de revisión contra sentencias firmes en los siguientes casos²²⁴:

²²¹ Ya la propia exposición de motivos nos adelanta que el régimen del proceso penal militar parte de la base de la LECRIM: «El procedimiento ordinario ha tomado sus normas de la Ley de enjuiciamiento criminal, adaptándolas a las peculiaridades que exige la jurisdicción militar, con lo que ha resultado un procedimiento más breve que el anterior, suprimiendo la anterior fase de prueba en plenario, abreviando plazos, limitando los recursos, aunque dejando siempre la posibilidad de recurso ante un Tribunal superior, mediante los recursos de apelación y casación y el de revisión y desechando el recurso de reforma aunque se regulan los de queja y suplica».

²²² Así, LORCA NAVARRETE: *Comentarios...*, p. 374.

²²³ GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ: «Revisión penal: Interpretación extensiva por el Tribunal Supremo de los motivos del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (TS 2.^a S 1662/1998, de 22 diciembre)», *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, número 8-9, 1999, pp. 831-834.

²²⁴ A modo de comparación, los supuestos previstos en el artículo 954 de la Lecrim son los 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 autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena.
- Cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia, cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada por violencia o exacción, o cualquier hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que los tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en causa seguida al efecto. A estos fines podrán practicarse todas cuantas pruebas se consideren necesarias para el esclarecimiento de

- ❑ Cuando hayan sido condenadas dos o más personas en virtud de sentencias contradictorias por un mismo hecho que no haya podido ser cometido más que por una sola.
- ❑ Cuando haya sido condenado alguno como responsable de la muerte de una persona cuya existencia se acredite después de la fecha de la sentencia condenatoria.
- ❑ Cuando haya sido condenada una persona en sentencia cuyo fundamento fuera: un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada por violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en procedimiento seguido al efecto. A estos fines podrán practicarse cuantas pruebas se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en el procedimiento, anticipándose aquellas que por circunstancias especiales pudieran luego dificultar y hasta hacer imposible la sentencia firme base de la revisión.
- ❑ Cuando haya sido penada una persona en sentencia dictada por el Tribunal y alguno de sus miembros fuere condenado por prevaricación cometida en aquella sentencia, o cuando en la tramitación de la causa se hubiere prevaricado en resolución o trámite esencial de influencia notoria a los efectos del fallo.
- ❑ Cuando sobre los propios hechos hayan recaído dos sentencias firmes y dispares dictadas por la misma o por distintas jurisdicciones.
- ❑ Cuando después de dictada sentencia condenatoria se conociesen pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas.

Como ya se ha apuntado, el recurso de revisión está dentro de los recursos extraordinarios y, por ello, solo por los motivos que expresamente se indican en este artículo podrá fundamentarse la revisión penal. Son motivos tasados y predeterminados. No cabe alegar ninguna otra causa de revisión que no sea alguna de las citadas. La utilización de la fórmula prescriptiva «habrá» supone que no ha lugar a ninguna fórmula facultativa, dispositiva o discrecional a la que la Sala 5.^a pudiera acogerse.

los hechos controvertidos en la causa, anticipándose aquellas que por circunstancias especiales pudieran luego dificultar y hasta hacer imposible la sentencia firme, base de la revisión.

- Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado.

El inicio del precepto hace referencia a la expresión «contra sentencias firmes». Podríamos preguntarnos si todas las sentencias firmes pueden ser objeto de revisión penal. La respuesta debe ser necesariamente positiva ya que las sentencias que adquieren firmeza bien como consecuencia de la resolución de la casación penal, bien por haber adquirido firmeza en el Tribunal Militar Territorial de instancia, son las únicas que en materia penal pueden ser impugnables en vía de revisión²²⁵.

3. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO DE REVISIÓN²²⁶

La legitimación para poder instar este recurso, según el artículo 329, recae en el propio penado y su cónyuge, ascendientes o descendientes y hermanos mediante escrito motivado dirigido a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, «a la que habrán de acompañar los documentos en que funden su derecho, o citarán el archivo, Tribunal o Centro donde se encuentren si no los tuvieren en su poder ni hubieren podido obtener copia auténtica de ellos».

De manera dispar se pronuncia el artículo 955 en lo que atañe a la legitimación en tanto que corresponde esta a «el penado y, cuando este haya fallecido, su cónyuge, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes». Añade este precepto un claro contenido teleológico del cual carece el precepto militar y es que la legitimación para la promoción e interposición del recurso de revisión responde al objeto «de rehabilitar la memoria del difunto y de que se castigue, en su caso, al verdadero culpable»²²⁷.

A la luz de la legislación militar, la promoción del recurso de revisión se podrá hacer a través de tres vías: del ministro de Defensa, del fiscal togado y de cualquier órgano jurisdiccional.

²²⁵ LORCA NAVARRETE, en *Comentarios...*, p. 375, cita una sentencia del antiguo Consejo Supremo de Justicia Militar, de 29 de enero de 1987, en la que respecto al recurso de revisión reseñaba que «Se trata, pues, de no mantener la eficacia de la cosa juzgada frente a notorias y patentes injusticias, en supuestos de condenas a personas inocentes y, para que el recurso pueda prosperar, es necesaria la constatación del elemento de prueba exigido en la ley y que el mismo conlleve la destrucción de los fundamentos de la calificación jurídica de la sentencia, no pudiendo admitirse la extensión por analogía a causas distintas de las taxativamente enumeradas».

²²⁶ CANDAL JARRÍN: «Consideraciones sobre la nueva legitimación en el proceso de revisión penal», *Anuario jurídico y económico escorialense*, número 27, 1994, pp. 265-290.

²²⁷ BARONA VILAR: La legitimación en el proceso de revisión penal, *Poder Judicial*, número 36, 1994, pp. 305-314.

El primero de los supuestos es el contenido en el artículo 330. Así, según dispone ese precepto, el ministro de Defensa, previa formación de expediente, podrá ordenar al fiscal togado, que interponga recurso de revisión de sentencias dictadas por Tribunales de la respectiva jurisdicción cuando, a su juicio, existan motivos fundados para ello, conforme a cualquiera de los casos establecidos en el artículo 328²²⁸.

El segundo de los supuestos, regulado en el artículo 331, prevé que el fiscal togado promoverá por sí recurso de revisión siempre que tenga conocimiento de algún caso en que proceda²²⁹.

Por último, el artículo 332 establece que los órganos judiciales de cualquier jurisdicción que tengan conocimiento de algún caso de los que, según lo prevenido en el artículo 328, puedan dar lugar a recurso de revisión, deberán remitir al fiscal general del Estado la oportuna propuesta razonada y documentada.

En ausencia, el artículo 957 adquiere plena vigencia en este ámbito al reconocer que será la propia Sala, previa audiencia del ministerio fiscal, quien autorizará o denegará la interposición del recurso. Además, añade el precepto, *antes de dictar la resolución, la Sala podrá ordenar, si lo entiende oportuno y dadas las dudas razonables que suscite el caso, la práctica de las diligencias que estime pertinentes, a cuyo efecto podrá solicitar la cooperación judicial necesaria. Los autos en los que se acuerde la autorización o denegación a efectos de la interposición, no son susceptibles de recurso alguno*. Si la resolución es favorable a la interposición del recurso, el promovente dispondrá de quince días para su interposición²³⁰.

Los artículos 333 y 334 recogen dos supuestos objetivos en el recurso de revisión militar. Según el primero de los preceptos, cuando el recurso haya de promoverse por haber sido dictadas dos sentencias sobre los mismos hechos por distintos tribunales militares, se sustancian ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y se iniciará en cualesquiera de las formas mencionadas en los artículos anteriores. Mientras que, por su lado, el artículo 334 dispone que si las sentencias que motivaron el recurso han

²²⁸ Obsoleta es la referencia que el artículo 956 hace al Ministerio de Gracia y Justicia, pero se mantiene en esencia el modo de promoción por parte de la cúspide de la cartera ministerial, previa formación del expediente, pudiendo ordenar al fiscal del Tribunal Supremo que interponga el recurso, cuando a su juicio hubiere fundamento bastante para ello.

²²⁹ De modo paralelo, el artículo 961 LECRIM establece que «el fiscal general del Estado podrá también interponer el recurso siempre que tenga conocimiento de algún caso en el que proceda y que a su juicio, haya fundamento bastante para ello, de acuerdo con la información que haya practicado».

²³⁰ Véase auto de la Sala V, de 28 de mayo de 2007, en el marco del recurso de revisión 12/2005 así como las SSTC 131/95, 131/92 o el auto 460/93.

sido dictadas por un juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria y otro de la Jurisdicción Militar o bien en única instancia por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se promoverá y sustanciará por la Sala a que hace referencia el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4. LA ADMISIÓN Y ESTIMACIÓN DEL PROCESO DE REVISIÓN²³¹

¿Qué efectos tiene la admisión y estimación del recurso de revisión planteado? El artículo 335 los reconoce individualizándolos a cada uno de los supuestos tasados de revisión²³².

- ❑ En el caso del número 1 del artículo 328, la Sala declarará la contradicción entre las sentencias, si en efecto existiere, anulando una y otra y devolviendo la causa al Juzgado Togado competente.
- ❑ En el caso del número 2, comprobada la identidad de la persona cuya supuesta muerte hubiese dado lugar a la imposición de la pena, anulará la sentencia firme, y si contra dicha persona se hubiere cometido otro delito, por el mismo penado, cuyo delito no haya prescrito, pasará la oportuna comunicación al Juzgado Togado Militar competente para la instrucción del nuevo procedimiento, siendo de abono al reo lo cumplido en virtud de la sentencia anulada.
- ❑ En los casos previstos en los números 3, 4 y 6, anulará la sentencia firme motivo de revisión y remitirá la causa al Juzgado Togado Militar competente para que la instruya de nuevo.
- ❑ En el caso previsto en el número 5 anulará la sentencia que considere injusta o dictará otra.

²³¹ COBOS GAVALA, La necesidad de establecer legalmente un quinto motivo de revisión penal, *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 4, 1990, pp. 987-1002.

²³² El artículo 958 de la LECRIM dispone:

• En el caso del número 1 del artículo 954, la Sala declarará la contradicción entre las sentencias, si en efecto existiere, anulando una y otra, y mandará instruir de nuevo la causa al tribunal a quien corresponda el conocimiento del delito.

• En el caso del número 2 del mismo artículo, la Sala, comprobada la identidad de la persona cuya muerte hubiese sido penada, anulará la sentencia firme.

• En el caso del número 3 del referido artículo, dictará la Sala la misma resolución, con vista de la ejecutoria que declare la falsedad del documento, y mandará al tribunal a quien corresponda el conocimiento del delito, instruir de nuevo la causa.

• En el caso número 4 del citado artículo, la Sala instruirá una información supletoria, de la que dará vista al fiscal, y si en ella resultare evidenciada la inocencia del condenado, se anulará la sentencia y mandará, en su caso, a quien corresponde al conocimiento del delito instruir de nuevo la causa.

5. LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO DE REVISIÓN. LA SUPLETORIEDAD DE LA LECRIM EN ESTE PUNTO.

Por último, la sustanciación y tramitación del recurso de revisión se llevará a cabo conforme a las normas de la legislación común, por imperativo del artículo 336, por lo que nos hemos de remitir, en concreto, a los artículos 959 y 960 de la Lecrim. En atención al primero, el recurso de revisión se sustanciará oyendo por escrito una sola vez al fiscal y otra a los penados, que deberán ser citados, si antes no comparecieren. Cuando pidieren la unión de antecedentes a los autos, la Sala acordará sobre este particular lo que estime más oportuno. Después seguirá el recurso los trámites establecidos para el de casación por infracción de Ley, y la Sala, con informe oral o sin él, según acuerde en vista de las circunstancias del caso, dictará sentencia, que será irrevocable.

Según el artículo 960, cuando por consecuencia de la sentencia firme anulada hubiese sufrido el condenado alguna pena corporal, si en la nueva sentencia se le impusiese alguna otra, se tendrá en cuenta para el cumplimiento de esta todo el tiempo de la anteriormente sufrida y su importancia.

Además, finaliza el precepto indicando que cuando en virtud de recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio del derecho de este de repetir contra el juez o tribunal sentenciador que hubieren incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos.

PARTE III

LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SALA 5.^a EN REVISIÓN DE SENTENCIAS DICTADAS EN PROCESOS MILITARES DURANTE EL FRANQUISMO

Dentro de las resoluciones de la Sala 5.^a sobre el proceso de revisión de sentencias penales firmes dictadas por Tribunales Militares durante el franquismo²³³, me centraré en este epígrafe en tres de ellas. La primera, en

²³³ Sin perjuicio de la abundante jurisprudencia de la Sala 5.^a en relación con los procedimientos de revisión en general, el objeto del presente estudio queda circunscrito a las sentencias penales militares acotadas a un periodo muy concreto, alrededor de unas circunstancias políticas determinadas y en relación a supuestos específicos, ya que la revisión de estas sentencias solo hacen referencia a las dictadas, en primer lugar, por las autoridades

relación a los llamados «trentistas»; la segunda, en lo que atañe al Juzgado Militar especial nacional de actividades extremistas y, finalmente, al conocido caso del poeta Miguel Hernández.

Estos tres procedimientos tienen un denominador común: los tres fueron desestimados en el trámite de la autorización previa para la interposición del «recurso de revisión», lo cual no quita que haya habido autos en los que sí que se haya autorizado la interposición de la revisión penal y que, algunos de ellos, hayan sido estimados por sentencia de la Sala 5.^a.

1. AUTO DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2006: «LOS TRENTISTAS»²³⁴

1.1. Referencia al supuesto de hecho

Por la partes legitimadas se promueve el presente recurso de revisión al amparo de lo dispuesto en el artículo 328.6.º de la Ley Procesal Militar, en relación con el artículo 954.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra la sentencia dictada por el consejo de guerra Permanente n.º 2 de la plaza de Valencia el día 21 de julio de 1942 por la que se condenó al padre de las promoventes a la pena de muerte, como autor de un delito de adhesión a la rebelión de los previstos en el artículo 237, en relación con el artículo 238.2 del Código de Justicia Militar de 1890, habiendo sido ejecutado en cumplimiento de la citada sentencia.

Una vez comprobada la legitimación de la parte que interpone el recurso de revisión y remitida la citada sentencia, el representante del ministerio público solicita que se deniegue la autorización para continuar con la tramitación procesal. Al no ser coincidente con la opinión mayoritaria de la Sala, el ponente nombrado renuncia a la misma y nombrándose nuevo ponente que expresa el parecer de la Sala. Como criterio sistemático y a efectos expositivos, se analizará en primer lugar la argumentación de la mayoría de Sala y, en segundo lugar, el parecer discordante de dos de los magistrados que formulan el oportuno voto particular.

rebeldes a partir de julio de 1936 y, en segundo lugar, al régimen político establecido tras la finalización de la guerra civil.

²³⁴ CLIMENT DURÁN, Sobre la revisión penal: el caso Grimau: comentarios en torno a la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1990, Poder Judicial, número 19, 1990, pp. 251-280.

1.2. Argumentación de la mayoría de la Sala

1.2.1. Consideraciones generales sobre el recurso de revisión y su regulación

La Sala comienza indicando que el proceso de revisión de sentencias firmes, de conformidad con lo previsto en el ya citado artículo 328 de la LPM está sometido a las vicisitudes procesales de la LECRIM, en concreto por los artículos 957 y siguientes, por mera aplicación del artículo 336 de la LPM²³⁵.

Debido a ello, uno de esos cauces formales que las leyes procesales prevén para el proceso de revisión es el pronunciarse acerca de la procedencia o no de la autorización efectiva de proceder con dicha instancia revisoria. La competencia para la autorización o denegación, en su caso, recae en la Sala V. En efecto, a ella compete resolver si, por un lado, el recurso encuentra, en un primer momento, suficiente amparo en alguna de las causas tasadas que la ley prescribe —en cuyo caso se otorga la autorización para continuar con el proceso de revisión, siempre sin prejuzgar el definitivo resultado— o, por otro lado, considera que *ab initio* no tiene suficiente base fáctica para poder encajar la pretensión revisoria en alguno de esos motivos cerrados que la ley contempla —en cuyo caso, obviamente, la resolución sobre la autorización solicitada será denegatoria y no podrá continuarse con el proceso de revisión invocado—²³⁶.

La Ley procesal ha previsto, para estos enfrentamientos, una vía extraordinaria de resolución, restrictiva al máximo en su interpretación, pero que se articula cuando y solamente cuando el factor por el que quedó neutralizada la sentencia impugnada cuya revisión se pide, resulta a su vez anulado por datos posteriores que la restablecen en su incolumidad, cuando concurren los requisitos legalmente marcados y, «en el caso del n.º 6 del art. 328 LPM, en relación con el n.º 4 del art. 954 LECRIM., si se presenta un hecho o medio de prueba que venga a evidenciar la equivocación del fallo».

²³⁵ En el propio auto se incluye el relato de hechos probados, tal y como venía reseñado en la sentencia de 21 de julio de 1942.

²³⁶ Esta fase procesal previa es de radical importancia de cara al proceso de revisión de sentencias firmes ya que actuará de filtro a través del cual pasarán aquellas pretensiones que puedan tener indicios fundados de prosperabilidad en la fase de revisión y, consecuentemente, impedirá el paso de aquellas pretensiones de revisión que carezcan de la suficiente base. La cautela que supone, sin duda, este trámite previo tiene su razón de ser en el principio de seguridad jurídica que, previsto en el artículo 9.3. de la Carta Magna, planea sobre todo proceso de revisión de sentencias penales firmes.

No se plantean dudas, por tanto, en esta primera fase argumental de la Sala, en relación con la naturaleza excepcionalísima y autónoma del proceso de revisión penal. Esta excepcionalidad conlleva la obligación residente tanto en la Sala 2.^a como en la 5.^a de impedir que se haga un uso abusivo o indiscriminado de esta alternativa a la firmeza de la sentencia²³⁷. Cerrando el razonamiento, este trámite procesal tiende a mantener el equilibrio y el centro de gravedad entre los dos principios contendientes en el proceso revisorio: el de seguridad jurídica y el de justicia. A pesar de ello, la Sala afirma que, en esta pugna, se debe dar preferencia al primero de los citados puesto que este «deriva de la intangibilidad de las sentencias firmes».

1.2.2. La determinación del supuesto concreto de revisión penal

En un segundo bloque argumental, la Sala expone su parecer sobre el propio escrito de solicitud de autorización para la interposición del recurso. Uno de los factores de mayor trascendencia en esta fase previa del proceso de revisión es el determinar con exactitud cuál es el motivo concreto que la parte promovente invoca. En este caso, consideran encasillables los hechos en el motivo sexto del artículo 328 de la LPM en relación con el ordinal cuarto del artículo 954 de la LECRIM²³⁸.

Una vez expuesto el motivo concreto, la Sala considera que, consecuente con dicha apelación, los promoventes deberían aportar material probatorio necesario, suficiente, indubitado o novedoso que evidenciara el error en fallo, pruebas, además, que se hubiesen ignorado en el momento de dictarse la sentencia firme, cuya revisión se pretende. A continuación, y al hilo de la conclusión establecida, la Sala pasa a analizar si esa aportación probatoria ha existido o no.

Considera la Sala que las partes promoventes no han aportado en esta fase previa aportación suplementaria de carácter probatoria que permitiese

²³⁷ Esta obligación, en suma, se manifiesta mediante esa primera criba procesal que supone la autorización o denegación que, en el caso concreto, la parte promovente solicitó y que la Sala denegó. Ella misma considera que se ve obligada a «evaluar la elemental razonabilidad de la pretensión y su aparente encaje en el motivo o motivos aducidos por las partes para promover el recurso».

²³⁸ Cabe recordar que el primero dispone que dará lugar a la revisión de sentencias firmes «cuando después de dictada la sentencia condenatoria se conociesen pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas». El segundo, por su parte, establece que procederá la revisión «cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado».

otorgar suficiente fundamento al proceso de revisión y, por ello, continuar con el mismo. Todo lo contrario. Estiman que, en este estadio del proceso, se han limitado a llevar a cabo una serie de estimaciones de tinte «eminente jurídicamente». En concreto, los argumentos del auto se sistematizan en dos grupos.

1.2.3. La vulneración del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad

En la solicitud de autorización se expone cómo se incumplió el principio de legalidad en su vertiente de tipicidad y no se aplicó, como consecuencia de ello, el principio *nulla poena sine lege*. Así, parten del contenido del antiguo artículo 237 del Código de Justicia Militar de 1890 por el que se consideraba reos del delito de rebelión militar a «los que se alcen en armas contra la Constitución del Estado republicano, contra el presidente de la República, la Asamblea constituyente, de los cuerpos colegisladores o el gobierno provisional y legítimo...»²³⁹.

Una vez alegado lo anterior, consideran que el delito de adhesión a la rebelión del artículo 238.2.º, precepto por el que fue condenado el padre de los promoventes, mantuvo una redacción similar como subtipo delictivo supeditado al de rebelión militar. Se razona en la solicitud que si la fecha del consejo de guerra Permanente fue la del 21 de julio de 1942, una vez restaurado el Código de 1890, pero por hechos ocurridos entre el 18 de julio de 1936 y el 1 de abril de 1939 los hechos que se consideraron en dicho consejo de guerra constitutivos del delito de adhesión a la rebelión, afirma, debieron ser «contra el denominado en la propia sentencia Glorioso Movimiento Nacional».

Por ello, finalizando su razonamiento, consideran que el bien jurídico en el delito mentado no era otro que la defensa de la legalidad republicana y sus instituciones. Los hechos recogidos en la sentencia cuya revisión se pretende no constituían, según los solicitantes, ningún tipo delictivo vigente y denuncia que en ese instante se aplicó una «norma penal cuya vigencia

²³⁹ Esta redacción permanece vigente hasta la promulgación de la Ley de 12 de junio de 1940, de modificación y restablecimiento del Código de Justicia Militar con la redacción que tenía el 14 de abril de 1931, sin otras modificaciones que las introducidas por la Ley de 26 de junio de 1935 y las demás promulgadas por el nuevo Estado con carácter de Ley a partir del 18 de julio de 1936.

se estableció con posterioridad a tales hechos»²⁴⁰. En suma, consideran que la sentencia de 21 de julio de 1942 es nula²⁴¹.

1.2.4. Los acuerdos parlamentarios como «hecho nuevo» en el proceso de revisión

La parte interesada hace expresa mención a la sesión del Congreso de los Diputados, de fecha 20 de noviembre del 2000, en la que se acordó unánimemente el «reconocimiento moral de todos los hombres y mujeres que fueron víctimas de la guerra civil española, así como de cuantos padecieron más tarde la represión de la dictadura franquista...». Se añadía en este acuerdo la obligación por la cual el Gobierno debía desarrollar urgentemente una política integral de reconocimiento.

Asimismo, invoca la resolución n.º 359/VI de 13 de diciembre del 2000, adoptada por el parlamento de Cataluña, sobre la memoria histórica de la represión franquista²⁴², en la que insta al Gobierno a que emprenda aquellas acciones necesarias, entre las que se encuentra el proceso de revisión penal, contra las sentencias de consejos de guerra en los que se impuso la pena de muerte. De esta última consideración deducen los promoventes que, en sí mismas, ambos acuerdos parlamentarios, estatal y autonómico respectivamente, constituye un hecho nuevo y, de ahí, que en su parecer, consideren que procede el inicio del proceso revisorio.

Una vez expuestas las anteriores consideraciones invocadas por las partes para fundamentar el acceso al proceso de revisión en sentido estricto y la resolución favorable la autorización legalmente preceptiva, la Sala

²⁴⁰ En relación con la STC 123/2004, de 13 de julio, se publicó en el diario El País en fecha 27 de agosto de 2004 el siguiente artículo firmado por Marc Carrillo, catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra.

²⁴¹ «... de acuerdo con el art. 240.1.º LOPJ, en relación con el art. 954.4 LECRIM., y con fundamento en el reconocimiento de la justicia como exigencia y valor superior de la Constitución española, invocando como jurisprudencia que entiende y favorece tal interpretación las SSTC 124/84, 150/97 y la de 13 de julio de 2004 y el auto de la Sala de lo Militar de 6 de febrero de 2006».

²⁴² En la que se proclama «el deseo de que a todas las víctimas de la represión dictatorial les sea restituida la dignidad en especial de aquellas personas que perdieron la vida en la lucha para la consecución de las libertades democráticas y para aquellos que fueron objeto de persecución y condena en aplicación de la legalidad franquista». A continuación «reafirma la arbitrariedad de las acusaciones, la injusticia del procedimiento y la falta de legitimidad de los consejos de guerra que condenaron a muerte a centenares de catalanes por razón de su cargo... entre los cuales se destaca al presidente de Catalunya Lluís Companis y al dirigente sindical y antiguo ministro de Trabajo Eusebio...».

rebate las alegaciones vertidas, respectivamente, en otros dos grupos de argumentos.

En relación con la primera de las alegaciones vertidas, es decir la que hacía referencia al quebrantamiento del principio de legalidad penal en su vertiente de tipicidad, por considerar que los hechos no eran constitutivos de un delito de adhesión a la rebelión del extinto Código de Justicia Militar de 1890, la Sala considera, en resumen, que dicha alegación no constituye un hecho nuevo ni aporta un elemento probatorio novedosos que pudiere desvirtuar la tangibilidad de los hechos de la sentencia que se pretende revisar.

Ello supone, aplicando la jurisprudencia del TC como la de las salas 2.^a y 5.^a del Tribunal Supremo, que no sería posible desplegar la dinámica procesal propia de la revisión de sentencias firmes, toda vez que las cuestiones que la parte legitimada plantea pueden ser calificadas de *error iuris*²⁴³. En este punto, la Sala analiza el concepto jurídico de hecho nuevo, con las implicaciones que conlleva en el marco de la revisión penal. La Sala Segunda el Tribunal Supremo, en sentencias de 3 de febrero y de 6 de mayo de 1998, ha analizado este concepto²⁴⁴.

²⁴³ En este sentido, tal y como reconoce la Sala en su argumentación, la jurisprudencia constitucional –individualizada en las SSTC 124/1984, 245/1991 y 150/1997– ha establecido la exclusión del ámbito de la revisión, por la vía de los preceptos invocados, de las cuestiones jurídicas, expresando que en tales casos no puede promoverse como consecuencia únicamente de un «error iuris», si bien la STC 150/1997 de 29 de septiembre dilucidó el problema relativo a la posible consideración como hecho nuevo «que evidencia la inocencia del condenado» de la existencia de una sentencia del propio TC que proclamaba que no podía considerarse acción delictiva –en aplicación del art. 321.1 CP– el ejercicio no colegiado de profesiones que requieren título académico oficial», añadiendo que «el recurso de revisión está concebido originariamente para remediar errores sobre los presupuestos fácticos de la infracción. Pero una sentencia es también un “hecho”, es decir, “algo que acaece en el tiempo y en el espacio”».

²⁴⁴ Invoca la Sala en este punto lo acordado en el pleno no jurisdiccional de la Sala de 30 de abril de 1999, en el que se fijó, en relación con el cambio jurisprudencial operado respecto del delito de contrabando en unión con el delito contra la salud pública, que dicho cambio no era equiparable al concepto de «hecho nuevo» a los efectos del artículo 954 LECRIM. La afirmación de que el cambio de criterio jurisprudencial en la interpretación y aplicación de las leyes no es un nuevo hecho a los efectos del recurso de revisión, ni permite modificar sentencias firmes se mantiene en autos de la Sala Segunda de 27 de julio y 22 de noviembre de 2000, de 10 de octubre de 2001 y en sentencias de 5 de abril y de 14 de junio de 2000, de 2 de octubre de 2001 y 10 de enero y 28 de octubre de 2002. En todas se acredita que no es equiparable el cambio jurisprudencial «al caso de promulgación de una nueva norma penal» y puntualizan que «la seguridad jurídica, valor que constituye el fundamento de la institución de cosa juzgada, solo puede quedar menoscabada en estos casos cuando haya una norma con categoría de ley que lo autorice». A ello, considera la Sala, habría que añadir obviamente la incidencia de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes, de conformidad con el art. 40 LOTC. En todo caso y con los matices señalados la

Una vez recogidos los principales elementos de la jurisprudencia de la Sala 2.^a, se entra a analizar la emanada de las resoluciones de la Sala 5.^a, respecto al artículo 328 de la LPM y el ordinal sexto, invocado en el proceso de revisión indicado²⁴⁵. La conclusión a la que se llega es la misma, es decir debe quedar acreditada la existencia de un hecho o medio de prueba que venga con posterioridad a evidenciar la equivocación del fallo. Si no puede decirse que existan nuevos elementos de prueba que evidencien la inocencia del condenado se hace inexcusable la denegación de la autorización pretendida para la interposición del recurso por la exigencia de que los nuevos hechos o elementos de prueba han de ser datos sobre la acción punible de que se trate²⁴⁶, la cual, obviamente, carece de efectos retroactivos²⁴⁷.

En suma, no será posible otorgar la autorización para la revisión si no queda acreditada la existencia de nuevos elementos de prueba que adquieran verdadera virtualidad, es decir que pongan de manifiesto el error en la sentencia penal firme cuya revisión se pretende. Además, este error de fallo no puede ser equiparado a un *error iuris* o consistir en una valoración jurídica.

¿Cómo se aplican los anteriores postulados doctrinales en relación con los hechos concretos en los que se basó la sentencia que se pretende revisar? La Sala, una vez que recoge las vicisitudes procesales en la redacción

Sala segunda entiende que el recurso de revisión - fundamentado en los preceptos objeto de estudio en este recurso - ha de proyectarse en supuestos de nuevos hechos y nuevas pruebas.

²⁴⁵ Se cita, en este sentido, los autos de 16 de junio, 17 de junio, 28 de junio, 7 de julio, 27 de julio de 2004 y la sentencia de 27 de enero de 2000. En relación con la no consideración del cambio jurisprudencial como hecho nuevo a efectos de revisión, hace expresa mención al reciente auto de 26 de enero de 2006.

²⁴⁶ Esta idea se repite con asiduidad en la jurisprudencia mentada en relación con las sentencias penales firmes dictadas durante y en los años posteriores a la guerra civil. Ha quedado plasmado en reiterados pronunciamientos, desde el TC en sentencia 123/2004, hasta sentencias (de 30 de noviembre de 1981, 22 de enero y 18 de octubre de 1982, 18 de octubre de 1985 o 11 de junio de 1987) y Autos (de 17 de julio de 1997, de 4 de octubre de 2001 o de 20 de enero de 2005) de la Sala 2.^a.

²⁴⁷ La inexistencia de efectos retroactivos ha sido consagradas por el Alto interprete constitucional en sentencia 187/2004, de 25 de mayo, por la que considera que no cabe intentar enjuiciar, mediante su aplicación, los actos de poder producidos antes de su entrada en vigor, con la excepción de las «situaciones nacidas con anterioridad a su entrada en vigor [de la Constitución] pero cuyos efectos todavía no se hubieran agotado», respecto a los que tampoco ha de otorgarse una «retroactividad en grado máximo, de tal forma que no puede admitirse el intento de formular el recurso de amparo para remediar toda aquella situación anterior a la Constitución, cualquiera que sea su fecha, que pudiera resultar vulneradora de los derechos fundamentales que en la misma se instauran...». En este último auto, recuerda la Sala, la decisión se adoptó con carácter mayoritario, con un voto particular discrepante en el que se establecen matices, entre otros extremos, a las cuestiones referentes a la «retroactividad de la Constitución».

de la sentencia, tales como la existencia de notas biográficas²⁴⁸, considera que la parte que promueve la revisión no ha introducido «prueba alguna no tenida en cuenta por el Tribunal en la que se acredite un nuevo hecho»²⁴⁹.

A mayor abundamiento, la Sala discrepa de la pretendida vulneración del principio de legalidad en la vertiente de tipicidad. No es exacto afirmar, como lo hizo el recurrente, que no hubiese existido modificación normativa a partir del 18 de julio de 1936 por el nuevo Gobierno. Así, el delito de rebelión militar y el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales militares fue materia objeto de tratamiento en el bando de la Junta de Defensa Nacional de 28 de julio de 1936, que unificó los dictados en las distintas regiones ocupadas desde el denominado «Alzamiento», ratificando la situación del Estado de guerra, estableciendo el procedimiento sumarísimo para juzgar los delitos comprendidos en los títulos V, VI, VII y VIII del Tratado II del CJM, tal y como lo reconoció el artículo 4 del citado bando.

Los delitos de rebelión, así entendidos, estaban sometidos a la jurisdicción de guerra, a pesar de estar incardinados también en las disposiciones del Código Penal ordinario. La Sala considera que todos los tribunales –y con ellos los consejos de guerra permanentes– en las zonas ocupadas durante la Guerra Civil y, con posterioridad tras la instauración del denominado «nuevo Estado» «interpretaron y dedujeron lógicamente desde la publicación de dicho bando que el delito de rebelión del art. 237 CJM y el de adhesión a la rebelión del art. 238.2 del propio Código castrense se entendían como los cometidos contra el “gobierno legítimo”, que identificaban con el de las autoridades del denominado Movimiento Nacional». Esta afirmación supone que, a pesar de que técnicamente hubiera cierta indeterminación a la vista de la redacción de los preceptos, no cupo duda alguna de que la expresión «gobierno legítimo» se refería al de las nuevas autoridades políticas y militares²⁵⁰.

Significativamente, la Sala concluye sus razonamientos, en lo que atañe a esta primera clase de alegaciones, arguyendo que, por un lado, sí es

²⁴⁸ Dichas notas las considera la Sala como «habituales en las sentencias de la época, elaboradas por lo general con carencias de rigor técnico, en las que se citaban y ponderaban los antecedentes, la significación y relevancia del procesado así como los móviles de su actuación política, configurando la gravedad de la conducta también por la permanencia en la actitud y actividad continuada que se enmarcaba en la comisión del presunto delito».

²⁴⁹ El hecho delictivo en concreto por el que fue condenado el representado por el recurrente fue el previsto en el artículo 238.2 del CJM y por el que se consideraba reo de adhesión a la rebelión a «los que se adhieran a la rebelión en cualquier forma que lo ejecutan y los que valiéndose del servicio oficial que desempeñen, propalen noticias o ejecuten actos que puedan contribuir a favorecerla».

²⁵⁰ Tal como se hizo constar en la redacción ya formalmente establecida del artículo 237 por Ley de 203/1943.

cierto que existió alguna imprecisión sustantiva en la normativa aplicada y de evidentes limitaciones en las garantías procesales en los enjuiciamientos, pero el cauce que posibilite el reconocimiento de tales situaciones y sus efectos no puede ser, desde el punto de vista técnico- jurídico, el del ámbito del recurso de revisión.

En relación con la segunda alegación vertida por las partes promovedoras, aquella que consideraba como «hecho nuevo» sendas resoluciones parlamentarias, del Congreso de los Diputados y del Parlamento catalán respectivamente, la Sala hace las siguientes consideraciones²⁵¹.

Por un lado, afirma que este tipo de declaraciones institucionales, llevadas a cabo de conformidad con los preceptos del reglamento de cada cámara respectiva, no entrañan, en ningún momento, un hecho nuevo motivador de la revisión penal. No constituye un medio de prueba a la luz de su regulación en las normas procesales, «ni tampoco una afirmación fáctica, positiva o negativa, sino tan solo un juicio de valor sobre los hechos históricos a que las proposiciones no de ley se refieren, sin modificarlos en punto alguno»²⁵².

Por otro lado, estas proposiciones no de ley, resoluciones o declaraciones con mero valor institucional no han sido extrapoladas a una norma jurídica integrante del ordenamiento. Si no forman parte en sentido estricto del ordenamiento, si no despliegan efectos normativos, si no se puede predicar de ella su vinculatoriedad, es obvio afirmar que no podrán alterar, modificar o revocar la declaración de hechos probados plasmada en una sentencia penal firme²⁵³.

En el caso concreto, las declaraciones mencionadas simplemente apuntan un contenido «político y ético» y, a pesar de que las partes legitimadas consideren que el procedimiento penal que derivó en la sentencia impugnada fue injusto e ilegal, lo cierto es que las mencionadas declaraciones no

²⁵¹ Recuerda la Sala que esta cuestión ya ha sido tratada y resuelta en una auto de fechas 16 de junio, 17 de junio, 21 de junio, 38 de junio, 7 de julio, y 27 de julio de 2004, en los que los solicitantes había invocado las declaraciones o proposiciones no de ley de 20 de noviembre de 2000, del Congreso de los Diputados y 13 de diciembre del 2000, del Parlamento de Cataluña. En el primer caso para «el reconocimiento moral de todos los hombres y mujeres que fueron víctimas de la guerra civil española, así como de cuantos padecieron más tarde la represión de la dictadura franquista...» y en el segundo supuesto «sobre la memoria histórica de la represión franquista». En esta última declaración se hacía una mención expresa al supuesto de hecho del proceso de revisión sobre el que versa el auto analizado.

²⁵² Así se deja constancia en el fundamento de derecho cuarto de los autos citados en la nota precedente.

²⁵³ Literalmente, la Sala considera en el fundamento de derecho quinto de los autos mentados que a estas declaraciones parlamentarias «no podemos, por ello, darles más valor que el que respetuosamente merecen...».

aportan elemento probatorio alguno²⁵⁴. No procede, por tanto, otorgar la autorización para continuar con el proceso de revisión.

1.3. VOTOS PARTICULARES

1.3.1. Primer voto particular, formulado por el Excmo. Sr. D. Ángel Juanes Peces al auto de 21 de septiembre de 2006

Considera el magistrado discrepante que la sentencia impugnada no hace invocación expresa al bando de 28 de julio de 1936 y que esta se circunscribe simplemente a calificar los hechos probados como un supuesto de delito de adhesión a la rebelión en aplicación, no de dicho bando sino del art. 237 del Código de Justicia Militar de la Monarquía, en su redacción anterior a la de 14 de abril de 1931. Este tipo penal consideraba que «Son reos del delito de rebelión militar los que se alcen en armas contra la Constitución del Estado, contra el Rey, los Cuerpos Colegisladores o el Gobierno legítimo siempre que lo verifiquen concurriendo alguna de las circunstancias siguientes...», siendo el delito de adhesión a la rebelión un subtipo delictivo condicionado al de rebelión militar²⁵⁵.

A la hora de rebatir las consideraciones mayoritarias de la Sala en relación con la invocación del quebranto del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad, el magistrado considera lacónicamente, en primer lugar, que no existieron motivos fundados para la condena penal y²⁵⁶, en

²⁵⁴ Todo ello sin perjuicio de que a raíz de estas declaraciones parlamentarias puedan derivarse decisiones administrativas o verdaderas normas con fuerza de ley. Sí es cierto que en la Resolución del Parlamento de Cataluña, se apuntaba al recurso de revisión «como mecanismo para promover la restitución de la dignidad a las personas que lucharon por las libertades democráticas, en particular a las que perdieron la vida por tal motivo», pero, de cualquiera de las maneras, los límites en el proceso de revisión los pone la normativa vigente –ya reseñada– complementada con la jurisprudencia relacionada.

²⁵⁵ Concluye taxativamente este primer argumento apuntando que si no hay rebelión difícilmente puede haber adhesión a la rebelión.

²⁵⁶ Según el magistrado, «de ningún modo puede considerarse como delito de adhesión a la rebelión:

- a) La trayectoria sindicalista del Sr. D. Eusebio.
- b) Haber formado parte del gobierno D. Juan Enrique y haber sido nombrado comisario general de Electricidad.
- c) Haber recopilado diversos artículos periodísticos contra la causa nacional.

La única acusación más sólida en principio, es haber formado parte de un comité revolucionario en Mataró que no consta, según la propia sentencia, que Eusebio presidiera, no obstante, sin razonamiento alguno se le considera responsable de los crímenes que este comité hubiera realizado».

segundo lugar, que la catalogación de la conducta como delito de adhesión a la rebelión fue indebida a tenor de la redacción legal del precepto, teniendo en cuenta la redacción que él considera vigente en el momento de los hechos²⁵⁷.

Incide en su punto «tercero» del voto particular en que el delito de adhesión a la rebelión, tal y como estaba vigente en el momento de los hechos, implica un ataque al Gobierno y a las instituciones de la República y no contra el nuevo régimen establecido. Aporta como dato esclarecedor el hecho de que la rebelión contra ese nuevo régimen establecido no vino legalmente configurada hasta el año 1946 y, por ello, rechaza la consideración mayoritaria de que el consejo de guerra hizo uso del bando de 28 de julio de 1936, donde se tipificaban nuevas conductas rebeldes. En este último punto, en concreto, lo justifica con un doble razonamiento²⁵⁸.

Concluye, de este modo, el magistrado afirmando que el representado por las partes legitimadas fue condenado a muerte en virtud de una sentencia penal firme sin opción alguna de recurso. Que lo fue, no por hechos concretos, si no por su conducta en general²⁵⁹ y que, en su proceso, se aplicó una norma penal promulgada con posterioridad a los hechos, quebrando el principio de irretroactividad de las leyes penales. No es que el proceso sea manifiestamente injusto a la luz de la regulación actual y de los principios inspiradores de nuestro ordenamiento, sino que con el propio ordenamiento penal vigente en el momento de los hechos, se puede concluir que este fue violando y vulnerado flagrante y palmariamente. Cuestión distinta es que esta nulidad procedimental pueda encarrilarse o no en la vía del proceso de revisión penal, aspecto al cual dedica el punto cuarto de su voto particular.

En ese punto, el magistrado disidente considera que la Sala debería de haber autorizado a las partes legitimadas a que continuaran con el proceso de revisión, toda vez que, en el caso concreto, no se está ante un error de

²⁵⁷ Y que no es otra que la redacción anterior al 14 de abril de 1.931, en donde se castigaba a los que se alzaren en armas contra la Constitución, contra el Rey, el Gobierno legítimo...

²⁵⁸ Según el magistrado, dos son las razones que le llevan a esta conclusión. La primera, que la sentencia expresó lo que quería decir y, por tanto, «a sus argumentos habremos de atenernos y no a otros hipotéticos o posibles que no sabemos si el tribunal sentenciador hubiera tenido en cuenta o no». La segunda, que aunque hipotéticamente el Tribunal hubiera basado su condena en dicho bando, la quiebra del principio de legalidad seguiría existiendo ya que el bando era a todas luces ilegal en términos estrictamente jurídicos, al ser redactado por quien, en aquel momento, «carecía de legitimación para ello al existir un Gobierno legalmente constituido “el de la república”, todo ello al margen de cualquier otra consideración política o sociológica».

²⁵⁹ Hace uso el magistrado en este punto del concepto de derecho penal de autor.

derecho –y por tanto fuera del marco normativo de la revisión de sentencias– sino que se está ante una verdadera situación injusta, que motiva, sin ambages, la concesión de la autorización. Lo fundamenta en los siguientes factores:

- a) La implantación y existencia de la revisión penal en nuestro ordenamiento obedece a un imperativo de la Justicia, configurada por el art. 1.1 de la CE, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político como uno de los valores superiores que propugna el Estado de Derecho en el que España, en su virtud se constituye.
- b) Ya que es una exigencia de la más elemental justicia, los motivos en que puede fundarse han sido interpretados extensivamente por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, en algunos supuestos concretos²⁶⁰.
- c) El propio TS se ha pronunciado en este sentido –en sentencia de fecha 30 de noviembre de 1998– mostrándose a favor de una interpretación finalista del recurso de revisión en detrimento de otra más literal para favorecer al reo y evitar así situaciones que pugnan con el más elemental sentido de justicia.
- d) El Alto intérprete constitucional ratifica esta corriente al considerar –en sentencia de 13 de julio de 2004– que «... sin negar que, como tal recurso extraordinario, obedezca a preocupaciones propias del art. 24 de la CE, su existencia especialmente como un imperativo de la justicia, configurada por el art. 1.1 de la CE, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político como uno de los valores superiores que propugna el Estado social y democrático de derecho en el que España se constituye... Es una exigencia de la justicia, tal y como lo entiende el legislador constituyente estrechamente vinculado a la dignidad humana y a la presunción de inocencia».
- e) Por lo anterior, el magistrado considera que, en el tradicional enfrentamiento entre el principio de seguridad y el valor supremo justicia junto con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la prevalencia debe recaer en estos últimos. Y para hacerlo efectivo, el magistrado considera que la vía del artículo 954.4.º de

²⁶⁰ Así, son ejemplos de esa interpretación extensiva la STC n.º 150/97 que amplía el concepto de hecho nuevo, o el auto del mismo tribunal n.º 260/2000. Por su parte, la Sala segunda del Tribunal Supremo también viene interpretando extensivamente el art. 954.4.º de la LECR con la finalidad de remediar la injusticia de situaciones causadas bien porque la extensión de la pena impuesta fue aumentada por la apreciación de una circunstancia agravante que después resultó indubitadamente que no concurría, bien porque una persona fue condenada dos veces por los mismos hechos.

la LECRIM como idónea y como cauce único posible «para evitar situaciones como la denunciada que pugnan con el más elemental sentido de justicia»²⁶¹.

- f) Finalmente, no se pretende realizar una revisión de nuestra historia más reciente sino remediar situaciones anómalas e injustas que repugnan al más elemental sentido de la justicia.

1.3.2. Voto particular que formula el magistrado José Luis Calvo Cabello en relación con el auto de 21 de septiembre de 2006

En este voto particular, el magistrado disidente, además de adherirse al anterior, expone una batería de alegaciones a través de las cuales rechaza los motivos que llevaron a la Sala, mayoritariamente, a denegar la autorización para la continuación del proceso de revisión penal. Motivos que, como ya se han reiterado, se centran en la no aportación de ningún hecho nuevo o prueba distinta que pusiera de manifiesto el error en la sentencia y en que, a pesar de que pudiese haber existido un quebranto del principio de legalidad en la modalidad de tipicidad penal, dicha quiebra no puede ser ventilada mediante el proceso de revisión, extraordinario, autónomo y de interpretación restrictiva.

Pues bien, al igual que en el anterior voto particular, los argumentos pueden ser sistematizados del siguiente modo.

Comienza sus argumentos, indicando que la existencia del mal llamado recurso de revisión no deja de ser un «un imperativo de la justicia, configurada por el artículo 1.1 de la Constitución, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los “valores superiores” que propugna el Estado social y democrático de derecho en el que España, en su virtud, se constituye». Además, recuerda el magistrado, de ser una exigencia derivada del valor justicia, esta se halla estrechamente vinculada tanto a la dignidad humana, tal y como la reconoce el artículo 10 de la CE, como de

²⁶¹ Considera el magistrado que, en el caso concreto, «una sentencia como la que dio lugar a la condena y ejecución, sin base fáctica alguna y en razón a criterios no jurídicos sino ideológicos, vulneradora de la legalidad vigente en el momento de los hechos, al infringir principios básicos –ahora y antes– del derecho penal (como son el de la legalidad de delitos y penas y el de irretroactividad), justifica sobradamente sacrificar un teórico principio de seguridad jurídica que está en la base del recurso de revisión, por el de justicia, sin desnaturalizar por ello la naturaleza de este último que, no olvidemos, es concebido por el Tribunal Constitucional no como un recurso, sino más bien como una vía de impugnación autónoma».

la presunción de inocencia, y su plasmación en el artículo 24 de la CE, en el que se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva²⁶².

Al igual que su compañero, en este voto particular, se afirma que, debido a su naturaleza jurídica derivada del valor justicia, los motivos en que puede fundarse el proceso de revisión han sido interpretados extensivamente por la jurisprudencia constitucional y por la de Sala.

Respecto de la primera, la sentencia 150/97²⁶³ y el auto 260/2000²⁶⁴ son expresivos ejemplos de esa interpretación extensiva, pues ambas resoluciones amplían el concepto de «hecho nuevo» a que se refiere el artículo 954.4º de la LECRIM y, de acuerdo con la doctrina de la Sala 5.ª, también el artículo 328.6 de la LPM²⁶⁵. Así, en la citada sentencia, el TC consideró que el proceso de revisión está diseñado para remediar errores sobre los presupuestos fácticos de la infracción, pero admitía de igual grado que para evitar la muy estricta consecuencia que se derivaría de tal concepción y en atención al principio de legalidad penal, declara que «una sentencia es también un “hecho”, es decir, algo que acontece en el tiempo y en el espacio»²⁶⁶. Se muestra, por tanto, favorable hacia una interpretación me-

²⁶² Según el STC el recurso de revisión es «una exigencia de la justicia, tal y como lo entiende el legislador constituyente, estrechamente vinculada a la dignidad humana y a la presunción de inocencia, por cuanto el factor por el que resultó neutralizada esta en la sentencia cuya revisión se pide, resulta a su vez anulado por datos posteriores que la restablecen en su incolumidad».

²⁶³ Critica el magistrado que de esta sentencia, la mayoría de la Sala «no extrae consecuencia ninguna pese a citarla y resumir su doctrina».

²⁶⁴ En este auto en concreto, se analizaba el recurso de amparo solicitado frente a la inadmisión acordada por la Audiencia Provincial de Valencia del incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la sentencia de la misma Audiencia que condenó al recurrente como autor de un delito de incendio. La nulidad que pretendía e inadmitida se basaba en haber obtenido del Comité de Derechos Humanos de la ONU un dictamen en que se declaraba que el Reino de España había vulnerado derechos civiles garantizados en el pacto de derechos civiles y políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Según el magistrado, lo que verdaderamente interesa en este punto, es la justificación que usó el TC a la hora de motivar la inadmisión del amparo. Expuso que antes de acudir a esta vía, el solicitante pudo «promover la revisión penal prevista en la LECRIM, en tanto el dictamen de la comisión puede ser tenido por un “hecho nuevo” a los efectos de lo dispuesto en el artículo 954.4 LECRIM., en relación con lo declarado».

²⁶⁵ Apostilla el magistrado que aunque el artículo 328.6.º de la LPM se refiere solo a «pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo», la Sala ha entendido con reiteración –sentencias de 14 de julio de 1998, 30 de enero de 2000, 6 de noviembre de 2000 y 13 de mayo de 2003; autos de 4 de junio de 1994 y 14 de julio de 1998– que indirectamente lo hace también a los hechos que mediante ellas resultan acreditados, ya que solo los hechos son objeto de prueba.

²⁶⁶ Simplemente cabe apuntar que en la citada sentencia, en resolución de recurso de amparo, se entendió quebrantado el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, en relación con el principio de legalidad Penal, por haber no haber admitido a trámite, en auto de 12 de julio de 1994 de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, el recurso de revisión

nos restrictiva y más amplia y favorable de los requisitos relativos al proceso de revisión y se apoya, de hecho, en el contenido de la sentencia del TC 111/1993 en la que se declara expresamente, por ser contrarias al artículo 25 de la Carta Magna, aquellas tesis excesivamente formales y rigurosas.

Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el magistrado señala como la Sala 2.^a del Tribunal Supremo también viene interpretando extensivamente el artículo 954 de la LECRIM, en concreto los motivos 1.^o y 4.^o, «con la finalidad de remediar la injusticia de situaciones causadas bien porque la extensión de la pena impuesta fue aumentada por la apreciación de una circunstancia agravante que después resulta indubitadamente que no concurría, bien porque una persona es condenada dos veces por los mismos hechos».

La sentencia de la Sala 2.^a del TS 296/04 estudia la aplicación de la circunstancia cuarta del artículo 954 de la LECRIM en relación a una pena impuesta agravada por la aplicación indebida de la agravante de reincidencia. Ante esta situación, la Sala considera que solo dos opciones pueden ser tenidas en cuenta. La primera implicaría que «desde una interpretación del precepto apegada al texto de la norma y congruente con la naturaleza del recurso extraordinario de la revisión planteada, pudiera sostenerse que tal alegación, referida a que la pena de la primera condena era muy inferior a la necesaria para constituir la base de la aplicación posterior de la reincidencia, pudo y debió ser objeto del juicio en el que resultó condenado y respecto de cuya sentencia se pretende la revisión». La segunda, en cambio, supondría que «desde la perspectiva del recurrente la verdad declarada en la sentencia aparece desvirtuada por un hecho nuevo, que no es otro que el de la acreditación de la sanción realmente impuesta en la resolución constitutiva del antecedente». Esta segunda alternativa procesal es la que acoge el TS en sus fundamentos y, además, la hace extensiva al supuesto en que una persona es condenada dos veces por el mismo hecho.

interpuesto por el recurrente, la cual había sido condenada como autora de un delito del artículo 321.1 del Código penal. La solicitud de la revisión tenía su punto de arranque y su fundamentación básica en la doctrina del Tribunal Constitucional, invocando a su vez la sentencia 111/93, por la cual se había otorgado el amparo en supuesto similar por entender que la condena se había basado en una extensión in malam partem del tipo penal del citado artículo 321.1 de Código penal. La cuestión a resolver consistía, según dice la sentencia del Tribunal Constitucional que se analiza, en determinar «si existiendo ya el recurso previsto en el art. 954 LECRIM resulta constitucionalmente aceptable desde la perspectiva del art. 24.1 CE no considerar como «hecho nuevo que evidencia la inocencia del condenado» la existencia de un sentencia de este Tribunal que proclama que no pueda considerarse acción delictiva ex art. 321.1 CP el ejercicio no colegiado de profesiones que no requieren título académico oficial». Con rotundidad el Tribunal Constitucional afirma que la respuesta a tal cuestión ha de ser negativa.

Como ya se ha apuntado más arriba, estas consideraciones jurisprudenciales invocadas confrontan el rigorismo formal de la norma con la flexibilización de la misma derivada de la más elemental exigencia de justicia. Por su claridad, el magistrado, trae a su razonamiento la argumentación esgrimida por la Sala 2.^a en sentencia de 30 de noviembre de 1998 en la que se analiza la dicotomía entre la interpretación literal y la finalista de la norma. Textualmente, dice así: «el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regla con “números clausus” las posibilidades de entablar este recurso extraordinario de revisión, entre las que, indiscutiblemente, no se hallan los supuestos en los que un mismo agente comisor sea condenado dos veces en distintas sentencias por un mismo delito como es el caso de autos». Tras aplicar la sentencia el artículo 954 de la LECRIM, sin individualizar el motivo concreto, estima el recurso de revisión y anula la segunda sentencia ya que «una interpretación amplia y extensiva del referido precepto procesal [...] es posible cuando se trata de favorecer al reo y evitar así situaciones que pugnan con el más elemental sentido de justicia».

Sin duda, una vez que el magistrado disidente considera que el proceso de revisión puede ser aplicado en aquellas situaciones en la que sea necesario el imperio del valor de justicia, aunque no se cumplan los requisitos formales que la propia ley prevé, solo le queda adherirse a las pretensiones del recurrente, si bien en su adhesión diferencia dos aspectos. El primero lo sitúa en que los hechos no eran constitutivos de delito en el momento de la comisión, lo cual lleva anudada una quiebra, ya indicada, del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad penal. El segundo deriva en que la Constitución Española de 1978 constituye, a todas luces, un hecho nuevo, lo cual implica la necesidad de que la revisión penal entre en escena para restablecer una situación injusta, plasmada en la sentencia que se quiere anular.

Empezando por esta última consideración, el voto particular se hace eco de que el texto constitucional es, en esencia, una norma jurídica pero no un hecho que «debidamente acreditado pueda alterar los que como probados se recogieron en la sentencia objeto de revisión». La discrepancia se centra en dos razones:

- a) La jurisprudencia del TC, ya indicada, considera una sentencia o un dictamen son un hecho nuevo a los efectos revisorios.
- b) La verdadera trascendencia y virtualidad de la Carta Magna como hecho nuevo no radica en su forma y en su naturaleza jurídica de norma de normas, sino en su propio contenido dispositivo. La Constitución incorpora al ordenamiento jurídico un sistema de va-

lores que conforman el sustrato jurídico del mismo. Ese ordenamiento cuyas fronteras rediseña la Carta Magna no tiene un carácter cerrado y hermético, sino que más bien, crea un sistema abierto y fundado en valores que exigen ser constantemente revisados. Uno de esos valores, tal y como lo establece el artículo 1, es la justicia, valor que, por otro lado, no es una mera declaración programática sino que está dotado de verdadero contenido, el cual, en la esfera jurisdiccional, queda plasmado en el concepto de «juicio justo»²⁶⁷.

Así las cosas, el magistrado centra el punto «3.2» de su voto particular en el análisis de concepto «juicio justo». Lo considera como «un conjunto de principios de carácter suprapositivo y supranacional, cuya legitimación es esencialmente histórica, pues proviene –en ello coincide la doctrina– de la abolición del procedimiento inquisitorial, de la tortura como medio de prueba, del sistema de prueba tasada y de la formación de la convicción del juez sobre la base de actos escritos en un procedimiento fuera del control público». El proceso penal, tal y como hoy queda diseñado al amparo de los artículos 24 y 117 de la Carta Magna, engloba una serie de garantías que conforman, en su mayoría, el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Estos, coincidiendo con lo que el mismo artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone, son el derecho a un tribunal independiente, el derecho a ser oído, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a disponer de tiempo y facilidades para la defensa, el derecho a defenderse por sí o por un defensor de su elección, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, el derecho de igualdad de armas y el derecho de acceso a los recursos.

Una vez, por tanto, que quedan marcadas las garantías y derechos que deben concurrir en un proceso penal para que sea catalogado como «justo», el magistrado aplica la tesis previa a los hechos concretos del supuesto revisorio. Sus conclusiones son las siguientes:

²⁶⁷ Textualmente considera el magistrado que «el ordenamiento aparece al servicio y en dependencia de los valores superiores –libertad, justicia, igualdad y pluralismo político–, entre los que la justicia es el prototípico. La justicia no es contemplada en la Constitución como una bella declaración, sino como exigencia, de suerte que ha de realizarse a impulsos del Estado a través del derecho. La justicia aparece como el primer propósito que el legislador constituyente da a conocer, informa el ordenamiento jurídico y tiene una dimensión jurisdiccional que consiste en el derecho de impetrarla de los jueces. El Estado social y democrático no es el mero Estado de legalidad, sino el proyecto de un Estado justo. Y en un Estado justo, siempre inacabado, no tienen cabida las condenas pronunciadas sin un juicio justo. A tal Estado de derecho ha de resultarle intolerable la presencia de condenas pronunciadas abiertamente en contra de la justicia».

- a) El representado por las partes promoventes fue juzgado por un órgano ilegítimo, dependiente y parcial.
- b) Fue juzgado en un proceso sumarísimo²⁶⁸, que era la negación de toda garantía.
- c) El consejo de guerra que impuso la pena de muerte no expuso en su sentencia una sola prueba que pudiera haber fundado su convicción sobre la realidad de los hechos imputados.

Conviene, en este sentido, profundizar en las conclusiones vertidas por el magistrado, haciendo uso de los propios argumentos utilizados en su voto particular.

1. Así, en primer lugar, en lo que atañe a la naturaleza jurídica del órgano «ilegítimo, dependiente y parcial» que enjuició los hechos, los calificó e impuso una pena de muerte, el magistrado otorga la siguiente explicación. Era ilegítimo porque el consejo de guerra mentado era ilegítimo, porque era continuidad de los consejos de guerra creados el 1 de noviembre de 1936 por el Decreto número 55 dictado por el general Franco, que se hallaba al frente de la sublevación contra el gobierno legítimo de la República²⁶⁹.

Era dependiente, ya que los miembros del consejo de guerra, militares todos, no eran independientes de quien tenía el poder absoluto: el 1 de octubre de 1936, el general Franco asumió no solo el mando militar, sino también la Jefatura del Estado, siendo ratificada esa concentración de todos los poderes por la Ley de la Jefatura del Estado de 8 de agosto de 1939. Concluye el magistrado, «ni existía, pues, una independencia jurídica, ni podía negarse la posibilidad de que ese poder absoluto les beneficiara o perjudicara profesionalmente según fueran sus decisiones».

²⁶⁸ JIMÉNEZ VILLAREJO, C.: El Gobierno español tiene que anular las sentencias del franquismo, conferencia leída en el 25 de abril de 2007 en el Centro Cultural Blanquerna de Madrid, y disponible en <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=31927> procedimiento era inquisitivo y bajo el régimen de secreto, sin ninguna intervención del defensor.

²⁶⁹ Considera el magistrado que la ilegitimidad vino a ser reconocida incluso por la Ley de la Jefatura del Estado de 12 de junio de 1940, cuyo breve preámbulo decía así: «Desaparecidas en gran parte las circunstancias que determinaron los Decretos cincuenta y cinco y ciento noventa y uno de primero de noviembre de mil novecientos treinta y seis y veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete, restablecido el Consejo Supremo de Justicia Militar, como asimismo la vigencia del antiguo Código Castrense, y libre el mando de las preocupaciones más perentorias que imponía la guerra, es llegado el momento de volver a la fórmula tradicional en nuestro Ejército de que el ejercicio de la jurisdicción esté unido al mando militar como lo estaba con anterioridad al advenimiento de la República del 14 de abril de 1931 que, llevada de su hostilidad a todo sentimiento auténticamente nacional y de jerarquía, impuso la desintegración de los principios tradicionales de la justicia castrense».

Era parcial porque los miembros de ese consejo de guerra eran partícipes de un nuevo proyecto de Estado y desarrollaban su función sin el necesario distanciamiento²⁷⁰.

2. Al igual que hizo en el auto de 18 de diciembre de 2006, ya comentado, el magistrado considera que el juicio discurrió por los cauces de un proceso sumarísimo, y lo fundamenta en los siguientes aspectos:

- a) El acusado no podía elegir libremente un abogado, sino que debía nombrar como defensor a un militar y, caso de no hacerlo, le era nombrado de oficio.
- b) El nombramiento de ese defensor era posterior a la elevación de la causa a plenario, de suerte que no podía intervenir durante las diligencias sumariales, circunstancia singularmente importante dada la fuerza probatoria –determinante– que estas tenían.
- c) El plazo para preparar la defensa era breve: nunca superior a tres horas.
- d) La sentencia era irrecurrible, adquiriendo firmeza con la aprobación de la autoridad judicial del Ejército, en este caso el capitán general de la Tercera Región Militar, de acuerdo con su auditor.

3. En relación, por último, a la deficiente valoración de la prueba que denuncia el magistrado en el consejo de guerra indicado, considera que en la sentencia cuya revisión se pretenda no queda constancia en sus fundamentos de derecho de haber fundado la condena en prueba fehaciente y válida²⁷¹. De hecho, la sentencia, en su opinión, no contiene más que una serie de imputaciones genéricas, vagas y difuminadas que no permiten concretar a ciencia cierta las vicisitudes fácticas que fueron tipificadas como delito de adhesión a la rebelión²⁷².

Ya para finalizar la argumentación expuesta por el magistrado en su voto particular, se centra en la quiebra del principio de legalidad en su rama

²⁷⁰ Lo prueba el hecho de que en la propia sentencia declara en el relato de hechos probados que el condenado «publicó diversos artículos en contra de la Causa Nacional profiriendo graves insultos contra los generales más representativos del GAN».

²⁷¹ Como ejemplo de lo apuntado, el magistrado muestra como este desinterés por cumplir la elemental exigencia probatoria cuando dice: «[...] con la autoridad que le daba entre sus adeptos [su historial de agitador profesional] formó un Comité revolucionario en dicha ciudad, que si bien no ha podido precisarse que lo presidiera se debe de considerar responsable directo de los asesinatos que se cometieron aunque también por su destacada personalidad e influencia intervino en favor de determinadas personas de derechas».

²⁷² Critica el magistrado, en este punto, a la posición mayoritaria de la Sala en el hecho de que esta considera estas imputaciones genéricas como una simple «imperfección técnica» y que, por el mero hecho de admitirlo, no extrae consecuencia jurídica alguna.

de tipicidad penal, al entender que los hechos no eran constitutivos de un delito de adhesión a la rebelión. Hace uso y se adhiere al voto del magistrado Juanes y muestra su rechazo al criterio de la mayoría de la Sala por el que se otorga validez normativa al bando de la Junta de Defensa Nacional de 28 de julio de 1936²⁷³.

2. AUTO DE 18 DE DICIEMBRE DE 2006: «EL JUZGADO MILITAR ESPECIAL NACIONAL DE ACTIVIDADES EXTREMISTAS»

2.1. Breve referencia al supuesto de hecho

El presente auto de la Sala V del Tribunal Supremo resuelve las pretensiones de las partes legitimadas que interpusieron recurso de revisión con las sentencia de 13 de agosto de 1963 en la causa número 1118/63, seguida por el Juzgado Militar Especial Nacional de Actividades Extremistas, y en la que se condenó a dos personas como autores de un delito consumado de terrorismo, a la pena de muerte, ejecutada. Se solicita la anulación de la sentencia y el recibimiento de declaración a otra persona distinta en la que en documento que se adjuntaba al recurso se atribuía junto con otro la autoría de los hechos por los que fueron ejecutados los representados de los ahora recurrentes.

2.2. Argumentación utilizada por la Sala para denegar la autorización

Comienza la Sala aduciendo el carácter extraordinario, ya apuntado, del mal llamado recurso de revisión, si bien deja constancia de las dos grandes posiciones doctrinales acerca del mismo: la que lo considera un verdadero recurso y la que lo considera como medio impugnatorio, como un procedimiento independiente. Textualmente, la Sala comienza sus fundamentos indicando que «el recurso de revisión, ya se le considere como recurso en sentido estricto o como remedio impugnativo, tiene en todo caso un carácter y una naturaleza extraordinarios».

²⁷³ «Pues bien, considero que, al haber sido dictado por quienes se habían alzado contra el gobierno legítimo de la República, la valoración de dicho bando como instrumento normativo válido para modificar la legalidad vigente lesiona gravemente nuestro Estado de derecho».

Una vez admitido ese carácter extraordinario, se centra en aquellos preceptos constitucionales que sirven de cauce de la revisión penal. Por ello, no solo la exigencia de justicia del artículo 1 de la Carta Magna –sin perjuicio del resto de valores superiores del ordenamiento allí consagrados– sino el propio artículo 9.3 en lo que atañe al principio de seguridad jurídica, son los pilares constitucionales sobre los que debe asentarse un procedimiento que se sale de los cauces reglados y ordinarios del proceso ordinario y común²⁷⁴.

No escapa a la Sala la delimitación del núcleo esencial del proceso de revisión penal: la confrontación dialéctica entre la verdad material y la verdad formal. Dicho enfrentamiento no es considerado con un carácter absoluto e ilimitado sino que el propio principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 le sirve como freno, puesto que no se puede decidir de nuevo sobre unos hechos que ya han sido enjuiciados.

Continúa el razonamiento de la Sala reseñando que ante la pugna entre verdad formal y verdad material siempre se debe resolver a favor de un simple criterio de justicia, pero, obviamente, no siempre y en todos los casos. Afirmar lo contrario, echaría por la borda la importancia del valor preclusivo de la cosa juzgada y afectaría peligrosamente al principio de seguridad jurídica. Solo, por tanto, en aquellos casos concretos y específicos previstos en la LECRIM o en la LPM, siempre sometidos a criterios de interpretación estrictos se podrá poner en funcionamiento el proceso de revisión penal de sentencias firmes.

En el caso concreto, el motivo que sirve de inicio de la revisión penal es el recogido en el número 6 del artículo 328 de la Ley Procesal Militar, y a través del cual se pide la anulación de la sentencia dictada el 13 de agosto de 1963, en el procedimiento sumarísimo 1118/63. Dicho número establece que procederá la revisión «cuando después de dictada sentencia condenatoria se conociesen pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas».

De cualquier manera, el primer paso procesal que debe ser acometido al respecto es la denegación o la concesión de la autorización para la interposición de la revisión penal, en aplicación de lo dispuesto en

²⁷⁴ Considera la Sala que la existencia de la revisión penal «se presenta esencialmente como un imperativo de la Justicia, configurada en el artículo 1.1 de la Constitución, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los valores superiores que propugna el Estado social y democrático de derecho en el que España, en su virtud, se constituye», apoyándose para ello en la STC 124/1984, de 11 de diciembre. Como se puede apreciar este argumento es constantemente repetido en los votos particulares disidentes contra el auto de denegación de autorización para la interposición de la revisión penal.

los artículos 336 de la LPM en concordancia con los artículos 957 y siguientes de la LECRIM. Para ello, se deben examinar los argumentos y la razonabilidad de la pretensión, lo cual aplicado al caso no era otra cosa que determinar la eficacia de la prueba propuesta por los recurrentes, es decir, la declaración de aquel que reconocía la autoría de los hechos. Según el Tribunal «no podemos olvidar que las nuevas pruebas (elementos de prueba, dice el art. 954.4.^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), además de ser trascendentes, han de estar indubitadamente acreditadas, pues servirán, en su caso, para poder fundamentar la anulación de una sentencia firme, que de ellas, necesaria y consecuentemente, se derivará por evidente error del fallo». Además la Sala explicita que la causa original no estuvo exenta de material probatorio en el que se basó la condena impuesta.

Posteriormente, la Sala, siguiendo la argumentación mantenida por el Ministerio Público, arguye que la sentencia cuya revisión se pretende fue dictada «de acuerdo con la legislación sustantiva y procesal entonces vigente; aunque indudable y afortunadamente nuestro proceso penal, a partir de la Constitución de 1978 y de la doctrina que en aplicación de dicha Carta Magna ha ido estableciendo la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, resulte más garantista que la vigente en el momento en que sucedieron los hechos y sin perjuicio de que las garantías y los derechos fundamentales que establece la Constitución de 1978 no sean aplicables al momento en el que se sustanció el proceso y se dictó la sentencia impugnada, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su auto de 25 de mayo de 2004». Por tanto, la Sala se inclina por otorgar plena validez y efectividad normativa a aquella regulación que en el momento de los hechos se impugnaba. No se puede, por ello, intentar una aplicación retroactiva de una normativa que en el momento en que sucedieron los hechos no estaba vigente.

Apuntala, aún más, esta conclusión la Sala al recordar en este punto que el objetivo último de la revisión penal –como ya se ha indicado con anterioridad en este trabajo– no es el de enjuiciar de nuevo unos hechos o volver a valorar la prueba practicada. No es, en suma, una nueva instancia penal, en la que los hechos puedan ser valorados conforme a los principios constitucionales y la legislación complementaria y de desarrollo. Se trata en cambio de un proceso cuyo fin es el de «verificar si, a la vista de las pruebas aportadas por los recurrentes, cabe obtener la conclusión de la injusticia de la sentencia cuya revisión se pretende, porque concurre alguna de las causas expresamente recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o, en este caso, en la Ley Procesal Militar».

Una vez expuestos todos los argumentos anteriores, el fundamento de derecho octavo del auto comentado se centra en la exigencia de la previa autorización para interponer el proceso de revisión, autorización que, por otro lado, obliga a la Sala a valorar la existencia de una «elemental razonabilidad de la pretensión y su aparente encaje con el motivo o motivos aducidos para promover el recurso»²⁷⁵.

Obviamente, el trámite de la autorización es trascendental para el desarrollo del proceso de revisión por lo que obliga al órgano judicial a ser especialmente cauteloso y a actuar con mesura debida. El propio auto lo considera en estos términos: «La cautela del trámite de autorización tiende a mantener el equilibrio necesario entre las exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica preservando este último valor que deriva de la intangibilidad de las sentencias firmes, pues mediante dicha fase de autorización del recurso se verifica la imprescindible racionalidad del fundamento revisorio, lo que entraña por sí una concreta manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva en lo que constituye su contenido básico de acceso a la jurisdicción»²⁷⁶.

Concluye la Sala en denegar la autorización en tanto que las pruebas practicadas por los testigos propuestos no alcanzan la virtualidad exigida por el apartado 6.º del artículo 328 de la LPM como para sustentar un motivo de revisión penal. De ellas no se deriva que la sentencia invocada sea errónea. La Sala indica que «los testigos no nos ofrecen credibilidad, ni sus relatos -considerados individualmente o en su conjunto pueden reputarse verosímiles, sin que tampoco se haya aportado prueba real alguna que pudiera acreditar mínimamente la participación material... en la realización de los hechos, por lo que no aprecia la Sala la necesidad o conveniencia de realizar nuevas diligencias». Por ello, finalmente, la Sala deniega la autorización por carecer de fundamento la pretensión deducida.

2.3. El voto particular de los magistrados don José Luis Calvo Cabello y don Ángel Juanes Peces

En el voto particular planteado por los magistrados citados al auto objeto de análisis se deja constancia, en primer lugar, de algunos argumentos con los que coinciden en el planteamiento mayoritario, y, en segundo

²⁷⁵ También fue objeto de análisis en los autos de 3 de mayo y 20 de junio de 2006.

²⁷⁶ Invoca en este sentido el auto de 8 de mayo de 2001 y sentencia 240/2005, de 10 de octubre, del Tribunal Constitucional.

lugar, de todos aquellos aspectos en los que divergen con la Sala. El núcleo, por ello, del voto particular se centra en que nunca se debería de haber negado la autorización previa para plantear el procedimiento de revisión.

Respecto a los razonamientos coincidentes, los magistrados consideran que, efectivamente, la existencia de la revisión penal es un imperativo de la Justicia, configurada en el artículo 1.1 de la Constitución y que el conflicto que la revisión plantea entre la justicia y el principio de seguridad jurídica «ha de resolverse –especialmente en el orden penal– primando el valor Justicia y derogando puntualmente el principio preclusivo de la cosa juzgada».

Respecto a los razonamientos divergentes, reitero que la esencia del voto particular reside en que no se debería de haber negado la autorización para seguir con el proceso revisorio por los cauces legalmente marcados. Sistematizaré los argumentos presentados del siguiente modo:

En primer lugar, los magistrados establecen como premisa de sus razonamientos la importancia de fijar el alcance y el contenido de la revisión penal y la virtualidad de la autorización previa que exige el artículo 957 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comienzan aportando una remisión expresa a la normativa reguladora de la revisión penal tanto la de los artículos 954 a 961 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como la de los artículos 328 a 336 de la Ley Procesal Militar y afirman, en este sentido, que dicha revisión no es más que un medio extraordinario para rescindir sentencias firmes de condena, injustas, que, aunque denominado recurso, verdaderamente no lo es.

Destaca en cuanto al objetivo de la revisión penal que este «no es determinar si existe o no alguna causa o motivo que invalide la sentencia, sino exclusivamente si, a la vista de las circunstancias que no fueron tenidas en cuenta por el juzgador, la sentencia debe rescindirse por ser esencialmente injusta». Una vez admitido su fin, recuerdan que la revisión penal no es un recurso propiamente dicho sino que, más bien, se trata de un verdadero proceso²⁷⁷ tendente a la rescisión de las sentencias que sean, por un lado, condenatorias y, por otro lado, manifiestamente injustas. Ataca, sin duda, al principio procesal de la cosa juzgada en tanto que la sentencia –como acto humano– es susceptible de error «máxime cuando las características de los consejos de guerra y de los procesos sumarísimos suprimían toda garantía».

²⁷⁷ Textualmente recoge el voto particular que «la revisión es una acción independiente que da lugar a un proceso cuya finalidad es la señalada: rescindir sentencias condenatorias injustas».

Según los magistrados, el proceso de revisión penal ha sido establecido por el legislador con el ánimo de evitar la existencia de sentencias injustas que se han mantenido en el tiempo haciendo uso del principio de seguridad jurídica en su sentido más estricto. Dicho principio debe ser coonestado con el de justicia que «en ocasiones se olvida». De este modo sitúan la presencia de dos tesis contrapuestas en relación con la naturaleza jurídica de la revisión penal.

La más estricta, por la cual se defiende a ultranza el principio citado de seguridad jurídica y se mantiene hasta sus últimas consecuencias, pasando por encima, incluso, de sentencias dictadas en su tiempo y que son manifiestamente injustas, en aras de dicha seguridad jurídica. Los partidarios de esta tesis «llegan a admitir que la injusticia de la sentencia firme se compensa por la utilidad pública que proporciona un sistema cuyo eje principal es dicha seguridad».

La segunda tesis, la más proclive al valor justicia, considera que la revisión penal tiene su razón de ser en este principio fundamental de todo ordenamiento y que la debida medida entre este y el principio de seguridad jurídica, justificaría la existencia de una revisión penal con un proceso tasado y para supuestos concretos. «En nuestra opinión», consideran los magistrados en relación con la tesis estricta, «tal postura olvida que, en un Estado democrático como el establecido por la Constitución Española, es obligado buscar remedios para los problemas que afecten a los valores que ella propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico: la libertad, la justicia y la dignidad de la persona, relegando las construcciones formales con las que se defiende preferentemente el principio de seguridad».

Una vez que los magistrados se sitúan a favor de la segunda de las tesis planteadas, consideran que los requisitos de aplicabilidad de la misma pasan por el respeto y adecuación a los valores constitucionales, y con especial mención al valor justicia. Por ello, los motivos que permitan acceder al proceso revisorio no deben ser interpretados desde una óptica restrictiva sino, al contrario, de un modo más laxo y amplio, «como han hecho el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en las sentencias que analizamos en nuestros votos particulares de 6 de julio y 16 de octubre de 2006».

Refieren en este sentido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido que, en reiteradas ocasiones, la orientación de la revisión penal se dirige a «hacer prevalecer frente a los efectos de una sentencia o resolución firme sustentada en una verdad formal y legal, la auténtica y plena verdad material real y extraprocesal». Del mismo modo, el alto intérprete constitucional, se inclina a favor del valor justicia en su pugna con el prin-

cipio de seguridad jurídica. Lo ha hecho en estos términos: «sin negar que, como tal recurso extraordinario, obedezca a las preocupaciones propias del art. 24, su existencia se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, configurada por el art. 1.1 de la CE, junto a la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, como uno de los valores superiores que propugna el Estado Social y Democrático de Derecho en el que España se constituye. Es una exigencia de la justicia, tal y como la entiende el legislador constituyente, estrechamente vinculada a la dignidad humana [...]»²⁷⁸.

En relación con el ya anunciado carácter de proceso y no de verdadero recurso de la revisión penal, los magistrados invocan al TC para ratificar el carácter autónomo del recurso de revisión. Así, la STC de 13 de julio de 2004, establece que «pese a que la LECR y la LPM califiquen la revisión como un recurso, como afirmábamos en la STC n.º 150/97 de 29 de septiembre, FJ 3.º, “en puridad no estamos ante una reivindicación relativa al acceso a los sucesivos recursos... sino que se trata más bien de una vía de impugnación autónoma que, a los efectos del problema de constitucionalidad que nos corresponde enjuiciar, se aproxima más al acceso de jurisdicción que al del acceso a los recursos”».

Una vez que se residencia en sede del TC la denegación de la autorización exigida para la interposición de la revisión penal, la labor de dicho órgano no debe centrarse en controlar la existencia o no de motivación o la razonabilidad de la decisión, puesto que como recoge el TC «aquí opera el principio pro actione, entendido como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o

²⁷⁸ Completan esta aportación los magistrados indicando que el TC en sentencias 124/84 y 150/97 precisó que «... el fin del proceso penal como medio para la fijación de la verdad de los hechos y de su consiguiente tratamiento legal, no puede conducir a que el efecto preclusivo de la sentencia condenatoria pueda prevalecer...». También añaden una referencia al derecho comparado donde, según los magistrados, «se observa una tendencia a la ampliación de los motivos de revisión a fin de hacer frente al escándalo que supone el mantenimiento de una sentencia condenatoria injusta, preservando así el valor justicia. Es el caso de Alemania. La Ley de Rehabilitación e Indemnización de las víctimas de resoluciones penales contrarias al Estado de Derecho, de 29 de octubre de 1.992, articula un procedimiento específico de revisión de las sentencias y resoluciones penales dictadas por los Tribunales de la República Democrática de Alemania entre el 8 de mayo de 1945 y el 2 de octubre de 1990 contrarias a los principios esenciales de un orden jurídico de libertad, estableciendo como motivos de revisión: a) La vulneración de un orden jurídico de libertad, en especial si la sentencia tenía como objetivo la persecución política, lo cual se presume en función del tipo de norma aplicable. b) La existencia de una desproporción manifiesta entre los hechos y las consecuencias jurídicas».

por cualquier otra razón, revelan una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican»²⁷⁹.

Además, en el voto particular se recuerda, conforme a la doctrina jurisprudencial del TC, el derecho de acceso a la jurisdicción conforma uno de los pilares esenciales del más amplio de defensa, tal y como queda diseñado en el artículo 24 de la CE²⁸⁰. En STC 38/98 se calificó como «la sustancia medular y el contenido esencial» del citado artículo y es por ello por lo que los magistrados consideran que se ha de ser especialmente cauteloso a la hora de autorizar o denegar el acceso a la revisión penal. A la hora de llevarlo a cabo, se debe utilizar «un test potencialmente muy incisivo como es el de proporcionalidad, por medio del cual el Tribunal Constitucional ejerce un control muy intenso sobre aquellas resoluciones de inadmisión que, como la que no compartimos, suponen una clara desproporción entre el valor justicia y las exigencias de orden probatorio en que se apoya».

Así, la autorización tiene como función, precisamente, el actuar como cautela procesal, intentando coherente las exigencias del principio de seguridad jurídica y el principio de justicia. Pero, yendo más allá en el razonamiento, esta autorización debe centrarse en la valoración jurisdiccional de si existe o no causa suficiente para poder encuadrar los hechos en alguno de los supuestos en los que las leyes procesales establecen o permiten el acceso al proceso de revisión. Discrepa abiertamente el voto particular con la resolución de la Sala en este punto, puesto que considera que esta no debería haber valorado si existían o no pruebas indubitadas suficientes que evidencien el error del fallo. En su lugar, la Sala debería de haberse pronunciado acerca de si hay una base *prima facie* bastante para dar curso a la revisión, pues «de lo contrario, en contra de las previsiones legales, se solaparían ambos trámites: el de la autorización del recurso y el de su formalización».

Con todo lo anterior, los magistrados consideran que la Sala debería, en este estadio procesal, haber valorado si existía o no base suficiente para la formalización del recurso de revisión. Así, una vez autorizado el mismo,

²⁷⁹ Añaden los magistrados a la anterior cita que «Las consecuencias de configurar al recurso de revisión como una vía más de acceso a la Jurisdicción son varias, entre ellas, y muy singularmente, la aplicación del principio *pro actione*, en virtud del cual, tal como indica el Tribunal Constitucional en la última sentencia citada, la tutela judicial efectiva no consiste solo en una prohibición de inmunidad frente al control judicial, sino también en un deber positivo de interpretar y aplicar las leyes, en especial las procesales. Así dicho principio implica, en palabras del Tribunal Constitucional, evitar aquellas decisiones de inadmisión que, como la adoptada por la Sala mayoritariamente, “revelan una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican”».

²⁸⁰ En este sentido, SSTC números 16/99, 19/99 y 84/00.

ya se decidiría acerca del carácter indubitado o no de las pruebas. En este punto puede surgir la duda respecto a qué criterios son los que se deben manejar para autorizar o no la interposición del recurso. Los propios magistrados consideran que, partiendo de exigencias constitucionales, deberá hacerse «de la forma más favorable posible para la efectiva iniciación del proceso, al configurarse el recurso de revisión como una vía más de acceso a la jurisdicción y al no poder ser interpretada la exigencia de autorización previa –porque como cautela que es dificulta dicho acceso– de forma rigurosa o formalista».

En opinión de los magistrados sí existe base suficiente para la incoación del proceso revisorio toda vez que, según su fundamentación, no existieron contradicciones en las declaraciones de los condenados y, por ello, los testimonios aportados gozan de suficiente credibilidad. Achacan a la Sala que en el caso de haber observado la existencia de contradicciones, deberían de haber citado nuevamente a los implicados para que se ratificaran o no en sus declaraciones y pudiesen esclarecer esas contradicciones y no, simplemente, limitarse a exponer que por haber habido contradicciones los testimonios aportados por los promoventes del recurso «no nos ofrecen credibilidad, ni sus relatos –considerados individualmente o en su conjunto– pueden reputarse verosímiles».

En el punto octavo del voto particular, los magistrados consideran, tajantemente, que los dos condenados en la sentencia de marras lo fueron por un proceso injusto. Rechazan, por ello, la consideración mayoritaria de la Sala por la cual se consideraba que el procedimiento no se hallaba «huérfano de toda prueba respecto a la participación de los condenados en los hechos». La consideración de lo que debe ser un juicio justo pasa, según el razonamiento del voto particular, por la existencia de una serie de principios «de carácter suprapositivo y supranacional, cuya legitimación es esencialmente histórica, pues proviene –en ello coincide la doctrina– de la abolición del procedimiento inquisitorial, de la tortura como medio de prueba, del sistema de prueba tasada y de la formación de la convicción del juez sobre la base de actos escritos en un procedimiento fuera del control público». En concreto enumeran los siguientes:

- Derecho a un tribunal independiente.
- Derecho a ser oído.
- Derecho a la presunción de inocencia.
- Derecho a ser informado de la acusación.
- Derecho a disponer de tiempo y facilidades para la defensa.
- Derecho a defenderse por sí o por un defensor de su elección.

- Derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo.
- Derecho de igualdad de armas.
- Derecho de acceso a los recursos.

La plasmación concreta de estos principios al caso concreto en el que se basa el proceso de revisión analizado, arroja las siguientes consideraciones que justifican, bajo el prisma de los magistrados, que los condenados lo fueron a través de un procedimiento radicalmente injusto. La primera de esas consideraciones, en relación con el órgano sentenciador, se centra en que fueron juzgados por un órgano dependiente y parcial, remitiéndose en este punto a los votos particulares de 6 de julio y 16 de octubre de 2006. En segundo lugar, en relación con la garantía a la asistencia letrada, en tanto en cuanto a los acusados no se les ofreció la posibilidad de elegir libremente un abogado de su elección, sino que debían nombrar como defensor a un militar y, caso de no hacerlo, les era nombrado de oficio.

Además, este nombramiento fue llevado a cabo en el momento de la elevación de proceso a la fase de plenario, lo que provocó que los condenados carecieran de asistencia letrada durante las diligencias sumariales, a lo que habría que sumar, sin duda, que el plazo de preparación de la defensa era simplemente de tres horas, insuficiente a todas luces. Por último, en relación con la sentencia, esta era irrecurrible, adquiriendo firmeza con la aprobación de la autoridad militar, que en este caso, era el capitán general de la Primera Región Militar, con el informe favorable de su auditor. Una vez detectadas las mencionadas insuficiencias procesales, los magistrados, a lo largo del punto 9 de su voto particular, individualizan las deficiencias procesales del proceso mismo, alegando, entre otras, que en la sentencia del consejo de guerra no se hizo mención alguna a las pruebas de las que se habían valido para condenar a muerte.

Una vez expuestos los argumentos disidentes de los mayoritarios de la Sala, los magistrados concluyen en que se ha vulnerado el principio de defensa en su vertiente de acceso a la jurisdicción por haber bloqueado dicho acceso en el trámite de autorización previo sin que, por tanto, se haya dado opción procesal a los representantes de los condenados a desplegar aquellas diligencias probatorias y argumentos de todo tipo en los que basar su pretensión revisoria²⁸¹.

²⁸¹ Consideran que la Sala «ha incurrido en irregularidades esenciales vulneradoras del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción», ya que, por un lado debería de haber valorado las pruebas aportadas, ya que, lo contrario, no solo se opondría a la lógica sino que, afectaría, a la indefensión, tanto material como formal, prohibida en el texto constitucional.

3. EL AUTO DE 9 DE JULIO DE 2007: EL «ACTA-SENTENCIA»

3.1. Breve referencia al supuesto de hecho

El auto de 9 de julio de 2007, en resolución del recurso de revisión 89/2006, interpuesto por parte legitimada contra el «acta-sentencia dictada por el Juzgado eventual de la Plaza de Melilla», Circunscripción Oriental, el 23 de julio de 1936, que condenó al representado por dicha parte a ser pasado por las armas, y que fue ejecutado el mismo día.

3.2. Argumentaciones esgrimidas

En primer lugar, la Sala hace referencia a una serie de consideraciones genéricas, en relación con el concepto y la naturaleza jurídica del proceso de revisión, a la luz de lo así considerado por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Como denominador común, comienza recordando que el recurso extraordinario de revisión no es un auténtico recurso, «sino una acción de impugnación autónoma cuya finalidad, en el ámbito penal, es la de rescindir una sentencia firme e injusta recaída en un proceso distinto y anterior, definitivamente terminado»²⁸². Admitida, por tanto, la consideración del recurso de revisión como un medio de impugnación extraordinario, la Sala señala que en la esfera penal, este proceso de revisión, tiene dos peculiaridades. Por un lado, se dirige a la rescisión de una sentencia penal condenatoria firme, constituyendo por ello una excepción a su intangibilidad. En segundo lugar, lo hace a través de la reivindicación de la inocencia de quien resultó firmemente condenado²⁸³.

Dos son los motivos argüidos por las partes promoventes:

²⁸² Complementa esta afirmación con lo dispuesto en la STC 70/2007, de 16 de abril que reconoce que el recurso de revisión «no es un recurso en su sentido más habitual de mecanismo procesal dirigido a la reforma o a la anulación de una resolución judicial que por esta posibilidad aún no deviene firme, sino “más bien de una vía de impugnación autónoma” (sentencias 150/97, de 29 de septiembre; 123/2004, de 13 de julio; 240/2005, de 10 de octubre y 59/2006, de 27 de febrero)».

²⁸³ Como justificación de ello, la Sala precisa que mientras que la consideración constitucional de este proceso hace que el acceso al mismo forme parte del derecho de acceso a la jurisdicción, de contenido constitucional más riguroso que el derecho de acceso al proceso (STC 240/2005, de 10 de octubre), «su finalidad de impugnación de una sentencia firme y con ello su afectación a la seguridad jurídica lo configura como un mecanismo excepcional que admite la tasación de sus causas y su sometimiento a condiciones de interposición estrictas». Invoca, junto a la citada, las sentencias 124/1984, de 18 de diciembre, y 240/2005, de 10 de octubre; también, sentencias 150/1997, de 29 de septiembre; 123/2004, de 13 de julio; y 59/2006, de 27 de febrero.

- Consideran como «hecho nuevo», a los efectos de aplicación de los artículo 328 de la LPM en relación con el artículo 954 de la LECRIM, el acta-sentencia de 23 de julio de 1936 por el que se condenó, y así se cumplió ese mismo día, a ser pasado por las armas al representado por la parte legitimada. En concreto, porque en este acta-sentencia «no consta ninguna de las garantías mínimas de un juicio justo no solo con respecto a las normas de nuestra actual Constitución Española, sino las del mínimo respeto del Convenio Europeo de Derechos Humanos o incluso la de la legislación militar del momento»²⁸⁴.
- Entienden, en segundo lugar, que el ámbito de aplicación del recurso de revisión debe extenderse a la rescisión de aquellas sentencias firmes condenatorias resultantes de procedimiento donde «forma del proceso y la ejecución del mismo, se realizaron sin ninguna garantía de los derechos fundamentales (que ostentaban) como personas a un juicio justo y con al menos aquellos requisitos necesarios, para garantizar la legitimidad dentro del procedimiento de las leyes internacionales».

La invocación de los motivos expuestos por la parte legitimada para la interposición del recurso de revisión hace necesaria la consideración, más concreta y detallada, de la aplicación retroactiva del texto constitucional. En un sentido estricto, el TC ha reconocido que de la norma de normas, la Constitución Española, no puede derivarse una aplicación retroactiva en grado máximo y, por ende, aplicable a todas las situaciones jurídicas nacidas y agotadas antes de la entrada en vigor de la misma²⁸⁵.

La Sala invoca su propio auto de 5 de julio de 2007 en el que se dejaba constancia de que la Constitución no posee carácter retroactivo en esta materia y el Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1980, en relación con la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional, fijó el 15 de julio de 1980, como fecha en la que empezaron a correr los plazos para promover los recursos contra actos anteriores a la misma que no hubieran agotado sus efectos.

²⁸⁴ Véase PULIDO QUECEDO, M.: ¿Puede considerarse «hecho nuevo» una STEDH a los efectos de recurso de revisión penal?, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 16, 2005, pp. 9-12 y ARANGÜENA FANEGO, Revisión penal y ejecución de las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos, *La reforma de la justicia penal: aspectos materiales y procesales* / coord. por Coral Arangüena Fanego, Angel José Sanz Morán, 2008, pp. 338-385.

²⁸⁵ Véase STC 35/1987.

Por ello, en el caso concreto, la Sala considera que como requisito previo y esencial del proceso revisor es determinar cuál ha sido la sentencia firme penal condenatoria, cuya revisión se pretende. De ello se infiere que no pueda deducirse legitimidad para la revisión «en relación con decisiones judiciales que no sean sentencias firmes (auto de la Sala segunda de este Tribunal Supremo de 1 de mayo de 2001) y, menos aún, respecto de actos o actuaciones que no cumplan ninguna de ambas condiciones y resulten por ello ajenas al ámbito judicial, en el que han de ser tenidas como inexistentes y carentes de toda virtualidad jurídica». Con estos argumentos, la Sala considera que debe constatar en primer lugar si las actuaciones en cuestión pertenecen a algún procedimiento judicial, si se han llevado a través de algún proceso, «aunque fuera imperfecto o irregular» matiza la Sala, y que haya finalizado en una resolución jurisdiccional con forma de sentencia²⁸⁶.

De ahí que la siguiente cuestión que cabe ser planteada es si el Acta por el cual fue ejecutado el capitán de Infantería tiene la consideración de sentencia dictada en un proceso penal. La Sala considera tajantemente que no y, por ello, que no procede entrar en la revisión penal de una sentencia firme, si no hay sentencia firme. Se trata, tal y como mantiene la Fiscalía Togada, de una «constatación escrita de una actuación realizada al margen de cualquier procedimiento judicial previsto en la legislación vigente en el momento en que dicho documento se gestó y sin que los que lo suscribieron trataran de dar a su actuación cobertura legal alguna, que ni siquiera intentaron, pues ni en dicha “acta”, ni en toda la documentación que la precede hemos podido encontrar mención a cualquier precepto del Código de Justicia Militar vigente en el momento en el que acaecieron los hechos, que diera cobertura siquiera aparente a lo que realmente constituyó una actuación antijurídica realizada al margen de cualquier legalidad»²⁸⁷.

²⁸⁶ La propia Sala otorga preferencia a este factor sobre el respeto de las más mínimas garantías y derechos del afectado. Concretamente, lo expone del siguiente modo: «No se trata por consiguiente de establecer si en las actuaciones que se realizaron y en la decisión que se acordó se respetaron los derechos del afectado, sino de constatar si, en el caso presente se siguieron unas actuaciones susceptibles de ser calificadas como judiciales y por tanto configuradoras de un proceso».

²⁸⁷ De hecho la denominada acta se limita a recoger por escrito la reunión, celebrada en Melilla el 23 de julio de 1936 en el despacho del jefe de la Circunscripción Oriental, de catorce jefes militares y en la que, después de manifestarse por los reunidos que lo hacen con la finalidad de «juzgar la acción antipatriótica, antimilitar y disolvente ejercida por el capitán de infantería D. Eduardo, tanto con anterioridad como con posterioridad al momento histórico del diez y siete del actual», y «previa lectura y estudio minucioso de los antecedentes e informaciones instruidas a tal fin», acuerdan por unanimidad –sin llegar a concretar la imputación de delito alguno– que «dada la gravedad de los cargos que se le prueban,

De todo lo anterior se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Ni en el Acta ni en la «información urgente», se invoca precepto alguno del entonces vigente Código de Justicia militar de 27 de septiembre de 1890, en el que se pudieran encasillar los hechos atribuidos al condenado como constitutivos de delito alguno de los allí tipificados.
- No se cumplió, en ningún momento, ningún trámite procesal de los reglados en ese mismo código, ni en lo que atañe a la instrucción de un sumario, artículo 397 y siguientes, ni en lo que atañe al procedimiento sumarísimo, artículo 649 y siguientes.
- Las partes que deberían de haberse personado, en el supuesto de que el enjuiciamiento de los hechos se hubiese llevado por alguno de los cauces antes reseñados, no tuvieron participación alguna. No intervino ni el ministerio fiscal, ni se le otorgó garantía de asistencia letrada, bien a través de un oficial auditor o un letrado como asesor jurídico de los miembros de un Consejo de Guerra.
- No consta en las actuaciones, ni siquiera, que el capitán condenado fuese oído por quienes suscribieron el acta y que le fuera comunicada la resolución finalmente adoptada.

En suma, en atención a los fundamentos desglosados, la Sala considera que se está frente a un «acto de fuerza de extrema violencia, enmarcado en unas actuaciones que ni tan siquiera pueden ser calificadas de simulacro judicial, y en las que en ningún momento se valoraron jurídicamente los hechos subsumiendo la conducta del ejecutado en algún tipo penal». Por ello, concluye que las actuaciones ya referenciadas no siguieron ningún cauce procesal, la resolución finalmente adoptada no tuvo la consideración de sentencia, puesto que fue el resultado de una actuación ética y jurídicamente reprobable, por quienes carecían de legitimación alguna para acordarla. No cabe, por ello, la revisión penal de sentencia firme condenatoria ya que, en puridad, no ha habido dicha sentencia.

sea pasado por las armas, para ejemplaridad y castigo de su desleal conducta». Todo ello por serle imputado al citado capitán –insisto sin concreta imputación alguna conforme a los tipos delictivos del Código de Justicia Militar vigente en aquel momento– distintas actuaciones contrarias al levantamiento militar que se produjo en la ciudad de Melilla el 17 de julio de 1936. Se añade que a este acta quedaban adjuntada una «información urgente» en las que se añaden una serie de declaraciones recibidas el mismo día, realizada por un coronel, al que se le atribuye el carácter de juez, «pero sin que conste ni la razón de tal atribución, ni cualquier fundamento legal de su actuación».

Así, aplicando esta situación fáctica a la doctrina ya reiterada de la revisión penal, lleva a la Sala a inadmitir *a limine* las pretensiones de las partes que promovieron el recurso de revisión. Estas consideraciones de derecho llevadas a cabo por la Sala, no fueron compartidas por la totalidad de sus miembros, redactando dos de ellos un voto particular conjunto en el que se muestra en desacuerdo con los argumentos que se han expuesto en los párrafos anteriores. Procede, de este modo, analizar el citado voto particular.

3.3. ARGUMENTACIÓN ESGRIMIDA EN EL VOTO PARTICULAR DE LOS MAGISTRADOS

En primer lugar, los magistrados discrepantes exponen una serie de hitos procesales que consideran esenciales a la hora de establecer sus argumentos contrarios a los adoptados por la mayoría de la Sala. Son los siguientes:

1.º. Que el 22 de julio de 1936 se incoó una causa sumarísima contra el capitán de Infantería D. Eduardo.

2.º. Que para instruirla fueron nombrados un juez y un secretario.

3.º. Que previamente se llevó a efecto una información urgente realizada por un coronel al que se le atribuyó el carácter de juez, sin que conste ni la razón de tal atribución, ni cualquier fundamento legal de su actuación.

4.º. Que en la mencionada causa sumarísima no fue oído el condenado (únicamente lo fue en la previa información urgente), ni tampoco intervino de conformidad con las normas procesales vigentes (*Código de Justicia Militar de 27 de septiembre de 1890*) el ministerio fiscal, ni actuó oficial auditor o letrado alguno.

5.º. Que no se celebró vista, ni en consecuencia, se practicó ninguna prueba.

6.º. Que los diecisiete militares reunidos el 23 de julio de 1936 actuaron como componentes de un consejo de guerra, no constando su nombramiento ni cualquier otro fundamento legal de su actuación.

7.º. Que los militares integrantes de ese aparente consejo de guerra resolvieron por unanimidad pasar por las armas a D. Eduardo.

Una vez reseñadas las precedentes conclusiones, solo cabe analizar si se está ante un acto de «extrema violencia» tal y como la Sala considera o, en cambio, se está ante un verdadero proceso judicial que finalizó con la condena a muerte del citado capitán. Como ya se ha indicado, los magis-

trados discrepan del parecer mayoritario de la Sala en tanto que consideran que hubo una causa penal incoada, con juez y secretario, y con un consejo de guerra que enjuició la conducta y que decidieron por unanimidad condenarlo a muerte²⁸⁸.

Una vez admitida en su argumentación que existió proceso judicial, el siguiente paso en la esta es dilucidar si verdaderamente existió una sentencia firme, resolución por la que se hubiera puesto fin a dicho procedimiento penal. Los magistrados consideran que si bien no se dictó una sentencia en el sentido formal sí que se dictó en el sentido material²⁸⁹.

En consideración a lo anterior, la siguiente cuestión a analizar es si esa sentencia material, no formal, puede ser revisada conforme a los cauces de los artículos tantas veces citados de la LECRIM y de la LPM. Los magistrados responden en sentido afirmativo y lo hacen aplicando la teoría de los actos procesales nulos de pleno derecho.

Dicha teoría parte de los artículos 238 y 240.1.º de la LOPJ. En virtud de ellos, aquellos actos judiciales que se hayan dictado con manifiesta falta de jurisdicción y con inobservancia de los trámites esenciales de un proceso son nulos de pleno derecho. Esta nulidad debe hacerse valer a través de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate y por los demás medios marcados por las leyes procesales. Consideran los magistrados que la nulidad de un acto procesal en el que no se han respetado

²⁸⁸ En el propio voto particular, los magistrados coinciden con el criterio de la Sala de considerar que el procedimiento judicial fue irregular y al margen de cualquier garantía procesal por mínima que fuera. Ahora bien, abogan a favor de la existencia de un proceso judicial en tanto que se «diligenció la ejecución mediante resolución judicial y que los bienes del ejecutado fueron entregados al Juzgado Militar Eventual, donde quedaron en calidad de depósito». Así, concluyen los magistrados que «si bien afectados por el grado máximo de invalidez, existieron un proceso y una sentencia (una apariencia de proceso y de sentencia)».

²⁸⁹ Los magistrados argumentan de la siguiente manera que en el procedimiento penal analizado sí que existiese una sentencia en sentido material, aunque careciese de los elementos formales necesarios: «En efecto, del acta de 23 de julio de 1936, obrante en las actuaciones, resulta inequívocamente, por un lado, que los catorce militares se reunieron en el despacho del jefe de la Circunscripción Oriental para –como expresamente dice el acta– juzgar la acción antipatriótica del capitán de infantería D. Eduardo, y por otra, que los reunidos acordaron por unanimidad condenar a muerte a este Oficial. Mediante la expresión “acordaron por unanimidad dada la gravedad de los cargos que se le prueban, sea pasado por las armas”, obrante en el acta, queda reflejada la existencia de una decisión adoptada oralmente. En sentido material, pues, hubo una sentencia. En conclusión nos encontramos ante un supuesto proceso judicial, jurídicamente inexistente más que nulo (si se admite que la inexistencia no es ajena a la relación nulidad/validez) por ausencia de los requisitos esenciales mínimos para su constitución como tal. Interesa para concluir este apartado recalcar que nos encontramos en presencia de un aparente proceso penal absolutamente injusto por irregular, negando por consiguiente que la muerte del capitán D. Eduardo se realizara al margen del ámbito jurisdiccional, pues el proceso existió documentándose como tal».

las mínimas garantías establecidas en la legalidad vigente en el momento en que se enjuició la conducta, solo puede hacerse efectiva a través de la revisión penal, «pues este recurso es el único remedio establecido por la Ley para que pueda dejarse sin efecto una sentencia firme clamorosamente injusta por arbitraria, con ausencia total de la más mínima garantía de defensa, lo que no implica realizar una interpretación extensiva o analógica de las causas de revisión enumeradas respectivamente en los artículos 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 328 de la Ley Procesal Militar»²⁹⁰.

Aplicando estas consideraciones al caso concreto, los magistrados consideran que la nulidad del «acta-sentencia», considerada como sentencia en sentido material, no deriva de un mero error o infracción legal, sino que deriva una vez que han quedado acreditados fehacientemente la lista de defectos procesales insubsanables y esenciales. Por ello, consideran, la posible revisión de esa sentencia no afecta a la intangibilidad de los hechos de la sentencia y al valor de cosa juzgada, porque, en esencia, no hubo efectos de cosa juzgada derivados de la sentencia reseñada. Abogan en el sentido de que tal sentencia «es mera apariencia de sentencia, de suerte que la declaración de nulidad no constituye en rigor una excepcional derogación de la cosa juzgada, sino la pura verificación de que nunca hubo cosa juzgada».

Concluyen indicando que la inexistencia de cosa juzgada en esa apariencia de sentencia debe ser declarada jurídicamente y debe hacerse por imperativo del valor justicia, preferente al de seguridad jurídica²⁹¹.

4. EL AUTO DE 21 DE FEBRERO DE 2011 DE LA SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO: EL CASO DEL POETA MIGUEL HERNÁNDEZ²⁹²

El pasado 21 de febrero de 2011 se dictó por parte de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo auto en resolución del recurso 54/2010 por el que se denegaba la interposición del recurso de revisión contra la sentencia del consejo

²⁹⁰ ESTELLA GOYTRE, La nulidad de los actos procesales y de las sentencias firmes, *Estudios sobre derecho procesal* / coord. por Ignacio Díez-Picazo Giménez, Julián Martínez-Simancas Sánchez, Vol. 1, 1996, pp. 229-260.

²⁹¹ Invocan en este sentido el voto particular del magistrado D. José Jiménez Villarejo al auto de 31 de enero de 1990, en el que expuso en un supuesto parecido que se estaba frente al «triste pero legal desenlace de un proceso legal, sino un acto despojado de todo respaldo jurídico, un hecho máximamente reproable por su absoluta contradicción con el derecho».

²⁹² GUTIÉRREZ CARBONELL, *Proceso y expediente contra Miguel Hernández: (ensayo jurídico sobre el derecho represor franquista, 1936-1945)*, Alicante: Asociación de Estudios Miguel Hernández, D. L. 1992.

de guerra permanente n.º 5 de Madrid, de 18 de febrero de 1940, por el que se condenó a muerte al poeta Miguel Hernández Gilabert, siendo ponente de la sección la magistrada doña Clara Martínez de Careaga García.

La sentencia cuya revisión se pretende, por parte de la parte legitimada, en concreto, la nieta del poeta fusilado, fue la dictada por el consejo de guerra permanente n.º 5, de 18 de febrero, en el procedimiento sumarísimo de urgencia n.º 21.001, y por el que se condenó a muerte al citado por la comisión de un delito de adhesión a la rebelión previsto en el artículo 238.2.º *del entonces vigente Código de Justicia Militar, de 27 de septiembre de 1890.*

4.1. Las pretensiones de la parte legitimada

La parte legitimada solicita la interposición del proceso de revisión al entender que, de conformidad con lo establecido en el ordinal sexto del artículo 328 de la LPM, en relación con el artículo 954 de la LECRIM existen dos hechos nuevos que demuestran, sin duda, la inocencia de su abuelo fusilado.

El primero de los hechos se centra en la aparición del Sumario número 4.487 incoado por el Juzgado Militar de Orihuela, de 26 de septiembre de 1939, seguido, igualmente contra el poeta. Dicho Sumario fue tramitado de modo simultáneo al que se estaba siguiendo en el consejo de guerra Permanente n.º 5, de Madrid. El hecho en sí radica en que en el primero de los Sumarios se hace constar cierta documental que no fue incorporada al instruido por el consejo de guerra y en la que se acreditaban diversos avales personales y testimonios de personal relevante del Régimen por el que «lo calificaban de persona de garantía y orden, certificaban sus intachables antecedentes y buena conducta cívica». Considera la parte legitimada que, de haberse incorporado al Sumario del Consejo de Guerra, pudiera haber beneficiado a su abuelo e, implícitamente, haberle evitado la pena capital por la comisión del delito de adhesión a la rebelión.

El segundo hecho reseñable se centra en la promulgación y entrada en vigor de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre de 2007, de la Memoria Histórica, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. En concreto, los artículos 2 y 3 de la citada Ley reconocen y declaran el carácter radicalmente injusto e ilegítimo por vicios de forma y de fondo de todas las condenas y sanciones dictadas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa. Por ello, debería declararse la nulidad del sumario 21.001 del consejo de guerra permanente n.º 5, de Madrid, dada su ilegitimidad e ilegalidad radical.

4.2. La posición del ministerio fiscal

En relación a la primera pretensión, el ministerio público estima que esta documental no incorporada al proceso seguido en el consejo permanente de guerra no constituye, en esencia, ningún elemento probatorio en sentido estricto. Por ello, estima, que estas opiniones meramente personales no son pruebas indubitadas que tengan la virtualidad suficiente como para poder desvirtuar la presunción de inocencia del poeta, toda vez que la solvencia de aquellos que vierten sus opiniones en el proceso no consta en absoluto.

En lo que atañe a la segunda de las alegaciones vertidas, el fiscal niega la posibilidad de que la Ley de Memoria Histórica deba ser considerada, a efectos revisorios, como hecho nuevo. A pesar de ello, sostiene y ratifica que la sentencia que se pretende revisar carece de toda vigencia jurídica, por ilegítima. Suplica a la Sala, en este sentido, que se «acuerde declarar la nulidad de pleno derecho e inexistencia jurídica de la resolución recurrida con la consiguiente improcedencia de otorgar la autorización para interponer recurso de revisión».

4.3. Los argumentos de la Sala. Consideraciones generales del proceso de revisión a través de la doctrina jurisprudencial de la Sala

Recuerda la Sala que el recurso de revisión no es, en sentido estricto, un recurso, sino un procedimiento extraordinario para rescindir sentencias firmes. No se podría recurrir aquella resolución judicial que hubiera alcanzado firmeza y, por ello, desplegara los efectos propios de la cosa juzgada penal. Admitido, por ello, la naturaleza del proceso de revisión, hay que reafirmar del mismo modo su excepcionalidad, que implica que solo en aquellos supuestos legalmente tasados en que se ponga en evidencia la injusticia de una sentencia firme de condena se podrá iniciar este proceso. El fundamento de esta naturaleza rescisoria y excepcional se ha situado en que en un Estado social y democrático de derecho el valor seguridad jurídica no puede prevalecer sobre el valor justicia, «determinando la inmodificabilidad de una sentencia penal de condena que se evidencia “a posteriori” como injusta»²⁹³.

²⁹³ En este sentido, SSTC 124/1984 y 150/1993, sentencias de esta Sala de 11 de enero de 2006 y 19 de febrero de 2007 y nuestros autos de 21 de junio de 2004, 15 de junio de 2004 y 29 de junio de 2004, entre otros muchos.

La revisión de sentencias firmes en el procedimiento penal militar viene recogida en los artículos 328 y siguientes de la LPM, sin perjuicio de que, según el artículo 336 del mismo cuerpo legal, los trámites de la revisión militar se llevarán a cabo conforme a los marcados en el artículo 954 y siguientes de la LECRIM. En este proceso de revisión goza de especial importancia el preceptivo control previo de admisión que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 957 de la LECRIM, se realizará por la Sala, autorizando o no la interposición del proceso, con la finalidad de «mantener el equilibrio entre la tutela judicial a la que tiene derecho el penado y la seguridad jurídica, impidiendo que se interpongan recursos infundados sobre la base de alegaciones carentes de contenido o apoyadas en elementos de prueba que ya fueron considerados y valorados por el tribunal sentenciador», tal y como el propio auto comentado expresa en su fundamento segundo.

¿Qué elementos debe valorar la Sala para poder conceder o no esta autorización? Fundamentalmente el control debe versar sobre dos extremos. El primero, que verdaderamente concurren los presupuestos legalmente reconocidos, de carácter objetivo y subjetivo, material y formal, indispensables para la promoción de la acción de revisión²⁹⁴. En segundo lugar, debe calibrarse que exista una apariencia de verosimilitud y razonabilidad en el propio fundamento revisorio en relación con el motivo o causa que se alegue. Obviamente, esta apariencia nada tiene que ver con la resolución que finalmente pudiera darse en el proceso de revisión. No se adelanta o se prejuzga de antemano el resultado del proceso. Simplemente debe clarificarse cuáles son las pretensiones revisorias y si estas tienen encaje en los motivos legalmente establecidos, los cuales, como ya he apuntado con anterioridad, tienen carácter taxativo²⁹⁵.

En el supuesto de hecho analizado, la parte legitimada estimó que concurría la circunstancia sexta del artículo 328, consistente en el conocimiento posterior a la sentencia de pruebas indubitadas suficientes para evidenciar el error del fallo. Por ello, el examen de la Sala versó sobre el carácter indubitado de los elementos probatorios nuevos que pretendía la parte activa y si estos permiten evidenciar el error judicial en una sentencia condenatoria que nunca debió existir.

Sin duda, el presente proceso de revisión reviste como característica peculiar la incidencia de la Ley de Memoria Histórica. Para empezar, la Sala considera que la sentencia condenatoria se encuentra dentro del ámbi-

²⁹⁴ Así, la sentencia de 9 de julio de 2007.

²⁹⁵ Sentencia de esta Sala de 19 de febrero de 2007.

to de aplicación de la citada ley, ya que, tal y como se indica en su exposición de motivos, esta norma proclama con carácter general el carácter injusto de todas las condenas, sanciones y expresiones de violencia personal producidas por motivos inequívocamente políticos o ideológicos, durante la guerra civil, así como de las que, por las mismas razones, tuvieron lugar en la dictadura posterior.

¿Qué argumentos llevan a la Sala a incluir la sentencia condenatoria dentro del ámbito de aplicación de la Ley? Acudiendo a la propia sentencia, en esta se acredita como hecho probado que el poeta Miguel Hernández:

«... de antecedentes izquierdistas se incorporó voluntariamente en los primeros días del Alzamiento Nacional al 5.º *Regimiento de Milicias pasando más tarde al Comisariado Político de la 1.ª Brigada de Choque* e interviniendo entre otros hechos en la acción contra el Santuario de Santa María de la Cabeza. Dedicado a actividades literarias era miembro activo de la Alianza de intelectuales antifascistas, habiendo publicado numerosas poesías y crónicas, y folletos, de propaganda revolucionaria y de excitación contra las personas de orden y contra el Movimiento Nacional, haciéndose pasar por el poeta de la revolución».

Admitidos estos hechos, de modo escueto y casi sin argumentación jurídica alguna, se concluía en la sentencia que constituían un delito de adhesión a la rebelión, previsto en el artículo 238.2 del Código de Justicia Militar de 1890, imponiendo la pena en su máxima extensión²⁹⁶, condenándole a muerte por su participación directa y voluntaria.

La naturaleza política es evidente y, a pesar de la escasez de fundamentación, se puede inferir de los pocos datos fácticos considerados probados, a saber: los antecedentes izquierdistas; la dedicación a actividades literarias, su filiación como miembro activo de la Alianza de intelectuales antifascistas, sus publicaciones de poesías, crónicas y folletos de propaganda revolucionaria y el hecho de que se hacía pasar por el poeta de la revolución. Todos estos elementos permiten concluir a la Sala que se está ante un caso «paradigmático» de aquellos en los que los artículos 2 y 3 de la Ley de Memoria Histórica deben ser aplicados, ya que concurre tanto un elemento procesal, al haber sido dictado por un consejo de guerra; un elemento temporal, al ser dictada el 18 de febrero de 1940 y el elemento material, al ser palmarias y significativas las connotaciones ideológicas y políticas de la sentencia.

²⁹⁶ «... el Consejo haciendo uso de las facultades que le conceden los artículos 172 y 173 del CJM estima justo imponer la pena en su máxima extensión».

4.4. LA IMPORTANCIA DE LA LEY 52/2007 EN LOS PROCESOS DE REVISIÓN PENAL²⁹⁷

La Sala analiza la trascendental importancia que reviste la Ley de Memoria Histórica en relación a los procesos de revisión penal ante la Sala 5.^a. Partiendo de la base del artículo 954 de la LECRIM, para poder entrar a valorar el proceso de revisión penal de sentencias, deben concurrir tres requisitos ineludibles: que se esté ante una sentencia, que esta sea firme y que sea condenatoria. La Sala estima que esto presupone «la existencia de una sentencia condenatoria válida y vigente, es decir una resolución condenatoria que se halle vigente en el mundo jurídico y que, en consecuencia, solo pueda ser dejada sin efecto mediante el proceso de revisión».

Veamos qué dice la Ley 52/2007. En el artículo 2.1 la Ley lleva a cabo un reconocimiento general, una cláusula jurídica de ilegitimidad e injusticia de todas aquellas sentencias que hubieran sido dictadas con ocasión de la guerra civil y de la Dictadura por razones de tinte político o religioso. En concreto establece que «Como expresión del derecho de todos los ciudadanos a la reparación moral y a la recuperación de su memoria personal y familiar, se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la guerra civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la dictadura».

Por su parte, el artículo 3, una vez que el artículo precedente ha hecho una proclamación genérica de ilegitimidad especificando el carácter «radicalmente injusto» de estas resoluciones, concreta, en su párrafo primero, la declaración de ilegitimidad de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, «durante la guerra civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones». Por su parte, el párrafo segundo reconoce específicamente la ilegitimidad del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los tribunales de responsabilidades políticas y consejos de guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, por «ser contrarios a Derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo».

En estos dos primeros apartados del artículo 3, la Ley 52/2007 declara la ilegitimidad de los órganos jurisdiccionales que se hubiera constitui-

²⁹⁷ VICENTE BALLESTEROS: «La Ley de Memoria Histórica como motivo de revisión penal», *Jueces para la democracia*, n.º 74, 2012, pp. 70-82.

do durante la guerra civil para imponer condenas o sanciones por razones ideológicas, políticas o religiosas. En el párrafo segundo, especifica dos órganos en concreto, cuales fueron el Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los tribunales de responsabilidades políticas y consejos de guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos. mientras que en el número segundo no lo dice expresamente, en el párrafo primero declara la ilegitimidad de las resoluciones de estos órganos²⁹⁸.

Pero, el párrafo tercero del artículo 3 de la Ley, salda cualquier duda al respecto, estableciendo que dicha ilegitimidad se hará extensiva tanto por vicios de forma como de fondo, a «las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución».

En suma, la sentencia del consejo de guerra permanente n.º 5, de 18 de febrero de 1940, en el procedimiento sumarísimo de urgencia n.º 21.001, y por el que se condenó a muerte al poeta Miguel Hernández citado por la comisión de un delito de adhesión a la rebelión previsto en el artículo 238.2.º *del entonces vigente Código de Justicia Militar, de 27 de septiembre de 1890* es, desde el momento en que la Ley 52/2007 entra en vigor, ilegítima por vicios de forma y de fondo, al haber sido condenado durante la Dictadura por motivos políticos. ¿Qué trascendencia tendrá, a los efectos de revisión penal el que esta sentencia sea a día de hoy ilegítima?

Por vía de interpretación auténtica, el propio legislador de 2007 reseñó en la exposición de motivos de la ley que con la incorporación de estos artículos 2 y 3 en la ley se pretende subrayar, inequívocamente, «la carencia actual de vigencia jurídica de aquellas resoluciones contrarias a los derechos humanos, contribuyéndose a la rehabilitación de quienes sufrieron tan injustas sanciones y condenas». Es importante indicar como, en mi opinión, el legislador matiza la ilegitimidad de las sentencias en el sentido de que estas carecen de vigencia actual, no despliegan efecto alguno al día de hoy.

En este sentido, el ministerio fiscal, con los argumentos ofrecidos por los preceptos analizados, pretende no solo que no se autorice la interposi-

²⁹⁸ TERRADILLOS BASOCO: «La revisión del pasado y la Ley de Memoria Histórica», *Revista penal*, n.º 25, 2010, pp. 151-166.

ción del proceso de revisión sino que se declare expresamente la nulidad de la sentencia. La Sala le recuerda, en este punto, que el auto dictado simplemente pretende autorizar o no el proceso de revisión, pero, tangencialmente, aporta un dato interpretativo importante: la Ley de la Memoria Histórica no prevé una declaración individualizada de nulidad de cada una de las resoluciones, «sino que efectúa un pronunciamiento general del carácter injusto de todas las condenas producidas por motivos políticos e ideológicos durante la guerra civil y la posterior dictadura, y de ilegitimidad de los tribunales que las dictaron».

Pero además, una vez que en la exposición de motivos establece que el objetivo de la Ley es la rehabilitación de todos aquellos que sufrieron esas condenas radicalmente injustas, la propia ley articula el procedimiento reparador de carácter administrativo y que viene regulado en el artículo 4. Por lo que cabe concluir que la reparación o la rehabilitación pretendida por la Ley no puede ser equiparada a un proceso procesal penal orientado a la revisión penal de una sentencia firme condenatoria y que despliegue efectos en el momento en que dicha revisión se pretende. No se puede revisar aquella sentencia que se halla vigente, que es radicalmente nula, ilegítima, injusta, es decir, que a los efectos procesales, no existe.

4.5. EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO JULIANI HERNÁN, DE FECHA 21 DE FEBRERO DE 2011

Con esta vote particular el magistrado pretendía que la Sala no hubiera rechazado directamente el inicio del proceso revisorio y que debería haber autorizado la interposición de dicho proceso y analizar si concurren o no alguno de los supuestos tasados en el artículo 326 de la LPM.

Considera el magistrado disidente que la Ley de Memoria Histórica no contempla una declaración concreta e individualizada de nulidad de cada resolución que pudiera efectuarse por los condicionantes que la propia Ley exige. A pesar de que este texto legal contienen una disposición derogatoria en su Exposición de Motivos cuando preceptúa que se «priva de vigencia jurídica a aquellas normas dictadas bajo la Dictadura manifiestamente represoras y contrarias a los derechos fundamentales con el doble objetivo de proclamar su formal expulsión del ordenamiento jurídico e impedir su invocación por cualquier autoridad administrativa y judicial», no es menos cierto que la disposición derogatoria 3.^a de la CE ya hubiera podido provocar ese mismo efecto.

Además, estima el magistrado, la Ley 52/2007 no prevé una declaración individualizada de nulidad, sino que «lo que se nos pide en definitiva a través de la tramitación de este específico recurso de revisión promovido por la nieta del condenado, y fundamentado expresamente en el apartado 6.º del artículo 328 de la Ley Procesal Militar, es la anulación por vía de revisión de la sentencia firme». Ello no obsta para que las declaraciones de la Ley 52/2007 sean perfectamente compatibles con la disposición derogatoria tercera de la Carta Magna, la cual, además, ha sido interpretada por el TC en el sentido de que toda norma anterior a la Constitución que resulte lesiva de los derechos fundamentales y libertades públicas del Título I de la CE, es, por expreso mandato del legislador constitucional, «una norma carente jurídicamente de vigencia alguna»²⁹⁹.

En el voto particular se expone que todos los preceptos de la Ley 52/2007 invocados en la sentencia, interpretados conforme al propio texto de la exposición de motivos y al artículo 4 son plenamente compatibles con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar ante los tribunales de justicia. Dicha compatibilidad permite afirmar, según el magistrado, que las declaraciones de la Ley 52/2007 en ningún momento excluyen de raíz los derechos de las partes legitimadas a poder instar la revisión de la pena en aquellos supuestos en los que pudieran concurrir las causas del artículo 328 de la LPM y obtener «además de tal declaración administrativa de reparación y reconocimiento personal- la anulación judicial de aquellas sentencias en las que, cumplido alguno de los supuestos legales previstos en el procedimiento revisorio, se constate judicialmente la inocencia de los condenados». Es decir, según su postura, la Ley de Memoria Histórica no ha querido eliminar el derecho de las partes a instar el proceso de revisión y de ahí que la inadmisión *a limine*, sin más, supondría que se está cerrando el camino a una legítima pretensión, cual es la de obtener la anulación de una sentencia firme «en todos aquellos que pudieran llegar a plantearse en cualquiera de los casos previstos en el artículo 328 de la Ley Procesal Militar».

Por tanto, el voto particular se centra en la eficacia de la Ley de Memoria Histórica a los efectos de la revisión penal de las sentencias dictadas.

²⁹⁹ Así decía el Tribunal Constitucional, como ya se ha invocado, en su temprana sentencia 4/1981, de 2 de febrero, reiterándolo en sentencia 10/1981, de 6 de abril, que «la Constitución es una Ley superior –criterio jerárquico– y posterior –criterio temporal–. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar –de una parte– a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y –de otra– a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación».

Si bien es cierto que esta Ley, en relación a las sentencias condenatorias cuya injusticia e ilegitimidad proclama, permite al Ministerio de Justicia expedir y acreditar fehacientemente la llamada «Declaración de reparación y reconocimiento», esta no significa que las resoluciones judiciales sean nulas. La nulidad de las mismas ha de poder obtenerse a través de otros procedimientos.

En conclusión, el recurso de revisión sería el mecanismo oportuno para poder conseguir la declaración de nulidad de las sentencias condenatorias y, de ahí que, la denegación de la interposición del recurso de revisión, impide el acceso a la jurisdicción y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

PARTE IV

PROPUESTAS DEL LEGE FERENDA

1. LA NADA DISCUTIDA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN PENAL

Como ya se ha venido apuntando a lo largo del presente estudio, la tradicional consideración de la revisión penal como recurso debe ser derrocada. En efecto, nos encontramos ante un procedimiento de revisión desprovisto de aquellas características que matizan los medios de impugnación en la teoría general del recurso. La regulación legal, en este sentido, tanto la recogida en la LPM como en la LECRIM, presenta un alto grado de imperfección y de ahí que sea exigida, desde la perspectiva de las consideraciones de política criminal, su modificación³⁰⁰.

En este orden de cosas, cabe reseñar que la Ley 10/1992, de 30 de abril modificó el régimen jurídico de la legitimación procesal para instar el proceso de revisión penal con el objeto de dar respuesta a «los problemas planteados por la actual regulación del recurso de revisión», tal y como recoge la propia exposición de motivos de la citada ley. Pero el problema, a mi entender, es que desaprovechó la oportunidad de hacer una modificación completa del régimen del proceso de revisión penal. Evidentemente, en el año 1992, la legitimación para instar el proceso de revisión no era

³⁰⁰ Dicha transformación normativa debería, por ello, estar cohonestada con los principios constitucionales –a los que reiteradamente se ha apelado– y con las exigencias de la realidad social de hoy en día. Todo ello con el objetivo de despejar de la regulación del proceso revisorio toda remisión, expresa o tácita, a la normativa por la que se regula el, este sí, recurso de casación penal.

el problema más importante que planteaba la revisión penal de sentencias firmes y se dejaron ciertos flecos de evidente importancia, tales como la ya citada integración de los valores y principios constitucionales en la normativa de desarrollo. Además, desde la perspectiva meramente estadística, los procesos de revisión, tanto en la jurisdicción penal ordinaria como en la militar, han sufrido un considerable incremento, lo cual exige que la reforma aborde no solo aspectos de tinte sustantivo y material, sino también de índole adjetiva y formal. Esta necesidad no se ha planteado a raíz de la proliferación de procesos de revisión en el ámbito castrense –objeto del presente estudio– sino que ya en el año 1972, el Tribunal Supremo indicó en sentencia de 18 de febrero que la normativa reguladora del proceso de revisión estaba «necesitada de urgente reforma para agilizar este extraordinario e importante recurso»³⁰¹.

Obviamente, a raíz del estudio realizado, el proceso de revisión penal de sentencias firmes, si bien circunscrito al ámbito estrictamente castrense, se deben realizar ciertas estimaciones jurídicas y propuestas de *lege ferenda* que afronten los problemas y deficiencias detectadas en el proceso de revisión.

Sin duda la primera propuesta que debe quedar plasmada es la referente a la denominación. Como ya se ha venido apuntando en reiteradas ocasiones, el proceso de revisión penal es, en esencia, eso, un proceso y no un recurso. La jurisprudencia de la Sala 2.^a, de la Sala 5.^a, del propio Tribunal Constitucional o los propios tratadistas del derecho procesal barajan en ocasiones indistintamente la denominación recurso y proceso de revisión. Si ha quedado plasmado que estamos ante un verdadero proceso, la regulación debería indicar este *nomen iuris*, y así poner fin a las denominaciones utilizadas³⁰².

Quizás también sería oportuna la precisión de aquellas resoluciones que son susceptibles de revisión. El propio artículo 328 de la LPM expresamente indica que dichas resoluciones susceptibles de impugnación solo son las sentencias firmes. Se debería apostillar, de conformidad con la jurisprudencia ya expuesta, que dichas sentencias deberían ser exclusivamente condenatorias, ya que las absolutorias quedan proscritas de este

³⁰¹ Así, URBANO CASTILLO: «El recurso de revisión penal, según la última jurisprudencia», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2011, pp. 35-43.

³⁰² En este sentido contamos con una primera avanzadilla legislativa, la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, en cuyo libro II, título VI regula la «revisión de las sentencias firmes» y abandona, consecuentemente, el tradicional epígrafe del «recurso de revisión». Aplicando este criterio, considero que tanto el epígrafe del título III del libro V de la LECRIM como el del capítulo II del título IV de la LPM deberían modificarse cambiando la actual mención al recurso de revisión por otro en el que no se incluyera el término recurso.

proceso revisorio. En el ámbito de la LECRIM, se deberían incluir, además, las sentencias dictadas en juicios de faltas o con sanción por falta en proceso distinto. Esta precisión no estaría de más añadirla en la LPM si bien es cierto que el proceso de faltas penales, previsto en el capítulo I del título IV, está en la actualidad desposeído de verdadera eficacia procesal, siendo nula su aplicabilidad.

Por otro lado, desde la óptica meramente sistemática, la LECRIM debería mejorar la ubicación de la legitimación del ministerio fiscal, ya que queda establecida en el artículo 961, último del bloque en el que se regula el proceso de revisión, cuando, a mi entender, debería estar junto al resto de artículos que regulan la legitimación activa de interposición, es decir, los artículos 955 y 956. Dicho aspecto, sin perjuicio de lo anterior, está perfectamente respetado en la LPM donde la legitimación activa del ministerio fiscal sí que se halla sita junto con la del resto de partes promoventes del proceso de revisión.

En lo que atañe al artículo 956 de la LECRIM, citado previamente, quizás se debería proponer la supresión del mismo y, con él, el artículo 330 de la LPM. El primero de ellos establece que «El ministro de Gracia y Justicia, previa formación del expediente, podrá ordenar al fiscal del Tribunal Supremo que interponga el recurso, cuando a su juicio hubiese fundamento bastante para ello». Por lo que afecta al segundo de los artículos, el 330 de la LPM, este dispone que «El ministro de Defensa, previa formación del expediente, podrá ordenar al fiscal togado, que interponga recuso de revisión de sentencias dictadas por tribunales de la respectiva jurisdicción cuando, a su juicio, existan motivos fundados para ello, conforme a cualesquiera de los casos establecidos en el artículo 328».

Respecto a la representación, defensa y asistencia letrada, considero que sería necesaria la incorporación expresa de la cláusula por la cual es preceptiva intervención de procurador y abogado desde el principio del proceso, desde la propia fase de promoción del mismo.

Especialmente importantes son las consideraciones de *lege ferenda* en relación con los motivos de interposición del proceso de revisión. Como ya se apuntó en su sitio, los motivos de revisión no son los mismo entre la regulación de la LECRIM y la LPM.

Se sugieren dos sistemas:

- El primero, con el mantenimiento de los actuales cuatro motivos de revisión, descriptivo de sus correspondientes supuestos de hecho, a los que, de mantener tal criterio, podrían añadirse los de los casos-tipo más frecuentes (tramitados actualmente por el cauce del motivo

cuarto) y el de prevaricación, tomado este del proceso de revisión de la jurisdicción militar.

- El segundo, preferible, de mantener únicamente el contenido literal del actual cuarto motivo de revisión, en el que caben los anteriores y los que pudieran añadirse, por la amplitud de cobertura de distintas y variadas manifestaciones, dentro de su fórmula tasada.

De optarse por el primer sistema, habría que corregir la dicción de los tres primeros motivos, sobre el requisito de «estar cumpliendo condena» para acceder a la revisión, cuya circunstancia nunca debe ser exigible. Y habría que eliminar del motivo tercero la exigencia de consignarse en sentencia firme el delito que motivó la sentencia revisada, por las dificultades insalvables de la aplicación de esta vía en caso de prescripción del delito, lo que no tiene que producir vacío legal alguno si el delito quedase acreditado en la sustanciación del proceso de revisión.

Y, como de mayor calado, abrir la *posibilidad de solo promover* la revisión sin el requisito del conocimiento sobrevenido de nuevos hechos, cuando el reexamen de los materiales obrantes en el proceso condenatorio patentice, *per se*, la existencia del error, dotando a tal posibilidad del contrapeso de las correspondientes sanciones disuasorias para el promovente (al igual que con la formulación infundada, temeraria o abusiva del recurso de amparo, ex art. 95 LOTC), extensivas a su letrado, en el supuesto de que la Sala denegara la autorización para interponer el recurso (al igual que acontece respecto de la formulación de recursos de inconstitucionalidad o amparo).

Esa posibilidad, limitada por el filtro de la fase de promoción, con el añadido de las sanciones procedentes para el caso de promociones temerarias, haría realidad la proclamada prevalencia del principio de justicia sobre el de seguridad jurídica.

Obviamente, la admisión de esta propuesta conlleva la consiguiente remodelación, por vía de ampliación, de los motivos de revisión, que, en tal caso, deben acogerla en su seno, consignando expresamente su excepcionalidad. Esta sugerencia se inspira en la inoperancia práctica del error judicial declarado, ex artículo 293 LOPJ.

1. LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO A EXAMEN

En relación con las consideraciones previas, estimo que el fiscal jurídico militar tendría que ostentar una posición privilegiada sobre las partes o,

cuando menos, en el mismo plano de participación procesal. Todo ello con el objeto claro de controlar todas las fases procedimentales de la revisión penal y poder, con ello, ejercer las funciones que el artículo 124 de la CE, el EOMF y la LPM le atribuyen de defensa de la legalidad.

Además, haciendo un análisis más minucioso del procedimiento, se pueden desprender, a mi entender, la necesidad de acometer una reforma en profundidad de la revisión penal. Indico a continuación algunos de los factores susceptibles de mejora técnica:

- En primer lugar, considero que el penado, siempre que fuese posible, debería estar personado en el procedimiento en todos los supuestos en los que la legitimación activa es ostentada por el ministerio fiscal.
- La interposición e inicio de procedimiento debería llevarse a cabo de un modo más simple, sencillo y eficaz, bastando con que las partes con capacidad para iniciar e impulsar el proceso de revisión presentaran un escrito de alegaciones, indicando la resolución recurrible, el motivo revisorio al que se acogen y proponiendo, por ello, aquellas pruebas que pudieran sustentar sus pretensiones.
- Precisamente en relación con la práctica de la prueba, este debería ejercitarse bien directamente, bien por delegación con intervención de las partes personadas.
- Debería instaurarse un peldaño procesal no previsto cual es el del trámite de audiencia a la vista de todo lo que se haya actuado y en relación con el resultado de las pruebas que se hayan practicado.
- Sin duda, tras este primer periodo de sustanciación e instrucción procesal, reuniendo los elementos de convicción que resultaren pertinentes para fundamentar la pretensión revisoria, este debería cristalizarse preceptivamente en vista.
- Desde la óptica de las fuentes de derecho aplicables al proceso revisorio, también considero que se debería suprimir la supletoriedad del proceso de revisión de las normas que regulan el recurso de casación. Sin duda, dichas normas son absolutamente incompatibles e inaplicables al proceso de revisión.
- En relación con la figura del reenvío, considero pertinente su supresión en sede de revisión. *El reenvío, contemplado en el artículo 958 LECRIM, responde a la configuración que en nuestro Derecho tiene el recurso de revisión, proceso de sustanciación plural (juicio rescindente, ante la Sala segunda del Tribunal Supremo, y juicio rescisorio, ante el tribunal que dictó la sentencia firme anulada en el primero), lo que no afecta a la estructura unitaria del mismo, que*

permanece incólume, estando aquella figura en práctico desuso y cuya escasa aplicación, cuando se produce, genera enojosos problemas.

- Respecto del contenido de la sentencia, habría que distinguir los dos supuestos procesalmente permitidos. En el primero de ellos, siendo el contenido de la sentencia desestimatorio, esta no tendría que ser susceptible de nuevo recurso, sin perjuicio de que la revisión se pudiera instar sobre los mismos hechos, pero, obviamente, con un material probatorio nuevo e inédito que fundamentara la aplicación de alguno de los supuestos que la norma prevé. El auto de admisión o inadmisión supondría, en este sentido, un filtro procesal de inapreciable valor y eficacia por cuanto bajaría la barrera e impediría la entrada en el proceso de revisión.

En el segundo supuesto, siendo el contenido estimatorio, habría que matizar sus aspectos. Por un lado, en relación con la reparación moral, la sentencia debería reconocer no solo que la sentencia revisada queda anulada sino, consiguientemente, extendiendo sus efectos a los pronunciamientos inherentes, que irían desde la puesta en libertad del penado –en caso de que estuviese cumpliendo condena de prisión–, la cancelación de antecedentes penales y, cómo no, la declaración de la indemnización por reparación del daño moral sufrido.

¿Cómo se tramitaría esta indemnización? A mi entender, el ordenamiento jurídico ya cuenta en su haber con un procedimiento específico. Así, el artículo 121 de la CE establece que «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley».

Estos aspectos vienen regulados en los artículos 292 y siguientes de la LOPJ, dentro del título V bajo el epígrafe «De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia». Así, el artículo 292 establece que, en primer lugar, los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este título. El párrafo segundo prevé que en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas y, por último, el párrafo tercero establece que la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización.

El artículo 293 regula el procedimiento a seguir con las siguientes características. La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. En cualquier otro caso distinto de este se aplicarán las reglas siguientes:

- La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse.
- La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error, y si este se atribuyese a una sala o sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el art. 61. Cuando se trate de órganos de la jurisdicción militar, la competencia corresponderá a la Sala quinta de lo Militar del Tribunal Supremo.
- El procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el ministerio fiscal y la Administración del Estado.
- El tribunal dictará sentencia definitiva, sin ulterior recurso, en el plazo de quince días, con informe previo del órgano jurisdiccional a quien se atribuye el error.
- Si el error no fuera apreciado se impondrán las costas al peticionario.
- No procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previos en el ordenamiento.
- La mera solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquel se impute.

Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse.

El artículo 294 establece que tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios. La

cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 artículo anterior.

Finaliza este apartado con los siguientes preceptos. El artículo 295 que dispone que en ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado y el artículo 296 que reconoce que el Estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos por los cauces del proceso declarativo que corresponda ante el tribunal competente. En estos procesos será siempre parte el ministerio fiscal.

El artículo 297 indica que la regulación hasta aquí contenida no obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los jueces y magistrados, por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta ley.

Por ello, como colofón a este estudio, se podría concluir que el sistema de revisión de las sentencias penales condenatoria quizás no es mecanismo procesal oportuno para lograr la anulación de dichas sentencias y la consiguiente indemnización o reparación de los daños que se hubieran podido derivar, pero, en la actualidad, no hay otro. En efecto, el ordenamiento procesal no permite ningún otro sistema que tenga como objetivo una resolución que ya es firme, que ha sido condenatoria y que pueda ser revisada conforme a parámetros de legalidad distintos de aquellos que estaba vigentes cuando se dictaron.

LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONTABLE POR DELITO ECONÓMICO EN EL ÁMBITO MILITAR

José Antonio Jaldo Ruiz-Cabello.

Teniente coronel auditor

Fiscal jefe del Tribunal Militar Territorial Segundo (Sevilla)

SUMARIO

1. Introducción. 2. Hechos delictivos generadores de responsabilidad contable. 3. El enjuiciamiento y determinación de la responsabilidad civil ex delicto. 4. La responsabilidad contable y su enjuiciamiento. 5. Responsabilidad contable versus responsabilidad civil ex delicto. 6. La compatibilidad de actuaciones penales y contables y el deber de abstención del tribunal penal. 7. Casuística en la jurisdicción militar y doctrina de la sala 5.^a de lo Militar del Tribunal Supremo. 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. Con esta previsión, recogida en el art. 109 del Código Penal de 1995 –de aplicación a los delitos militares en virtud de la cláusula de reenvío expresada en el art. 5 del Código Penal Militar–, el legislador del vigente Código Penal vino a dar continuidad a la tradición legislativa española que desde el Código Penal de 1822 ha venido incardinando entre las normas penales la regulación de la responsabilidad civil derivada del ilícito

penal. Esa tradición integradora se originó, como ha puesto de manifiesto la doctrina¹, ante la inexistencia en 1822 de un código civil, que vería la luz en 1889, lo que animó al legislador de 1822 a aglutinar bajo un mismo texto la regulación de las consecuencias jurídicas penales y civiles del delito, superando así el régimen hasta entonces vigente de las vetustas acciones romanas, regulador de la responsabilidad civil extracontractual.

En coherencia con el criterio seguido en el Código Penal (CP, en los sucesivos), la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM, en adelante)², acogió desde su promulgación en 1882 el sistema de enjuiciamiento conjunto de las acciones penales y civiles *ex delicto*, y con ello quedó instaurado en nuestro derecho procesal el modelo de acumulación automática de la acción civil al proceso penal. De esta forma, el español es uno de los ordenamientos jurídicos en los que la responsabilidad civil puede dilucidarse en el proceso penal. Más aún, el juez penal no es que *pueda*, sino que *debe* pronunciarse sobre la responsabilidad civil, a menos que el perjudicado por el delito se haya reservado la acción civil para ejercitarla en un proceso posterior o haya renunciado a la misma conforme prevé el art. 112 LECRIM.

En la mayor parte de los delitos contra la Hacienda en el ámbito militar, como en general ocurre en los delitos contra la administración pública de contenido económico, el hecho causante del menoscabo en los caudales o efectos públicos puede que, además de la norma penal, infrinja las normas de régimen presupuestario y de contabilidad del sector público, constituyendo con ello una infracción contable. En estos casos podrían concurrir dos tipos de responsabilidades con igual finalidad reparadora e indemnizatoria: la responsabilidad civil *ex delicto* y la responsabilidad contable. Sin embargo, la responsabilidad contable, pese a ser considerada como una especie dentro del género de la responsabilidad civil, no puede ser enjuiciada por el tribunal penal sino que queda sometida, en régimen de exclusividad, a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, auténtica jurisdicción, para su enjuiciamiento autónomo y separado del proceso penal.

En consonancia con el carácter exclusivo e improrrogable de la jurisdicción contable, su legislación reguladora establece a su favor una reserva legal de la acción y responsabilidad contable, aún cuando esta derive de un hecho constitutivo de delito, reserva que a su vez aparece reforzada con el correlativo deber de abstención de la jurisdicción penal o penal militar para

¹ Vid. Carlos María Landecho Velasco y Concepción Molina Blázquez. *Derecho Penal Español. Parte General*. Tecnos 1996. Págs. 556 y ss.

² A cuya aplicación supletoria se remite la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, para los procesos penales militares.

conocer de esta especial modalidad de responsabilidad civil, la cual, según reza el art. 18.2, la Ley Orgánica 2/82, del Tribunal de Cuentas (LOTCu en lo sucesivo), ha de ser determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia.

La comisión de un delito generador de responsabilidad contable provocará una duplicidad de procesos, penal y contable, que el art. 18.1 de misma LOTCu declara compatibles, lo que hace posible su tramitación simultánea y sin orden de precedencia, excepción hecha de las cuestiones prejudiciales penales. Ante este panorama, de concurrencia de procesos y jurisdicciones competentes para enjuiciar un mismo asunto, aunque desde distinta perspectiva, no es de extrañar que se produzcan resoluciones contradictorias, colisiones sobre la distribución de competencias y excesos de jurisdicción, como ha tenido ocasión de poner de manifiesto la jurisprudencia en un amplio elenco de casos, sobre todo a resultas del incumplimiento, o cumplimiento tardío, por tribunales del orden jurisdiccional penal, o de la jurisdicción penal militar, del referido deber de abstención en materia de responsabilidad civil *ex delicto*, en los casos en que esta se identifica con la responsabilidad contable y no la excede.

A lo largo del presente trabajo se pretende exponer una visión general sobre el contenido, determinación y enjuiciamiento de ambas responsabilidades, así como mostrar sus analogías y desemejanzas y localizar sus puntos de conflicto, todo lo cual nos impone la tarea de precisar primero las conductas delictivas susceptibles de provocar esa doble responsabilidad civil y contable, para pasar más tarde a realizar un breve análisis de cada una de estas responsabilidades, su respectiva extensión objetiva y subjetiva y la competencia para su enjuiciamiento, concluyendo finalmente con un análisis de la casuística presentada ante la jurisdicción militar.

2. HECHOS DELICTIVOS GENERADORES DE RESPONSABILIDAD CONTABLE

Bajo el título que encabeza este apartado, se pretende aglutinar a cuantas conductas penales se hallen previstas en el Código Penal o en el Código Penal Militar que, persiguiendo un interés económico, tengan como objetivo los fondos o caudales públicos y como sujeto pasivo a la Administración Militar, concebida aquí como entidad financiera pública. Se excluyen, por tanto, otras conductas causantes de perjuicio económico para la causa pública, como la mayor parte de los delitos contra la eficacia en el servicio o los daños a los bienes afectos a las Fuerzas Armadas, dolosos o por

imprudencia, en cuanto no incorporan comportamientos dirigidos contra las cuentas o los recursos financieros públicos por quienes los tienen a su cargo.

A continuación se describen los tipos penales que prevean conductas susceptibles de producir ambas responsabilidades restitutorias, sin que se pretenda profundizar en cada uno de aquellos, pues, a los efectos que aquí importan, solo interesa describir la cita del tipo penal y, en algún caso, reseñar formas posibles de participación cuya cita resulte trascendente a los mismos efectos.

2.1. Delitos comunes

En este apartado se agrupan los delitos previstos en el CP, algunos de los cuales integran figuras descritas asimismo en el CPMr, lo que podría determinar la competencia de la jurisdicción militar por la vía del art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, reformado por la disposición adicional sexta de la LO 2/1989, de 1 de abril, Procesal Militar, siempre que otras razones de especialidad, subsidiariedad o complejidad, regladas en el art. 8 CP, no aconsejen declinar la competencia a favor de la jurisdicción ordinaria.

Son susceptibles de generar responsabilidad contable la conductas delictivas descritas como malversación de caudales, comprendidos en el Capítulo VII del Título XIX del Libro II CP, dentro de los delitos contra la Administración Pública, y en concreto la sustracción de caudales (art. 432 CP), su distracción (art. 433 CP), la aplicación privada de bienes públicos (art. 434 CP) o la malversación impropia (art. 435 CP).

También pueden dar lugar a exigir responsabilidad contable las conductas delictivas contempladas bajo la rúbrica de fraudes o exacciones ilegales, incluidas en el el Capítulo VIII del Título XIX del Libro II del Código Penal, que agrupa cuatro tipos delictivos: el concierto con particulares para defraudar a un ente público (art. 436 CP) la exigencia de derechos, tarifas por aranceles o minutas no debidos (art. 437 CP), la estafa y la apropiación indebida cometida por funcionario con abuso de su cargo (art. 438 CP).

Finalmente, el Código Penal incluye en los arts. 308 y 309, bajo el término «fraude de subvenciones», otras conductas penales que de igual modo podrían generar responsabilidad contable, con la particularidad de que esta sería extensiva a los particulares perceptores de tales subvenciones.

2.2. Delitos militares

El Código Penal Militar acoge en su articulado diversas figuras delictivas que presentan como denominador común la protección de los recursos económicos puestos a disposición de la Administración Militar como instrumento para el cumplimiento de los fines asignados a las Fuerzas Armadas. La mayor parte de las conductas atentatorias contra dichos recursos vienen definidas en el título IX del libro II, cuya rúbrica «delitos contra la Hacienda en el ámbito militar» ya sugiere el contenido económico de los hechos que allí se tipifican. De los delitos que en dicho título se tipifican, podrían generar responsabilidad contable las conductas tipificadas como la solicitud de crédito presupuestario para atención supuesta (art. 189 CPM), la malversación de uso (art. 190 CPM), las negociaciones fraudulentas del militar (art. 191 CPM)³, la sustitución fraudulenta de efectos o alteración de sus cualidades (art. 192 CPM)⁴, el incumplimiento de normas sobre material inútil (art. 194 CPM)⁵, la malversación militar o sustracción de efectos (art. 195 CPM)⁶.

El CPM incluye otras dos figuras delictivas relacionadas con la Hacienda en el ámbito militar, como son las comprendidas en los arts. 196 y 197, referidas a la sustracción o receptación de efectos por quien no es el responsable de su cargo o custodia (art. 196 CPM), o a la adquisición o

³ La repercusión que la conducta delictiva contemplada en el art. 191 CPM pudiera tener en relación con la responsabilidad contable dependerá de la producción efectiva de menoscabo de los caudales públicos destinados a la contratación u operación en la que haya mediado el militar interesado. El cobro de comisiones por el militar implicado en la contratación podría considerarse como cantidad encubierta incluida en el precio de la contratación, lo que supone una minoración o incremento del precio, según los casos, en cuya cuantía se cifra el perjuicio a la Hacienda militar.

⁴ La comisión de este delito (art. 192 CPM) rara vez podría causar responsabilidad contable, limitada al caso en que de la sustitución de efectos o de la alteración de sus cualidades se derive un precio abusivo que comporte un detrimento económico para la Administración contratante, al igual que ocurre con el delito de fraude del art. 436 CP.

⁵ Tanto la conducta infractora de normas sobre material inútil como la sustracción al control reglamentario del material que merezca dicha calificación constituyen modalidades de fraude que redundan en un menoscabo de los caudales públicos; en el primer caso el menoscabo se produce por la depreciación del material y en el segundo por la omisión contable de su valor, lo cual podría, en ciertos casos, determinar responsabilidad contable del militar obligado a la rendición de la oportuna cuenta

⁶ No cabe duda alguna que la sustracción de «efectos», en el sentido equivalente al de «caudales públicos», lleva inherente la responsabilidad contable del militar a cuyo cargo o responsabilidad estuviesen confiados, de la misma manera y condiciones en que responde el malversador de caudales públicos. También será posible deducir responsabilidad contable de otros sujetos no abarcados por la norma penal (interventores militares, pagadores, etc.), a título de responsables contables subsidiarios, a los que nos referiremos más adelante por ser objeto específico de tratamiento en otro capítulo de este trabajo

tenencia de tales efectos con conocimiento de su ilícita procedencia (art. 197 CPM). Pero tales delitos, no obstante su relevancia penal, carecen de interés a los fines perseguidos en este trabajo por cuanto no generan responsabilidad contable de sus autores, dada la desvinculación de los sujetos con el objeto de su delito. Únicamente debe llamarse la atención sobre la posibilidad legal de exigir responsabilidad contable a los responsables de los fondos cuando «por negligencia» no punible diesen lugar a que se produzca la sustracción por un tercero, en cuyo caso la responsabilidad penal y la contable se dirigirán contra diferentes sujetos.

Otras conductas criminales, como las recogidas en el art. 49.9 CPM (grave quebranto de los recursos económicos para favorecer al enemigo) o la del art. 155 CPM (pérdida de recursos afectos a las Fuerzas Armadas por imprudencia en tiempo de guerra), afectan igualmente a la Hacienda en el ámbito militar pero por distintas razones, que no vienen al caso, fueron insertadas en otros títulos en el contexto de los delitos de traición militar o contra la eficacia del servicio. También podría derivarse en estos casos la correspondiente responsabilidad contable, si bien el interés de estas figuras se circunscribe solo a los supuestos en que el responsable o cualesquiera partícipes del hecho tengan a su cargo dichos recursos económicos, pues el quebranto provocado por sujetos extraños a las cuentas públicas no es trascendente desde el punto de vista de la responsabilidad contable, salvo el caso, antes apuntado, de negligencia del cuentadante.

3. EL ENJUICIAMIENTO Y DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

EX DELICTO

En correspondencia con el derecho de naturaleza civil a ser resarcido, que el art. 109 CP reconoce al perjudicado por el delito, se establece en el art. 100 de la LECRIM el correlativo *ius ut procedatur*, o derecho de carácter procesal a impetrar judicialmente su reconocimiento y efectividad. En este sentido dispone este último artículo que «de todo delito o falta... puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible».

Como ya se apuntó en la introducción, la principal característica del ordenamiento jurídico español en esta materia consiste en permitir la adhesión de la pretensión civil al procedimiento penal en curso, dando lugar a una acumulación heterogénea de acciones, penal y civil, en un procedimiento único, para cuyo conocimiento se atribuye la competencia al juzga-

do o tribunal del orden penal o de la jurisdicción militar. Dicha acumulación presenta tres caracteres fundamentales:

Es automática. Si las acumulaciones en los procesos civiles, sea de acciones, sea de procesos, se basan normalmente en la voluntad explícita de la parte que la realiza o que la pide (arts. 71 y 75 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC en lo sucesivo), en el proceso penal esta otra acumulación se produce de forma automática, tal y como se infiere del art. 112 de la LECRIM. El carácter automático se manifiesta de modo más acusado aún a la vista de la obligación legal de entablar la acción civil juntamente con la penal impuesta al ministerio fiscal, *ex art.* 108 LECRIM, exista o no en el procedimiento parte perjudicada personada, salvo siempre reserva o renuncia de esta última, como se verá a continuación.

Es voluntaria y disponible para el perjudicado, puesto que la continuidad de la acumulación del proceso civil al penal se hace depender de su voluntad, como se desprende de los artículos 109.2 del CP y 110 y 112 de la LECRIM.

Es accesoria. La acumulación existe mientras subsista la acción penal, de modo que si esta se extingue (arts. 115 y 116 CP) no puede seguir el Juzgado o Tribunal manteniendo su competencia para conocer de la acción civil. No obstante, como excepción a la regla de la accesoriadad, el art. 119 del CP ordena al juez en los supuestos de exención de responsabilidad criminal de los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del art. 20 CP (causas que eximen de responsabilidad criminal), dictar sentencia penal absolutoria y proceder en la misma sentencia a fijar la responsabilidad civil.

Frente a la referida acumulación de los objetos procesales civil y penal, la LECRIM ofrece como alternativa la reserva de la acción civil a favor del perjudicado, para su ejercicio sucesivo y separado de la acción penal. En efecto, dicho ejercicio separado lo admite el art. 111 de la LECRIM, al decir que «las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente». Ahora bien, una vez decidida la reserva de la acción civil y su ejercicio separado de la acción penal, la litispendencia penal impide el inicio del pleito civil. Dicha excepción procesal la recoge el referido art. 111 LECRIM, según el cual «mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme, salvo siempre lo dispuesto en los arts. 4, 5 y 6 de este código».

La misma regla de preferencia del enjuiciamiento penal sobre el civil la reafirma más tarde el art. 114 LECRIM al proclamar que «promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal».

Así pues, ante la reserva de acciones civiles por parte del perjudicado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece dos deberes de abstención dirigidos, respectivamente, a los juzgadores penal y civil. Por una parte el juez penal debe abstenerse de conocer de las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo, por confiarse su enjuiciamiento al órgano con competencias genuinas para juzgarlo, esto es al juez civil; por otra, el juez civil debe abstenerse, momentáneamente y en virtud de la regla de prejudicialidad penal, de iniciar el pleito civil mientras subsista la litispendencia penal. Es lo que los procesalistas franceses resumen con la gráfica expresión «*le criminal tient le civil en état*». Sin embargo, si nos trasladamos al ámbito de los delitos económicos contra la Administración militar no encontramos en la práctica un solo caso en el que la Abogacía del Estado haya optado por la reserva de la acción civil para su ejercicio separado de la acción penal. Surge entonces por imperativo legal (art. 115 CP, arts. 742 y 141 *in fine* LECRIM y art. 85 y 88 de la LPM) la obligación para el órgano judicial penal, o penal militar, de pronunciarse en la sentencia sobre las responsabilidades civiles exigibles, determinando las personas que han de responder, sus cuotas (en caso de responsabilidad plural) y las cuantías correspondientes, ya sea concretando la cantidad, ya fijando las bases para su ulterior determinación en fase de ejecución de sentencia.

En el ámbito de los delitos económicos contra la Administración militar la responsabilidad civil no debería plantear dificultades distintas respecto de los demás delitos. La sustracción y demás formas de menoscabo de fondos públicos obliga a su restitución (art. 111 CP), y a la indemnización de los perjuicios materiales y morales (arts. 110 y 113 CP), entre los que deberían incluirse los intereses de demora generados desde la fecha en que se produzca la sustracción o el menoscabo de los fondos públicos, aunque en la práctica forense esto último no sea lo más común, ya que las sentencias penales suelen limitarse a imponer los intereses de la mora procesal (interés legal más dos puntos), devengados desde la fecha de la sentencia dictada en primera instancia, conforme determina el art. 576 de la vigente LEC y antes disponía el art. 921 de la derogada LEC de 3 de febrero de 1881.

4. LA RESPONSABILIDAD CONTABLE Y SU ENJUICIAMIENTO

4.1. La responsabilidad contable. Concepto y naturaleza jurídica

Se concibe la responsabilidad contable como aquella que deriva de las cuentas que han de rendir quienes tengan a su cargo el manejo de los cau-

dales o efectos públicos, cuando se origine menoscabo en dichos caudales o efectos por dolo, culpa o negligencia graves, a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector ⁷.

La doctrina no es pacífica al determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad contable. Los distintos sectores doctrinales discuten si la misma constituye una modalidad de responsabilidad administrativa o, más bien, una subespecie de la responsabilidad civil; una tercera postura apuesta por considerarla un tipo autónomo y específico de responsabilidad. La cuestión apuntada tiene sobrado interés doctrinal y práctico a fin de delimitar el verdadero objeto del enjuiciamiento contable y, sobre todo, su especificidad respecto a las responsabilidades exigibles en otros ámbitos.

Como punto de partida puede afirmarse que sí existe sustancial coincidencia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en la consideración de la responsabilidad contable como una modalidad de «responsabilidad patrimonial» que conlleva la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública de los daños y perjuicios causados a la misma. Las infracciones contables generadoras de dicha responsabilidad, al contrario que las disciplinarias o las penales, no dan lugar a la imposición de una pena o sanción sino únicamente a la reparación del daño causado⁸. Así lo puso de manifiesto la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en sentencias de 5 y 6 de mayo de 1994, al expresar que la responsabilidad contable tiene carácter patrimonial y es una responsabilidad de naturaleza reparadora, no sancionadora, razonando seguidamente, con apoyo en el art. 20 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos administrativos en materia de responsabilidad patrimonial, que ello es así «en cuando concibe la responsabilidad contable como una variedad específica de la responsabilidad patrimonial que las Administraciones Públicas pueden exigir de sus autoridades y personal a su servicio por los daños causados en sus bienes y derechos cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia grave».

Ese carácter patrimonial e indemnizatorio tiene su expresión legal en el art. 38.1 de la LOTCu, a cuyo tenor «el que por acción u omisión contraria a la Ley originase el menoscabo de los caudales o efectos públicos

⁷ Vid. Víctor MANTECA VALDELANDE. «El Tribunal de Cuentas y su Ley Orgánica: veinte años de vigencia». *Diario La Ley* n.º 5560, de 6 de junio de 2002.

⁸ Vid. PASCUAL GARCÍA J. *Régimen Jurídico del Gasto Público: Presupuestación, ejecución y control*. Imprenta del BOE Madrid 1999 (p. 712).

quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados», expresión esta muy próxima a la recogida en el art. 1902 del Código Civil a propósito de las obligaciones extracontractuales nacidas de culpa o negligencia.

En parecidos términos lo expresaba ya el antiguo art. 140 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1988⁹, y lo reitera el ahora vigente art. 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que establece lo que sigue: «las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el art. 2 de esta ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder».

No podía faltar, por último, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre esta responsabilidad de apariencia civil, cuyo contenido reparador y patrimonial, y no punitivo o sancionador, lo declaró en el ATC núm. 371/1993, de 16 de diciembre, precisando en su FJ-2.º que «la responsabilidad contable es una especie de la responsabilidad civil, no de la penal», confirmando así la tesis sostenida por la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en diversas resoluciones¹⁰ que la califican como una «subespecie de la responsabilidad civil».

Ello no obstante, como ya advertía la sentencia del Tribunal de Cuentas (STCu en lo sucesivo) de 13 de febrero de 1996, «no debe identificarse absolutamente la responsabilidad contable con la responsabilidad nacida de los delitos, y ello por muy variados órdenes de razones: en primer lugar porque en multitud de ocasiones hay responsabilidad contable sin que paralelamente exista delito; en segundo lugar, porque tratándose de la misma responsabilidad no sería lógico que el ordenamiento jurídico se hubiera encargado de atribuirle a órganos jurisdiccionales diferentes; y, por último, porque la responsabilidad contable se desprende de las cuentas y requiere

⁹ Según el art. 140 del RD Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, Ley General Presupuestaria, «Las autoridades y funcionarios de cualquier orden que por dolo culpa o negligencia graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta Ley estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellas, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder».

¹⁰ Vid. SSTCu de 18 de abril y 28 de octubre de 1986, Autos de 12 de diciembre de 1986, 11 y 18 de enero de 1988, sentencia de 25 de junio de 1992, y auto de 25 de febrero de 1993, entre otras. También numerosas STS-3.^a, como la núm. 3234/2010, de 24 de mayo, entre las más recientes.

de la concurrencia de unos elementos específicos que, guardando la natural similitud, exceden de los prescritos en los arts.1902 y concordantes del Código Civil».

Los elementos específicos o cualificadores de esta variante de la responsabilidad civil fueron expuestos con detalle por la Sala de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en la STCu de 30 de junio de 1992, más tarde reiterados en la de 13 de febrero de 1997, y acogidos por la Sala 3.^a TS en sentencias de 6 de octubre de 2004, 8 de noviembre de 2006 y 24 de mayo de 2010, entre otras, al interpretar el art. 49.1 de la LFTCu. Son los siguientes:

- Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.
- Que además dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos.
- Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate.
- Que la repetida acción esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia inmediata no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave.
- Que el menoscabo producido sea efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente.
- Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

Partiendo de esta matización del Tribunal de Cuentas sobre la falta de plena identidad de la responsabilidad contable con la civil, Vacas García-Alós¹¹ concluye que la responsabilidad contable constituye una variante autónoma y específica de responsabilidad, y ello en función de los tres elementos que la componen: el primer lugar, el elemento subjetivo relativo al sector público y a los agentes del mismo que pueden dar lugar a un determinado ilícito contable; en segundo término, el elemento objetivo, derivado de las cuentas y de los caudales públicos supuestamente perjudicados; y finalmente, el elemento formal, integrado por una serie de procedimiento

¹¹ VACAS GARCIA-ALÓS: *El Tribunal de Cuentas. Enjuiciamiento contable y jurisprudencia constitucional*. Editorial La Ley-Actualidad.1998, p. 62.

residenciados en un orden jurisdiccional específico, y entroncados en el esquema jurisdiccional general, por vía de casación y revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa y no ante el orden jurisdiccional civil (o penal)¹².

Puede colegirse, en suma, que la responsabilidad contable participa de la naturaleza reparadora y patrimonial característica de la responsabilidad civil, pero que presenta genuinas singularidades materiales y formales que la individualizan como una especie dentro del género. A partir de esta conclusión, la semejanza entre la responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo y la responsabilidad contable deducida del mismo hecho habrá de examinarse caso por caso pues no siempre van a ser coincidentes, ni en términos cuantitativos, ni en su atribución subjetiva o personal.

4.2. La infracción contable como presupuesto de la responsabilidad contable. El alcance y la malversación como conceptos contables

Uno de los presupuestos básicos de la responsabilidad contable lo constituye siempre la realización de una conducta infractora de las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad aplicable al sector público. Sin embargo, ni la LOTCu ni la LFTCu contienen una expresa definición de lo que deba entenderse por infracción contable. La LFTCu se limita a clasificar la amplia tipología de conductas generadoras de responsabilidad contable en dos grupos, en función de la mayor o menor complejidad que presenta su investigación: en el primer grupo se integran los casos de alcance o malversación de caudales o efectos públicos, para cuyo enjuiciamiento prevé el procedimiento de reintegro por alcance, y en el otro grupo se incluyen todos los demás casos de responsabilidad contable que no fueran constitutivos de alcance, regulando para ellos el denominado juicio de cuentas.

Es preciso acudir a la Ley General Presupuestaria y a las leyes de finanzas de las Comunidades Autónomas para encontrar la necesaria descripción de las infracciones contables típicas. En concreto, el art. 177.1

¹² Esta tesis, favorable a la naturaleza autónoma de la responsabilidad contable, viene respaldada por diversas resoluciones de la Sala 3.^a –Secc. 2.^a– del Tribunal Supremo en sentencia 1 de marzo de 2003, y de la Secc. 8.^a, de fecha 24 de mayo de 2010, así como de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas (SSTCu de 21 de noviembre de 1996 y 12 de junio de 1997) cuando afirman que tal responsabilidad constituye «un tipo específico y autónomo de responsabilidad tanto por su régimen jurídico propio como por sus específicos elementos subjetivos, objetivos y formales».

de la vigente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria¹³, bajo la rúbrica «hechos que pueden generar responsabilidad patrimonial», tipifica las siguientes infracciones contables:

- Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos.
- Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública estatal sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro.
- Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en esta ley o en la de Presupuestos que sea aplicable.
- Dar lugar a pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el art. 77 de esta ley.
- No justificar la inversión de los fondos a los que se refieren los arts. 78 y 79 de esta ley y la Ley General de Subvenciones.
- Cualquier otro acto o resolución con infracción de esta ley, cuando concurran los supuestos establecidos en el art. 176 de esta ley.

Como decíamos, la LFTCu sitúa en el primer grupo de infracciones contables a las contempladas en el punto a) del art. 177.1 de la Ley General Presupuestaria, esto es, al alcance y a la malversación en la administración de los fondos públicos, para cuyo enjuiciamiento prevé un procedimiento específico denominado de «reintegro por alcance». A estos efectos, el art. 72 de la LFTCu precisa el concepto de alcance, definiéndolo como «el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas».

A tenor de esta definición, el término «alcance» adquiere, por las razones funcionales sugeridas en la exposición de motivos de la LFTCu, una dimensión más amplia que la que cabe deducir del referido art. 177.1 de la Ley General Presupuestaria pues incluye, además del supuesto recogido en la letra a) del citado art. (haber incurrido en alcance o malversación...), todos los demás casos constitutivos de infracción que se expresan en las letras b) a la g), siempre que los mismos encierren un saldo deudor in-

¹³ En lo que aquí interesa, el art. 177.1 de la Ley 47/2003 contempla un catálogo de infracciones prácticamente idéntico al regulado en el art. 141.1 de la derogada Ley General Presupuestaria de 1988.

justificado o conlleven la ausencia de numerario o de justificación en los términos referidos en el art. 72 LFTCu.

Por su parte, la malversación de caudales o efectos públicos se define en el art. 72.2 de la LFTCu como la sustracción de aquellos, o el consentimiento para que esta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo. Obsérvese que este precepto no alude al «ánimo de lucro» que, sin embargo, sí viene exigido como elemento intencional en los tipos penales contenidos en los arts. 432 y 434 del Código Penal, referidos al delito de malversación. Esta diferencia hace posible que un hecho generador de responsabilidad contable a título de malversación «contable», pueda no ser constitutivo de delito de malversación penal.

El segundo grupo de supuestos generadores de responsabilidad contable, esto es, los que son objeto de enjuiciamiento a través del juicio de cuentas, lo integran todas aquellas conductas que, siendo distintas del alcance o la malversación, aparecen tipificadas como infracción contable causante de menoscabo económico. Estas otras infracciones no se definen de forma directa en la LFTCu sino mediante su reenvío a las normas reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad del sector público¹⁴.

4.3. Clases y extensión objetiva de la responsabilidad contable

La LOTCu (art. 38.2) contempla dos tipos de responsabilidad contable, la directa y la subsidiaria

Son responsables directos «quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución» (art. 42 LOTCu), y son responsables subsidiarios quienes «por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o Reglamentos, hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas» (art. 43 LOTCu). Esta última responsabilidad, según dispone el párrafo 2 del art. 43, «solo procede cuando no hayan podido hacerse efectivas las directas»¹⁵.

¹⁴ Nos referimos a las contenidas en las letras b) a f) del art. 177.1 de la Ley General Presupuestaria.

¹⁵ Es importante destacar en este punto que la jurisdicción del Tribunal de Cuentas solo conoce de responsabilidades subsidiarias cuando la responsabilidad directa, previamente declarada y no hecha efectiva, fuese «contable», tal y como lo ha declarado en sentencias

La primera categoría, la de los responsables contables directos, se identifica en su enunciado con las distintas formas de autoría previstas en el art. 28 del Código Penal, e incluye el encubrimiento, hoy tipificado en el CP como delito autónomo (art. 451 CP), y como forma de participación en el art. 23 CPM.

Sin embargo, la extensión objetiva de la responsabilidad contable directa no se corresponde plenamente con la de la responsabilidad civil *ex delicto* exigible a los criminalmente responsables, en especial en los casos de coparticipación. Así, en el orden contable, la responsabilidad directa será siempre solidaria y comprenderá todos los perjuicios causados (art. 38.3 de la LOTCu), en referencia a las conductas dolosas¹⁶, sin distribución de cuotas entre autores y cómplices como dispone el Código Penal (art.116), pues la fijación de cuotas solo se prevé en la LFTCu (art. 71.c) para los responsables subsidiarios. Por último, tampoco se fija en el ordenamiento contable un derecho de repetición a favor del condenado solvente y pagador de la responsabilidad solidaria frente al corresponsable insolvente, derecho que sí se regula en el Código Penal.

Menos aún tiene que ver la extensión de la responsabilidad civil de los partícipes del delito con la segunda categoría de responsabilidad contable, la subsidiaria, reclamable a quien causa menoscabo de caudales públicos por demora o negligencia. En esta modalidad, la obligación resarcitoria queda limitada en su cuantía a los perjuicios que sean consecuencia de los actos atribuidos a los sujetos responsables; puede además moderarse en forma prudencial y equitativa (art. 38.4 y 40.2 LOTCu) e incluso eludirse si se probase que el presunto responsable subsidiario no pudo cumplir las obligaciones, cuya omisión es causa de aquella, con los medios personales y materiales que tuviese a su disposición en el momento de producirse los hechos (art. 40.2 LOTCu).

Como puede verse, los parámetros utilizados en el ámbito contable vuelven a perfilarse de manera bien distinta a los establecidos en la esfera penal, lo cual implica que ante un mismo hecho delictivo puedan aparecer distintos responsables, contables y civiles *ex delicto*, y que estos se vean obligados a indemnizar, por distinta *causa petendi* y con diferente extensión, el perjuicio causado.

de 30 de noviembre de 1988, 29 de septiembre de 1992 y 14 de febrero de 1997 y 7 de abril de 2004, esta última referida hechos que fueron objeto de condena penal ante la jurisdicción militar.

¹⁶ Vid. art. 178 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria. Tipos de responsabilidad.

4.4. La extensión subjetiva de la responsabilidad contable

La responsabilidad contable, desde una dimensión subjetiva, y de acuerdo con una interpretación sistemática de los arts. 2.b), 15.1 y 38.1, de la aludida LOTCu, comprende no a cualquier persona, sino solamente, a quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos, ya que, de lo contrario, la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, con la consiguiente invasión en la esfera de competencia de otros órdenes jurisdiccionales.

Lo reitera el art. 49.1 de la Ley 7/1988, que atribuye a la jurisdicción contable el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, debiendo comprenderse en dicho concepto tanto los funcionarios como los que no ostenten tal condición pero siempre que administren, recauden o custodien fondos o valores públicos, teniendo, precisamente por tales motivos, la obligación de rendir cuentas de dichos fondos o valores¹⁷.

Inicialmente, la pretensión de responsabilidad contable solo podía deducirse frente a quienes se hallaran vinculados al servicio de la Administración Pública. Así se deducía de la literalidad del art. 176 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria (LGP en adelante), que únicamente cita a las Autoridades y demás personal al servicio de las entidades públicas, como sujetos de la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública, con lo que quedarían excluidos los particulares ajenos a la Administración. Sin embargo, el art. 38.1 de la LOTCu, fue más allá de la LGP al extender la responsabilidad contable a todo «el que por acción u omisión contraria a la ley origine el menoscabo de los caudales o efectos públicos», esté o no investido del carácter de autoridad o funcionario público¹⁸.

¹⁷ El mismo criterio se recogía ya en la STS-3.^a de 7 de junio de 1999, al declarar que «pese a los aparentes términos de generalidad con que viene concebida la responsabilidad contable en el art. 38.1 de la LO 2/1982, no puede identificarse “de modo necesario” con la responsabilidad civil o patrimonial en que puedan incurrir, frente a la Administración, quienes, sin estar vinculados al servicio de la misma o estándolo pero no teniendo a su cargo el manejo de bienes o caudales públicos, causen daños a estos». En tales casos, resalta la sentencia, «no se estará ante supuesto alguno de responsabilidad contable, sino ante una situación de “responsabilidad civil frente a la Administración Pública”, para cuya determinación esta habrá de acudir a la jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho o, en su caso, a la contencioso-administrativa, previo agotamiento de la vía administrativa, si mediara responsabilidad de autoridades o personal al servicio de la Administración, pues no es materia de la competencia de la jurisdicción contable».

¹⁸ La idea que sugiere este último precepto fue confirmada por la STCu de 26 de marzo de 1993, al declarar la responsabilidad contable de determinados perceptores de sub-

A juicio de Pascual García¹⁹ lo determinante sería el manejo de fondos públicos por el presunto infractor, de manera que todo aquel que maneje fondos públicos en ejercicio de una función o cargo público del que esté legalmente investido queda sujeto a la rendición de cuentas, de la que surge la condición de «cuentadante», y a la responsabilidad contable. Dicha condición de cuentadante, que el citado autor considera más funcional que formal a la luz de la legislación del Tribunal de Cuentas, normalmente recaerá en autoridades o funcionarios, pero podría recaer también en particulares, en aquellos concretos supuestos en que las leyes les obliguen a rendir cuentas relacionadas con fondos de procedencia pública (*v. gr.* fraude de subvenciones).

Igual posición mantienen Vacas García-Alós²⁰ y Del Cacho Frago²¹, quienes consideran sujetas a control jurisdiccional contable a todas aquellas personas o entidades que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos y que, como consecuencia de dolo, culpa o negligencia graves, puedan originar menoscabo en dichos caudales o efectos por acciones u omisiones contrarias a la normativa reguladora del régimen presupuestario y contable. Dentro de esas entidades incluyen a las receptoras de subvenciones, créditos, avales y otras ayudas procedentes del sector público.

El concepto de cuentadante lo define el art. 138 de la LGP, que dice así:

«1. Serán cuentadantes los titulares de las entidades y órganos sujetos a la obligación de rendir cuentas y, en todo caso:

venciones y ayudas. Matiza la sentencia que «ninguno de los preceptos reguladores de la responsabilidad contable se refiere exclusivamente a los funcionarios o autoridades como exclusivos sujetos pasivos –entiéndase “perjudicados” por el expediente o procedimiento contable-. Por el contrario, se habla en todos ellos de personas –“quienes”, “el que”, “todos cuantos”, “que deban rendir las personas”- encargadas de la recaudación, custodia, manejo o utilización de los caudales o efectos públicos, *vs. gr.*: los arts. 15.1, 38.1, 42.1 y 43 de la Ley Orgánica 2/1982 y los arts. 49.1 y 72 de la Ley 7/1988 de Funcionamiento del Tribunal, así como el art. 138 de la Ley General Presupuestaria». Y es que, en efecto, con base en la disposición contenida en el art. 138 de la Ley General Presupuestaria, a cuyo tenor «también deberán rendir cuentas... los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, sin perjuicio de que sean intervenidas las respectivas operaciones, así como los perceptores de subvenciones», puede afirmarse la responsabilidad contable, tanto de las personas físicas como de las jurídicas, ya sean públicas o privadas.

¹⁹ PASCUAL GARCIA, J. : *Op.cit.*, p. 722 y ss.

²⁰ VACAS GARCÍA-ALÓS.: *Op.cit.*, p. 28.

²¹ ANTONIO DEL CACHO FRAGO. «Competencias y Procedimientos en la Jurisdicción contable». Ponencia presentada en marzo de 1999 en el *Curso de Formación para Fiscales*, en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.

- a) Las autoridades y los funcionarios que tengan a su cargo la gestión de los ingresos y la realización de gastos, así como las demás operaciones de la Administración General del Estado.
- b) Los titulares de las entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social.
- c) Los presidentes o directores de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales y demás entidades del sector público estatal.
- d) Los presidentes del consejo de administración de las sociedades mercantiles estatales.
- e) Los liquidadores de las sociedades mercantiles estatales en proceso de liquidación.
- f) Los presidentes del patronato, o quienes tengan atribuidas funciones ejecutivas en las fundaciones del sector público estatal.

2. Los cuentadantes mencionados en el apartado anterior son responsables de la información contable y les corresponde rendir, en los plazos fijados al efecto y debidamente autorizadas, las cuentas que hayan de enviarse al Tribunal de Cuentas.

La responsabilidad de suministrar información veraz en que se concreta la rendición de cuentas es independiente de la responsabilidad contable regulada en el título VII de esta Ley, en la que incurren quienes adoptaron las resoluciones o realizaron los actos reflejados en dichas cuentas.

3. También deberán rendir cuentas, en la forma que reglamentariamente se establezca, los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, sin perjuicio de que sean intervenidas las respectivas operaciones (...)).

En materia de subvenciones públicas, a las que resulta aplicable el régimen de responsabilidad contable regulado en la LOTCu²², la rendición de cuentas constituye una de las esenciales obligaciones de los perceptores de la subvención, por los que estos, ya sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, se incluyen en el catálogo de cuentadantes a los que puede serles exigida la responsabilidad contable²³. Así se deduce del art.

²² La Ley 38/2003, General de Subvenciones, dispone en la disposición adicional primera lo siguiente: «El régimen de responsabilidad contable en materia de subvenciones se regulará de acuerdo con la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas».

²³ De este último caso trata la STS (3.ª) de 22-11-96, a propósito de una concreta asociación deportiva privada.

34.3 de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFUT-Cu en lo sucesivo), y del art. 14.2 de la Ley General de Subvenciones.

Ahora bien, la inclusión de las entidades privadas y, por extensión, de las personas físicas no funcionarios ni autoridades, entre los posibles sujetos responsables contables debe admitirse con la necesaria cautela. La cuestión la aborda la STCu (Sección de Enjuiciamiento, Departamento 2.º) de fecha 7 de abril de 2004²⁴, al señalar, en un asunto juzgado previamente ante la jurisdicción militar, que «para que alguien pueda ser merecedor de reproche contable debe tener la condición, sea o no funcionario, de cuenta-dante de fondos públicos, pues no en vano la jurisdicción (contable)... se ejerce respecto de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos...».

4.5. El enjuiciamiento de la responsabilidad contable

4.5.1. Consideraciones generales

El Tribunal de Cuentas, además de la actividad fiscalizadora de control externo de la gestión económico-financiera del sector público, tiene encomendada una función de naturaleza jurisdiccional, propia y exclusiva, que ejerce mediante genuinos procedimientos judiciales, a través de los cuales enjuicia infracciones contables y exige responsabilidades de ese mismo tipo.

La naturaleza jurisdiccional de la denominada «jurisdicción contable», entendida como potestad propia y específica para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no ha sido una constante histórica, si bien cuenta con numerosos antecedentes desde tiempos remotos²⁵. En la historia reciente del Tribunal

²⁴ Confirmada en este punto en la STCu (Sala de Apelación) núm. 15/2007, de 24 de julio.

²⁵ En lo que respecta a la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas puede citarse como referencia histórica más lejano, con las debidas matizaciones, la Ordenanza de 1154 que establecía como pena, en los casos de que hubiere fraude y engaño en las cuentas, o descubierto como consecuencia de la toma de las misas, pagar «con el tres tanto de lo que mentare lo que así dejare de cargar o pusiere data», añadiéndose que dicha pena se ejecutaba por los contadores y sus tenientes, siendo la tercera parte para los propios contadores de cuentas y la otra tercia parte para la persona que denunció el hecho. Como precedente más inmediato, debemos citar la Constitución de 1931, que en su art. 120 estableció el Tribunal de Cuentas de la República como órgano fiscalizador de la gestión económica, al que su ley reguladora de 24 de junio de 1934 reconoció «jurisdicción especial y privativa» y la categoría de «supremo». Con posterioridad a la II República se fueron estableciendo normas de

de Cuentas dicha función jurisdiccional se inaugura con la promulgación de la Constitución Española de 1978, cuyo art. 136 alude a su «propia jurisdicción». Aún así, la interpretación de esta expresión no ha sido pacífica, como evidencia la lectura de diversas sentencias penales que, aún hoy en nuestros días, siguen cuestionando la jurisdiccionalidad de la actividad del Tribunal de Cuentas, en su función de enjuiciamiento, por considerarla incompatible con el principio de unidad jurisdiccional consagrado en el art. 117.5 de la Constitución, y ello pese a los esclarecedores pronunciamientos del Tribunal Constitucional en sentido unívoco y favorable al reconocimiento de aquella naturaleza jurisdiccional.

La ley orgánica a que hace referencia la Constitución es la LOTCu, que se completa más tarde por la LFUTCu. Ambas leyes dedican diversos preceptos tanto a la organización y funcionamiento del Tribunal de Cuentas como a la responsabilidad contable y a los procesos jurisdiccionales contables.

Dicha Ley Orgánica atribuye al Tribunal de Cuentas la función de enjuiciamiento contable, entendida como una auténtica jurisdicción a la que se encomienda la resolución de conflictos en los que el interés público que se ventila tiene por objeto la recuperación de caudales públicos o indemnizaciones a favor de la Administración. Se ha señalado²⁶ que esta atribución jurisdiccional al Tribunal de Cuentas supone una excepción al principio de unidad jurisdiccional reconocido por la Constitución a órganos ajenos al Poder Judicial.

Ese carácter jurisdiccional viene respaldado por varias razones de base legal, a saber: la jurisdicción se manifiesta a través de un proceso judicial, respecto del cual la LFUTCu prevé la aplicación directa o supletoria de las leyes de enjuiciamiento civil y contencioso-administrativo; contra las resoluciones de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas cabe recurso de casación y de revisión ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; y finalmente la Ley 2/1987, de

adaptación conforme a las nuevas coordenadas políticas, aprobándose una Ley de Organización, Funciones y Procedimientos del Tribunal de Cuentas del Reino el 3 de diciembre de 1953, modificada en fecha 23 de diciembre de 1961, que definía al Tribunal de Cuentas como órgano de control externo con función de informar al jefe del Estado y a las Cortes.

-Vid. VACAS GARCÍA ALÓS, Luis: *El Tribunal de Cuentas, enjuiciamiento contable y Jurisprudencia constitucional*. Ed. La Ley-Actualidad. 1998 (que cita a DEL CACHO FRAGO, DE LA ROSA ALEMANY y VELARDE FUENTES).

-Vid. VELARDE FUERTES, J.: «El Tribunal de Cuentas y el control del gasto», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 73, p. 361, 1996.

²⁶ Vid. MANTECA VALDELANDE, V.: «El Tribunal de Cuentas y su Ley Orgánica: veinte años de vigencia». *Diario La Ley* núm. 5560, de 6 de junio de 2002.

conflictos jurisdiccionales considera a los órganos de la jurisdicción contable comprendidos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a los efectos que le son propios de resolver conflictos y cuestiones de competencia (art.31).

En la STC 187/1988, de 17 de octubre, el Pleno del Tribunal Constitucional se refirió a la clara distinción existente entre las dos funciones que, en desarrollo del art. 136 de la Constitución, atribuye al Tribunal de Cuentas su Ley Orgánica: «la función fiscalizadora externa de la actividad económico-financiera del sector público y la función de enjuiciamiento de la responsabilidad contable». La misma sentencia subraya que el enjuiciamiento contable se configura como una «actividad de naturaleza jurisdiccional». Dicha declaración fue reiterada en la STC 18/1991, de 31 de enero, en la que se señala que «de la distinta naturaleza de las funciones fiscalizadora y de enjuiciamiento contable y de la correlativa diferencia de regulación legal de cada una de ellas, cabe concluir que el Tribunal de Cuentas es supremo pero no único cuando fiscaliza, pues la propia LOT-Cu presupone la existencia de órganos autonómicos de control externo, y único pero no supremo cuando enjuicia la responsabilidad contable, al atribuirse a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo la competencia para el conocimiento de los recursos de casación y revisión contra sus resoluciones».

Y por lo que se refiere a la función misma, la STC 215/2000, de 18 de septiembre, apuntó que «la actividad desarrollada por la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas consiste en aplicar la norma jurídica al acto contable, emitiendo un juicio sobre su adecuación a ella y declarando, en consecuencia, si existe o no responsabilidad del funcionario, absolviéndolo o condenándolo y, en esta última hipótesis, ejecutando coactivamente su decisión... Y todo ello a través de un procedimiento judicial... en el que aparecen los elementos objetivos, subjetivos y formales que caracterizan un proceso».

En definitiva, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina del Tribunal Constitucional²⁷, resulta inconcusa la naturaleza jurisdiccional del enjuiciamiento contable llevado a cabo por el Tribunal de Cuentas, quien ejerce una función jurisdiccional, plena y exclusiva, en un proceso especial por razón de la materia, y merece la consideración de juez ordinario de la responsabilidad contable.

²⁷ Cfr. SSTC núm. 187/1988, 18/1991 y 215/2000, y AATC núm. 664/84, de 7 de noviembre y 312/1996, de 29 de octubre.

4.5.2. El enjuiciamiento contable como competencia exclusiva de la jurisdicción contable

El enjuiciamiento de la responsabilidad contable se proclama como función y jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas en los art.s 2.b) y 15.1 de su ley orgánica reguladora. En ese ámbito, la jurisdicción contable es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena (art. 17.1 LOTCu).

En función de la materia, la jurisdicción contable tiene atribuida, la competencia objetiva para conocer de las pretensiones indemnizatorias que surjan de aquellas conductas constitutivas de infracciones contables que causan perjuicio económico al sector público. Así lo dispone el art. 49.1 de la LFTCu que, con bastante precisión, atribuye a la Jurisdicción contable «el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir quienes tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos por originar menoscabo en dichos caudales o efectos, tanto con dolo, como con culpa o negligencia graves, a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a la las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o Entidades receptoras de subvenciones, créditos avales u otras ayudas procedentes de dicho sector».

Una vez afirmada la plena y exclusiva competencia de la jurisdicción contable para conocer de las responsabilidades de esa clase, una de las cuestiones que se plantean en la praxis judicial es la de determinar si esta jurisdicción sigue siendo exclusiva para el enjuiciamiento de las responsabilidades civiles –contables– cuando derivan de un hecho delictivo contra los fondos públicos o, por el contrario, cabe entender que el orden jurisdiccional penal extiende su competencia al conocimiento de esa responsabilidad, como si de cualquier otra responsabilidad civil *ex delicto* se tratase, en cuanto ambas comprenden la indemnización de daños y perjuicios causados por el delito.

En una delimitación negativa de la competencia de la jurisdicción contable, el art. 16 de la LOTCu le aparta del enjuiciamiento de «hechos constitutivos de delito o falta» y el art. 17.2 le impide conocer o tomar cualquier decisión sobre cuestiones prejudiciales e incidentales de carácter penal. Estas disposiciones, sin embargo, no implican que, ante la presencia de un hecho que revista caracteres de delito o falta, deba abstenerse de actuar la jurisdicción contable; lo que prohíben es la invasión de competencias propias o específicas de los órganos penales, no el examen de esos mismos hechos en cuanto generadores de responsabilidad contable. Así es como

han sido interpretados dichos preceptos por la doctrina y gran parte de la jurisprudencia, y eso es lo que cabe deducir al ponerlos en relación con el art. 18 de la misma ley, que declara la compatibilidad de ambas jurisdicciones respecto de unos mismos hechos, y con el art. 49.3 de la LFTCu, que impone al juez penal la remisión de antecedentes al Tribunal de Cuentas para la concreción por este de los daños y perjuicios causados a los caudales o efectos públicos.

La primera respuesta, por tanto, la ofrece la LOTCu. (art. 18.2) al reservar a la jurisdicción contable la determinación de la responsabilidad civil «en el ámbito de su competencia» cuando los hechos fueren constitutivos de delito; en este caso, precisa el art. 49.3 de la LFTCu, «el juez o tribunal que conociere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de los delitos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto a fin de que por este se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos».

A propósito de esta última disposición, la memoria de las actuaciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas del ejercicio 1994 hizo la siguiente matización: «tratándose de delitos que originen un menoscabo en los fondos públicos, ocasionados por quienes están encargados del manejo de los caudales o efectos públicos, que se desprendan de las cuentas que dichos sujetos están obligados a rendir, si el Tribunal penal dicta sentencia declarando, además de la responsabilidad criminal, la responsabilidad civil derivada de los delitos anteriormente señalados actúa con notable exceso de jurisdicción, y en un ámbito de competencia que no es el suyo».

Sin embargo, como pone de manifiesto Del Cacho Frago²⁸, raras veces en la práctica la jurisdicción penal ha dado exacto cumplimiento a los preceptos transcritos, lo que puede deberse, quizás, al desconocimiento de las expresadas disposiciones, no solo atribuible al órgano juzgador sino también a las partes intervinientes en el proceso penal, posiblemente justificado por la novedad y singulares características del denominado «nuevo orden jurisdiccional contable», surgido a raíz del art. 136.2 de la Constitución²⁹.

²⁸ DEL CACHO FRAGO, A.: «Competencias y procedimientos en la jurisdicción contable». Ponencia presentada en el *Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*. Madrid 1999.

²⁹ Buena muestra de la falta en que incurren los tribunales penales a ese deber de abstención en la determinación de las responsabilidades civiles «contables» la pone en evidencia la STS 2.^a de fecha 26 de abril de 2002 que, con cita de las SSTS de 24 de enero de 1997 y 12 de noviembre de 96 sobre casos parecidos, no estimó infringido el art. 18.2 de la LOTCu por el tribunal a quo, al condenar al pago de una indemnización a un alcalde beneficiario de unas subvenciones públicas; en este caso la Sala 2.^a del TS justifica su decisión en

Volveremos a ocuparnos del tema con mayor detalle al afrontar el estudio de la compatibilidad de sus actuaciones. Baste señalar, por ahora, que la responsabilidad civil originada como consecuencia de un menoscabo de caudales o fondos públicos constitutivo de delito debe ser, en principio, materia reservada al conocimiento de la jurisdicción contable. Solo se excluyen de esta regla general los casos de responsabilidad civil excedente de la contable y aquellos otros en que la responsabilidad contable no se aprecie (por inexistencia de infracción contable) o no pueda exigirse (por ausencia de sujetos infractores contables).

5. RESPONSABILIDAD CONTABLE VERSUS RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO

Al tratar de las responsabilidades civil y contable derivadas de los delitos contra los fondos públicos, se ha procurado ofrecer una idea aproximada sobre la naturaleza, extensión objetiva y subjetiva, y demás elementos característicos que las configuran. A través de su examen se ha podido advertir el parentesco existente entre estas dos ramas emanadas del tronco común de la responsabilidad civil, y solo en alguna ocasión se ha avanzado alguno de sus rasgos diferenciadores. Es evidente que ambas responsabilidades tienen mucho en común: su carácter patrimonial; su nacimiento a consecuencia de un hecho ilícito causante de un daño; su finalidad indemnizatoria o reparadora de ese daño o menoscabo y su carácter no punitivo.

Ahora, por medio de un breve análisis comparativo, nos proponemos subrayar las desemejanzas de ambas modalidades de responsabilidad con

el hecho de que el Tribunal de Cuentas no había intervenido aún cuando se había producido la sentencia de instancia. Debemos objetar sobre el particular que, por la propia dinámica de la tramitación procesal, difícilmente podría obtenerse un pronunciamiento anterior del Tribunal de Cuentas si previamente el tribunal penal no ha cumplido con la obligación que le impone el art. 49.3 de la LFTCu de trasladarle los antecedentes necesarios para provocar la incoación del correspondiente procedimiento contable, a menos, claro está, que el propio Tribunal de Cuentas haya conocido de los hechos previamente en su función fiscalizadora o por traslado de algún órgano de la Administración Pública.

Viene al caso asimismo citar la STS-2.^a núm. 2015/1994, de 19 de noviembre, en la que negó sin reparos el carácter jurisdiccional del Tribunal de Cuentas al examinar la excepción de cosa juzgada. La STS precisó entonces que las resoluciones dictadas en el enjuiciamiento de la conducta contable del también acusado penalmente no han sido dictadas por un órgano jurisdiccional, ya que no forma parte el Tribunal de Cuentas de los juzgados y tribunales, a quienes corresponde exclusivamente el ejercicio de la potestad jurisdiccional, a que se refiere el art. 117.3 CE y no está entre los tribunales previstos en la LOPJ, que reafirma la unicidad de la jurisdicción, aún sin perjuicio de potestades jurisdiccionales reconocidas por la CE a otros órganos.

la finalidad, creemos que nada estéril, de evitar la confusión tantas veces producida entre ellas en la práctica jurídica.

- Desde un punto de vista objetivo, una y otra responsabilidad difieren en sus causas y en su extensión.

Por sus causas, la responsabilidad contable se desprende de las cuentas que deben rendir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos cuando se origina menoscabo a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes del régimen presupuestario y contable del sector público. La responsabilidad civil *ex delicto* deriva de la comisión de un hecho constitutivo de infracción penal causante de un perjuicio económico. Según lo dicho, en la base de uno y otro tipo de responsabilidad subyace una infracción (contable o penal) de diferente naturaleza y alcance, que determinará la extensión objetiva de la responsabilidad patrimonial consiguiente.

La jurisprudencia penal y contencioso-administrativa ha venido, por ello, reiterando de manera constante la necesidad de distinguir entre los conceptos de alcance contable, y los tipos penales concurrentes, en especial, y como más frecuente, el de la malversación de caudales públicos (del que es trasunto el delito militar de sustracción de efectos). La razón de su insistencia es bien clara: son categorías jurídicas diferentes; mientras el alcance contable es, sencillamente, el saldo debido por el funcionario o empleado que maneja fondos públicos por no aparecer justificado en la rendición de cuentas, la malversación penal o la sustracción de efectos del art. 195 CPM describe la conducta del que –actuando con «ánimo de lucro» en el caso de la malversación– realiza o consiente la sustracción.

La consecuencia inmediata que se deriva de esta elemental diferencia es, sobre todo, cuantitativa: la responsabilidad contable se extiende a la totalidad del saldo no justificado por el cuentadante, mientras la responsabilidad civil derivada de la malversación penal, o del delito contra la Hacienda militar, abarca la cantidad cuya sustracción (directa o consentida) sea imputable a la autoridad o funcionario³⁰. Podría decirse por ello

³⁰ Esa diferente extensión cuantitativa resulta ilustrativa en el caso resuelto por la STS-3.^a (Secc. 2.^a) de fecha 27 de noviembre de 1999, en el que el responsable civil por un delito de malversación de caudales públicos, por haber sustraído para sí la cantidad de 500.000 pesetas, fue además condenado por la jurisdicción contable a la cantidad de 10.127.228 pesetas en procedimiento de reintegro por alcance. La razón que justifica tan importante diferencia de cuantías estriba en que mientras en el proceso penal se investigaba la apropiación por el funcionario de un dinero público (malversación penal), en el proceso contable se reclamó el reintegro de todo el saldo deudor injustificado, no solo el apropiado, en las cuentas públicas que había de rendir el mismo individuo (alcance contable).

que entre las figuras del alcance y la malversación contable, por un lado, y la de la malversación penal, por otro, existe, en términos cuantitativos, una relación de consunción (el importe del alcance normalmente incluye la totalidad del de la malversación penal, pero no siempre a la inversa), lo cual dará lugar, por lo general, a la exigencia de una mayor responsabilidad económica en el orden contable que en el penal.

- Desde un punto de vista subjetivo, esto es, en función de los sujetos implicados, la responsabilidad contable se diferencia netamente de la responsabilidad civil *ex delicto* en varios aspectos, todos ellos de trascendencia.

En primer lugar ha de resaltarse que la condición de sujeto responsable «contable» aparece vinculada a la de «cuentadante», sin que la responsabilidad contable sea posible extenderla a los *extraneus*, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la responsabilidad penal y civil *ex delicto*, en que la participación del *extraneus* se admite aún en los delitos propios de los funcionarios³¹. De esta forma, al frente de la responsabilidad contable siempre habrá una autoridad, funcionario o particular obligado a rendir una cuenta relativa a unos fondos públicos (cuentadante), en contraste con la responsabilidad civil *ex delicto* que ha de imponerse a todos los partícipes en el hecho delictivo, sean funcionarios o no, con tal de que aparezcan imputados como autores, cooperadores necesarios o cómplices en el hecho delictivo. Esa diferencia en los criterios de atribución de responsabilidades conlleva, en muchos casos y sobre todo en los supuestos de codelincuencia, una falta de identidad entre los responsables contables y los civiles *ex delicto*³².

En segundo término, la referida falta de identidad entre los responsables contables y los civiles *ex delicto*, redundando en una desigual distribución de sus respectivas obligaciones indemnizatorias. Así, la participación del *extraneus* en el delito de malversación provoca su incorporación al con-

³¹ En virtud del principio de unidad en el título de imputación y de la accesoriadad de la participación.

³² Viene al caso el asunto enjuiciado en la sentencia del Tribunal Militar Central de fecha 19 de septiembre de 2000 (confirmada en la parte que aquí interesa por STS-5.ª de 22 de mayo de 2001), en cuanto pone en evidencia la diferente atribución de responsabilidad en razón de los sujetos. Así, de los cuatro responsables civiles directos o principales declarados en la causa penal, solo uno de ellos, el militar cuentadante, fue condenado como responsable contable en la STCu de fecha 7 de abril de 2004, que absolvió a los tres particulares, por carecer de la condición de cuentadantes, y condenó como responsable contable directo al militar pagador autor de la sustracción y, en calidad de responsables subsidiarios, al jefe de la Pagaduría y al Interventor militar, funcionarios militares estos últimos que ni siquiera aparecían como imputados en el procedimiento penal militar.

junto de obligados civiles y la asunción de una cuota de responsabilidad (art. 116 CP). Sin embargo el *extraneus*, aún siendo beneficiario del delito, nunca figurará entre los responsables contables, al carecer de la condición de cuentadante, lo que supone una mayor responsabilidad para quienes sí aparezcan como sujetos infractores contables.

- La distribución de responsabilidades es diferente. La distinción que realiza la legislación contable entre responsables directos y subsidiarios no encuentra correspondencia con la clasificación de responsabilidades civiles regulada en el Código Penal.

La primera categoría, la de los responsables contables directos, se identifica en su enunciado con las distintas formas de autoría y participación criminal previstas en los arts. 28 y 29 CP, e incluye el encubrimiento, hoy concebido como delito autónomo en el art. 451 CP. Sin embargo, la extensión de la responsabilidad contable directa no equivale a la de la responsabilidad civil exigible conforme a las normas del Código Penal a los criminalmente responsables, en especial en los casos de pluralidad de partícipes. Así pues, mientras el art. 116 CP prevé la distribución de la responsabilidad civil mediante un reparto de cuotas entre autores y cómplices, de las que unos y otros responderán solidariamente dentro de su respectiva clase y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables, en el orden contable se desconoce tal distribución al proclamar el art. 38.3 LOTCU que la responsabilidad directa será siempre solidaria y comprenderá todos los perjuicios causados.

Menos aún tiene que ver la responsabilidad civil de los partícipes del delito con la segunda categoría de responsabilidad contable, la subsidiaria, reclamable a quien causa menoscabo de caudales públicos por demora o negligencia. En esta modalidad la obligación resarcitoria queda limitada en su cuantía a los perjuicios que sean consecuencia de los actos atribuidos a los sujetos responsables; puede además moderarse en forma prudencial y equitativa (arts. 38.4 y 40.2 LOTCu) e incluso eludirse si se probase que el presunto responsable subsidiario no pudo cumplir las obligaciones, cuya omisión es causa de aquella, con los medios personales y materiales que tuviese a su disposición en el momento de producirse los hechos (art. 40.2 LOTCu).

Por último, así como el Código Penal reconoce al responsable civil pagador de cuotas ajenas un derecho de repetición contra el deudor fallido o insolvente, tal posibilidad escapa a la regulación de la responsabilidad contable.

- El instituto jurídico de la prescripción marca también sus diferencias en las respectivas regulaciones de la responsabilidad civil *ex delicto*

y de la responsabilidad contable, aún cuando una y otra partan del mismo fundamento.

Frente al plazo ordinario de quince años que rige para la responsabilidad civil nacida de los hechos constitutivos de delito, la legislación contable establece dos plazos de prescripción, uno general de cinco años, cuyo *dies a quo* es el de la fecha en que se hubiesen cometido los hechos, y otro especial de tres años en los casos de responsabilidades contables detectadas en cualquier procedimiento fiscalizador y las declaradas por sentencia firme. También contempla la LFTCu la posibilidad de aplicación de los plazos previstos para la responsabilidad civil *ex delicto* en el caso de que los hechos fuesen constitutivos de delito, pero debe recordarse que su aplicación efectiva la ha supeditado el Tribunal de Cuentas a la concurrencia del requisito de la previa declaración de la existencia del delito por la sentencia penal³³.

- Finalmente, el régimen de prueba de los hechos generadores de una y otra responsabilidad también presenta una evidente diferencia. Así, mientras en el proceso penal, y en el civil acumulado, rige el principio de presunción de inocencia, en el enjuiciamiento contable se siguen las reglas del procedimiento civil o contencioso-administrativo, y no es aplicable aquel principio –aunque al iniciar su andadura el actual Tribunal de Cuentas sí se declaró su vigencia–, sino el de la carga de la prueba al que se refiere el art. 217 de la LEC, propio del derecho de obligaciones, en cuyo contexto se sitúan las pretensiones resarcitorias.

6. LA COMPATIBILIDAD DE ACTUACIONES PENALES Y CONTABLES. EL DEBER DE ABSTENCIÓN DEL TRIBUNAL PENAL

Como es sabido, las colisiones entre el orden jurisdiccional penal y civil, aunque posibles, han sabido resolverse mediante un sistema de reglas orgánicas y procesales (acumulación de la acción civil a la penal, pro-

³³ Así, en la STCu de 24 de mayo de 2002, no se entendió aplicable el plazo de prescripción de quince años sino el ordinario de cinco, por cuanto las diligencias penales aún no habían sido vistas por el Tribunal de Jurado. Finalmente, cuando recayó sentencia penal condenatoria, la STCu 8/2003, de 25 de junio, dictada en apelación de la anterior sentencia citada, la revocó y sí consideró aplicable dicho plazo prescriptivo especial previsto para los hechos constitutivos de delito, pues ya entonces existía una declaración sentencial sobre el carácter delictivo de los hechos.

hibición de ejercicio separado simultáneo, prejudicialidad no devolutiva, normas de conflictos jurisdiccionales y de competencia, etc.) que históricamente han venido proclamando la preferencia de la jurisdicción penal sobre la civil, con la salvedad de las cuestiones prejudiciales civiles devolutivas absolutas, cuya subsistencia se viene cuestionando desde la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud de lo dispuesto por el art. 10 de dicha ley³⁴.

Pero veremos que las reglas del juego en la dialéctica interjurisdiccional ya no son las mismas cuando las jurisdicciones llamadas a intervenir son la penal³⁵ y la contable, y ello a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y su Ley de Funcionamiento.

En efecto, el art. 18.1 de la LOTCu proclama que «la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal», lo que resulta difícil de conciliar con la centenaria norma contenida en el art. 114 LECRim, según la cual «promovido un juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal... sin perjuicio de lo establecido... respecto a las cuestiones prejudiciales».

Como refuerzo de la declaración de compatibilidad de actuaciones, el párrafo 2 del art. 18 de la LOTCU establece una reserva legal de la acción contable a favor de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas para el caso de que los hechos fuesen constitutivos de delito; en tal supuesto «la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia».

Dicha reserva legal la corrobora la LFTCU en su art. 49.3, junto a un correlativo deber de abstención de los tribunales penales. Dice así:

«Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el art. 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsa-

³⁴ El art. 10 de la LOPJ dice así: «a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente», de donde parece deducirse que el juez penal debe y puede conocer de todas las cuestiones prejudiciales «a los solos efectos de la represión», quedando así sin contenido por derogación los arts. 4, 5 y 6 LECRIM. Un sector de la doctrina no lo considera así, sino que entiende (Cortés Domínguez y Montero Aroca, entre otros) que esa regla general ha de conciliarse con lo dispuesto en LECRIM, de manera que esta última sigue estando vigente.

³⁵ Al citar a la jurisdicción penal, entiéndase orden jurisdiccional penal y jurisdicción militar penal.

bilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por este se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos».

Por sí sola, la reserva legal de la acción contable no habría de representar ningún problema en las relaciones de ambas jurisdicciones, en cuanto solo conduce a un mero reparto de objetos procesales entre los órganos llamados a resolver. De hecho, la reserva de acciones civiles, como ya se ha dicho, no es algo extraño al proceso penal, pues la LECRIM ya contaba con la reserva «voluntaria» de la acción civil *ex delicto* a favor del perjudicado para su ejercicio separado de la penal, aunque eso sí, con la importante diferencia de que su ejercicio se condiciona a la resolución por sentencia firme de la acción penal (art. 111 LECRIM) o a la terminación del juicio criminal (art. 112 LECRIM).

La problemática se suscita por la falta de armonización de las normas de enjuiciamiento criminal con las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas, ya que mientras aquellas declaran la prioridad del proceso penal y exigen la suspensión de cualquier otro hasta la resolución de la causa criminal, la legislación contable declara compatibles las actuaciones penales y las contables, y propicia el enjuiciamiento paralelo de unos mismos hechos por ambas jurisdicciones, con el consiguiente peligro, entre otros, de la posible concurrencia de sentencias contradictorias.

Es más, la LOTCU y la LFTCU, además de alejarse del tradicional régimen de acumulación automática de la acción reparadora civil a la penal, invierten el clásico principio de preferencia absoluta de la jurisdicción penal –en sus competencias penales genuinas como en las civiles adhesivas– por el de prioridad de la jurisdicción contable en la materia que le es propia.

Así lo reconoce de manera unívoca la doctrina administrativista, representada entre otros por los autores que se citan a continuación: para Vacas García-Alos³⁶ «la preferencia de la jurisdicción penal sobre los restantes órganos jurisdiccionales, contemplada con carácter genérico en los arts. 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 111 y 114 de la Ley Procesal Penal, tiene como excepción el campo de la jurisdicción contable en lo relativo a la determinación de la responsabilidad civil por la comisión de

³⁶ VACAS GARCÍA-ALÓS, L.: «Prioridad de la jurisdicción contable sobre la penal en la determinación de la responsabilidad civil nacida de los delitos». *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 15 de enero de 1992.

determinados delitos». Según Sola Fernández³⁷ «el art. 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (...) se refiere a casos de conflictos de competencia en sentido estricto (y)... pueden plantearse cuestiones de prejudicialidad contable referentes a temas en los que, de una u otra forma, deban determinarse los daños ocasionados a los distintos entes integrantes del sector público por los gestores de fondos públicos en el ejercicio de sus funciones de gestión». Por su parte, Medina Guijarro y Pajares Giménez³⁸ formulan el siguiente postulado: «El art. 18.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas proclama, con notoria claridad en su redacción, la compatibilidad de jurisdicción contable respecto de unos mismos hechos con la actuación de la jurisdicción penal. La razón de ser del art. 18.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas se encuentra probablemente en proteger a la recién instaurada jurisdicción contable de la fuerza e irresistible atracción de la potestad jurisdiccional penal, y enmarcar con nitidez desde el principio las líneas de su competencia objetiva. De esta forma, la práctica y la finalidad de desarrollo que a la Ley Funcionamiento del Tribunal de Cuentas correspondía, aconsejaron explicitar el contenido de dicho art. 18.2, indicando el camino que ha de seguir la jurisdicción penal en estos casos mediante el contenido del art. 49.3 de la propia Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas».

La jurisprudencia de la Sala 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones acerca de las relaciones de la jurisdicción contable y la penal. De ella extraemos, por su acierto y precisión, la sentencia de fecha 7 de junio de 1999, cuyo fundamento jurídico segundo expresa lo que sigue:

«Respecto del tema de la compatibilidad antes destacado –el de las jurisdicciones penal y contable–, hay que decir que, efectivamente, los arts. 18.1 y 49.3 de las Leyes Orgánica y de Funcionamiento mencionadas la reconocen al establecer que “la Jurisdicción contable es compatible respecto de «unos mismos hechos» con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal», que «cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la Jurisdicción contable en el ámbito de su

³⁷ SOLA FERNÁNDEZ, M. F.: «Aproximación al estudio de la compatibilidad entre la jurisdicción contable y la jurisdicción penal», en *Crónica 1987*, Asociación de Censores Letrados y Contables y Servicio de Estudios del Tribunal de Cuentas. 1988.

³⁸ MEDINA GUIJARRO J. y PAJARES GIMÉNEZ J. A.: «Novedades de la Ley de Funcionamiento en la Función Jurisdiccional (Jurisdicción y responsabilidad contable)». *Comentarios sobre la Jurisdicción contable en la LFTCU*. Civitas. Revista Española de Derecho Financiero.

competencia» –art. 18 de la L.O. 2/1982– y que «cuando los hechos fueren constitutivos de delito... el juez o tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por este se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos» –art. 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril–.

(...) En primer lugar, habrá de jugar, en este punto, la delimitación negativa de la competencia de la jurisdicción contable a que se refiere el art. 16 de la Ley Orgánica 2/1982, que, para evitar la contradicción mencionada y en cuanto ahora interesa, en consonancia, además, con lo establecido en los arts. 10 a 14 y 16 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 9.3 y 23 de la Orgánica del Poder Judicial, excluye de su conocimiento «los hechos constitutivos de delito o falta». Es precisamente para este caso, para el que está establecido el art. 18.2 de la primera de las leyes citadas, anteriormente transcrito, en el que se da cumplimiento respecto al clásico principio «le criminal tient le civil en état» –arts. 114 y 362 de las leyes de Enjuiciamiento Criminal y de Enjuiciamiento Civil, respectivamente– y, a la vez, se reserva la competencia de la Jurisdicción contable a la determinación de la responsabilidad civil surgida del delito. Con otras palabras: en el caso de que unos mismos hechos constituyan delito y supuesto de responsabilidad contable, será la Jurisdicción penal la prevalente en materia de determinación de la existencia o inexistencia de aquellos y de su autoría, determinación que habrá de respetarse en sede de Jurisdicción contable, lo mismo que la Jurisdicción penal deberá abstenerse de determinar la responsabilidad civil «ex delicto» en la medida en que esta coincida con la responsabilidad contable y no la exceda dentro de la extensión con que se contempla a aquella en el art. 110 del nuevo Código penal. En cualquier circunstancia, pues, incluida la de hechos susceptibles de integrar supuesto de responsabilidad contable y de responsabilidad penal, la determinación de la primera, con respecto a la concreción de hechos y responsabilidades criminales que hubiera efectuado la segunda, corresponderá al Tribunal de Cuentas. No otra cosa se desprende, con claridad, del art. 16 y de los antes analizados arts. 17.2 y 18 de la Ley Orgánica 2/1982 y 49.2 y 3 de la 7/1988, de Funcionamiento del propio Tribunal».

Desde la perspectiva penalista, la jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo ha evolucionado a favor de un progresivo acercamiento a las tesis administrativistas, sin que por ello pueda afirmarse que las res-

puestas jurisprudenciales sean uniformes al tratar de la compatibilidad de actuaciones contables y penales y del deber de abstención de los tribunales penales en materia de responsabilidad civil.

La STS.2.^a de 10 de febrero de 1995 se mostró pacificadora al tratar del tema que nos ocupa, en un asunto sobre malversación de caudales públicos en el que la sentencia condenatoria de instancia declaraba, entre otras cosas, que «el Tribunal de Cuentas es un órgano administrativo y que no cabe conflicto de competencias entre las jurisdicciones penal y contable, por no estar esta última incorporada al Poder Judicial». La STS-2.^a, ante la alegación cosa juzgada fundada en la previa existencia de una resolución del Tribunal de Cuentas, rechazó el motivo casacional con el siguiente argumento:

«1.º. El orden jurisdiccional penal es siempre preferente y de acuerdo con el art. 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ningún juez o tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional.

2.º. Si en el comportamiento de una determinada persona concurren las exigencias de tipicidad que lo elevan a la categoría de infracción penal, será la jurisdicción penal quien haya de resolver y decidir, sin que pueda alegarse la excepción de cosa juzgada.

3.º. La jurisdicción contable se limita a enjuiciar, a instancia de parte legitimada para hacerlo, las responsabilidades contables derivadas de alcances y otros perjuicios pecuniariamente evaluables, sufridos por el tesoro y los demás órganos del sector público.

4.º. Hay, por consiguiente, una perfecta compatibilidad entre las decisiones que toma en el ejercicio de su actividad el Tribunal de Cuentas y lo actuado por la jurisdicción penal, de acuerdo con el art. 18.1 de la L.O. 2/1982, de 12 de mayo.

5.º. Únicamente se encomienda al Tribunal de Cuentas la determinación de la responsabilidad civil, lo que, si es discutible desde el campo doctrinal, no cabe duda que es una norma de obligado cumplimiento que en nada afecta al problema que ahora se enjuicia».

En coherencia con la doctrina expresada en la anterior sentencia, la Sala 2.^a TS consideró más tarde en su STS núm. 407/1997, de fecha 24 de marzo, que no podía incluirse la prejudicialidad contable en los artículos de previo pronunciamiento como motivo para suspender las actuaciones penales mientras se concreta por el Tribunal de Cuentas la responsabilidad civil, y ello sobre la base de que la jurisdicción penal es siempre preferente y en virtud del principio de compatibilidad de actuaciones argüida en la

sentencia precedente³⁹. En este caso, la Sala 2.^a TS avanzó un paso más en su doctrina, pues llegó a declinar su competencia, en favor del Tribunal de Cuentas, para determinar la responsabilidad civil. La misma doctrina, favorable a la abstención del tribunal penal en materia civil, fue reiterada por la Sala 2.^a TS en posteriores pronunciamientos⁴⁰.

Es más, la propia Sala 2.^a se decidió, incluso, a suprimir en otros casos la condena sobre responsabilidad civil dictada en causa criminal por delito de malversación, tras dejar sentado que «no puede incluirse en el pronunciamiento penal la indemnización por responsabilidad civil de quien, por acción u omisión contraria a la Ley, originare menoscabo de caudales públicos»⁴¹.

Un solución intermedia la proporcionó, como veremos más adelante, la Sala 5.^a del Tribunal Supremo⁴², al imponer una condena genérica en concepto de responsabilidad civil, si bien defiere la determinación de su cuantía y cuota para el periodo de ejecución de sentencia, a resultas de lo que señale el Tribunal de Cuentas, al que se remiten la sentencia y los antecedentes necesarios.

Como puede comprobarse, la actuación de los tribunales penales se ha mostrado sinuosa desde la entrada en vigor de las leyes de organización y funcionamiento del Tribunal de Cuentas, si bien, en nuestra opinión, la evolución de la jurisprudencia penal se vislumbra propensa hacia posiciones conciliadoras de las legislaciones en conflicto, al admitir sin ambages el principio de compatibilidad de actuaciones penales y contables, y reconocer, aunque no en todos los casos, la preferencia de la jurisdicción contable para aquilatar las responsabilidades económicas aún cuando deriven de un hecho constitutivo de delito.

7. CASUÍSTICA EN LA JURISDICCIÓN MILITAR Y DOCTRINA DE LA SALA 5.^a DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO

La jurisdicción militar, al igual que el orden jurisdiccional penal, se ha mostrado reticente a ceder su secular competencia en materia de res-

³⁹ La prejudicialidad contable es asimismo rechazada con igual fundamento en las STS-2.^a de fechas 1074/2004, de 18 de octubre, núm. 381/2007, de 24 de abril y núm. 301/2010, de 25 de enero.

⁴⁰ Cfr. SSTS-2.^a núm. 407/1997, de 24 de marzo; 1537/2002, de 27 de septiembre; 32/2004, de 22 de enero y auto núm. 188/2011, de 24 de febrero.

⁴¹ Cfr. SSTS-2.^a núm. 381/2007, de 24 de abril, y núm. 657/1997, de 5 de mayo.

⁴² Cfr. SSTS-5.^a de fechas 14 de noviembre de 1994 y 22 de mayo de 2001.

ponsabilidad civil. Al repasar las sentencias del Tribunal Militar Central y del Tribunal Supremo se observa que por lo general, y dejando a salvo los casos resueltos en las SSTS-5.^a de 21 de noviembre de 1994 y 22 de mayo de 2001, los tribunales de la jurisdicción militar omiten el cumplimiento del deber de abstención ordenado en la legislación contable y desconocen el principio de compatibilidad de las actuaciones penales con las contables; tal es el caso de los procedimientos resueltos en las sentencias de la Sala 5.^a de lo Militar del Tribunal Supremo de fechas 26 de febrero de 1990 (sustracción de fondos y efectos en Grupo de Intendencia militar), 23 de septiembre de 1996 (sustracción de fondos procedentes de comisiones de servicio), 25 de septiembre de 2001 (apropiación de fondos públicos por capitán de fragata en su función de práctico de Arsenal) y las más recientes de 9 de diciembre de 2009 (sustracción de fondos por habilitado de Farmacia Militar) y 30 de septiembre de 2011 (sustracción de fondos de residencia militar). En otros procesos seguidos ante la jurisdicción militar se muestra un conocimiento impreciso del ámbito competencial de la jurisdicción contable (por razón del objeto o de los sujetos responsables); tampoco faltan casos en que el reconocimiento de la compatibilidad de actuaciones penales con las del Tribunal de Cuentas se limita a la fase de ejecución de sentencia, con lo que parece relegarse a la jurisdicción contable a un segundo plano, como si de un órgano subordinado, encargado de la ejecución de las responsabilidades civiles declaradas en las sentencias penales, se tratara. Por último, en la más reciente sentencia de fecha 17 de noviembre de 2011, la Sala 5.^a TS se ha pronunciado a favor de la competencia indeclinable de los órganos jurisdiccionales penales para la determinación de la responsabilidad civil *ex delicto* en virtud de su preferencia respecto de la jurisdicción contable, sin que ello sea óbice para que el Tribunal de Cuentas se pronuncie «posteriormente» en el ámbito que de su competencia.

Seguidamente se analizan algunas de las sentencias dictadas por el Tribunal Militar Central y la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, en las que se pone en evidencia la diferente perspectiva con la que se han resuelto algunos casos generadores de responsabilidad contable.

I. Ninguna crítica cabe hacer a la solución adoptada por la STMC de 14 de mayo de 1994, confirmada posteriormente por STS-5.^a de 14 de noviembre de 1994⁴³, relativo a un delito contra la Hacienda en el ámbito

⁴³ Conocido más tarde en sede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como caso «Castillo Algar» en la STEDH 28 de octubre de 1998. En dicho procedimiento se enjuició la creación de un «fondo de maniobras de carácter particular», al margen del fondo reglamentariamente establecido, y el abono con cargo a ese fondo de cantidades tales como pla-

militar del art. 189 CPM (solicitud de crédito para atenciones supuestas). En dicho asunto, tras solicitarse por el ministerio fiscal en el acto del juicio oral la abstención del TMC para pronunciarse sobre la responsabilidad civil *ex delicto*, así como el traslado de testimonios al Tribunal de Cuentas, se estimó la solicitud por el TMC y procedió a la remisión de los antecedentes necesarios a la jurisdicción contable, si bien en la sentencia se acordó reservar el definitivo pronunciamiento sobre la indemnización para la fase de ejecución de sentencia. Más tarde, en fecha 15 de septiembre de 1998⁴⁴, el Tribunal de Cuentas dictó sentencia condenatoria y cifró el alcance por malversación de caudales públicos, condenando al responsable contable al reintegro de lo sustraído, con lo que la cuestión civil y contable quedó definitivamente resuelta.

En este caso, pese a la cumplida actuación del fiscal y del TMC, hubiera sido deseable que la abstención de la jurisdicción militar y la remisión de antecedentes al Tribunal de Cuentas se hubiese llevado a cabo en la fase de instrucción por el juez togado central, en cuyo caso, el TMC probablemente habría dispuesto en el juicio oral de un previo pronunciamiento contable que podría aprovechar al decidir en su sentencia cuestiones tales como la cuantía de lo sustraído o la relativa al derecho de repetición del responsable contable frente a los terceros beneficiarios del delito; estos últimos, por cierto, nunca podrían ser responsables contables (al no ser cuentadantes), mientras que en el procedimiento civil acumulado al penal, sí podría exigírseles responsabilidad civil conforme dispone el art. 122 CP; por ello sería de justicia que el responsable contable, pagador de la totalidad del alcance (el autor responsable del delito), pudiera repetir contra aquellos que, no siendo responsables penales, se beneficiaron con los fondos públicos indebidamente detraídos.

II. Especial atención merece el asunto juzgado por el Tribunal Militar Central en la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2000, confirmada en lo que afecta a las responsabilidades civiles por la STS-5.^a de 22 de mayo de 2001, que siguió el criterio marcado por STS-5.^a de 14 de noviembre de 1994, comentada en el punto precedente.

En la STMC se condenó penalmente a un teniente coronel de Intendencia como autor responsable de un delito contra la Hacienda en el ámbito militar del art. 195 CPM (sustracción de 400.000.000 ptas. del Depósito Regulador de Asistencia del ISFAS, del que era su pagador) y a cuatro pai-

cas de homenaje, ayudas a un teniente encausado en procedimiento por imprudencia para afianzar la responsabilidad civil y sufragar gastos de abogado.

⁴⁴ Luego confirmada en apelación por la Sala de Enjuiciamiento del TCu de fecha 11 de octubre de 1989.

sanos como cooperadores necesarios, cómplices y receptadores (art. 197 CPM); asimismo se les condena al pago de las responsabilidades civiles, solidario o subsidiario según los casos, pero acuerda determinar su cuantía y cuota en periodo de ejecución de sentencia a resultas de lo que señale el Tribunal de Cuentas, tal y como había solicitado la Fiscalía.

Por otra parte la STMC absuelve de un delito contra la Hacienda en el ámbito militar del art. 195.1.º CPM (distracción temporal –cuatro meses– de la cantidad de 500.000.000 ptas. y posterior inversión en activos mobiliarios con apropiación de sus rendimientos por importe de 11.960.487 pesetas), imputable al mismo oficial de intendencia, por considerarlo prescrito. También absuelve de la responsabilidad civil a cuatro paisanos, intermediarios financieros, personados como terceros responsables civiles por su presunta participación lucrativa, absolución que el TMC entiende «sin perjuicio de la responsabilidad contable que, en su caso, se determine por el Tribunal de Cuentas, (...) a cuyo efecto se pondrá a disposición del mismo la cantidad avalada».

Varias son las consideraciones que debemos hacer sobre este asunto. La primera cuestión que se nos plantea tiene que ver con la declaración absolutoria de las responsabilidades civiles de los partícipes a título lucrativo de los efectos del delito, en referencia a los cuatro civiles que actuaron como intermediarios financieros en operaciones de colocación de capital. En este punto la STMC les exonera de responsabilidad civil, pero lo hace «sin perjuicio de la responsabilidad contable», sin reparar en el hecho de que todos ellos carecían de legitimación pasiva en el proceso contable y que, por tanto, no podían ser enjuiciados por la jurisdicción contable, al tratarse de meros particulares que ni tenían encomendado el manejo de fondos públicos ni habían asumido la obligación de rendir cuenta pública alguna. Así lo puso de manifiesto la STCu de fecha 7 de abril de 2004, dictada en primera instancia en este mismo asunto, que fue corroborada en este punto en apelación por la STCu de fecha 24 de julio de 2007.

Otro tanto ocurrió con el resto de los paisanos condenados por el TMC como coautores y cómplices del delito contra la Hacienda castrense y los receptadores. Respecto de ellos, y en base al anterior razonamiento, el Tribunal de Cuentas no hizo sino declarar su falta de legitimación pasiva para ser demandados en el procedimiento de reintegro por alcance, expresando, como era de esperar, que la responsabilidad civil de los citados debe ser objeto de fijación por el tribunal penal que entendió de los hechos, que es quien ostenta jurisdicción sobre las restantes personas que, no siendo cuentadantes, colaboraron en la producción de los hechos. En coherencia con su razonamiento, devolvió el asunto al TMC para que fuese este quien

procediera a fijar la responsabilidad civil de los referidos condenados. De hecho el TMC disponía de suficientes datos en su sentencia como para precisar el importe, cuotas y régimen de solidaridad y subsidiariedad que debía imponer a estos partícipes del delito.

No podría pasarse por alto otra cuestión, como es la de la prescripción de la responsabilidad contable, anudada, como se verá, a la previa declaración de prescripción del primero de los delitos contra la Hacienda castrense que se imputaron al pagador del ISFAS. Según consta en los antecedentes de hecho de la STMC que comentamos, el pagador militar sustrajo entre los meses de agosto y noviembre de 1987 la cantidad de 500.000.000 ptas., que fue reintegrada el día 11 de este último mes; dicha cantidad se invirtió en pagarés del Tesoro, por los que obtuvo para sí una rentabilidad de 11.960.487 pesetas, hecho este que inicialmente fue calificado como delito contra la Hacienda en el ámbito militar, en su modalidad agravada de especial gravedad, previsto en el art. 195.1.º y 3.º CPM. Con independencia de la opinión que pudiera merecer la decisión del ministerio fiscal de modificar sus conclusiones provisionales en el sentido de recalificar este hecho como constitutivo del tipo básico del delito contra la Hacienda militar, del art. 195.1 CPM⁴⁵, con el subsiguiente desistimiento de la acción penal por considerar que al haber transcurrido cinco años el hecho estaba prescrito, lo cierto es que una vez retirada la acusación, el TMC no pudo, por exigencia del principio acusatorio, hacer otra cosa que absolver de ese delito, lo que precipitó a su vez el abandono de la acción de responsabilidad contable y la pérdida para el erario de tan importantes cantidades.

En efecto, como ya se dijo al hablar de la prescripción de la responsabilidad contable, el plazo ordinario de cinco años se eleva al especial de quince cuando los hechos fueren constitutivos de delito. Pero a este respecto, la doctrina del Tribunal de Cuentas⁴⁶ ha venido manteniendo que sea una sentencia penal, y no cualquier otra resolución, la que declare el carácter delictivo de los hechos, algo que, al no haberse producido en el caso que nos ocupa, determinó que la responsabilidad contable para exigir el reintegro de aquellas 11.960.487 pesetas se encuentra prescrita. Así lo entendió la STCu de fecha 7 de abril de 2004, posteriormente confirmada por la de 24 de julio de 2007, al declarar la prescripción de la responsabilidad contable ante la falta de un pronunciamiento firme de un tribunal

⁴⁵ Nos planteamos si hubiese sido posible sostener la calificación por la vía del art. 195.3, como hecho de especial gravedad, o calificando el hecho como delito de malversación del art. 433, párrafo segundo, del Código Penal (distracción de fondos públicos sin ánimo de apropiación), en ambos casos con plazo de prescripción de 10 años.

⁴⁶ Vid. STCu núm. 8/2003, de 25 de junio y STCu de fecha 22 de julio de 2009.

penal sobre el carácter delictivo de los hechos generadores de ese tipo de responsabilidad.

En este trance, hemos de abundar en la tesis que sosteníamos al tratar el tema de la prescripción contable, según la cual una declaración sentencial –condenatoria o absolutoria– que reconozca la autoría y el carácter de delito a los hechos enjuiciados podría permitir, en nuestra opinión, la aplicación del plazo especial de prescripción de quince años de la responsabilidad contable, pues colmaría la previsión contenida en la Disposición Adicional Tercera de la LFTCu. Por ello, también hemos de insistir en la necesidad de que el ministerio fiscal y Abogacía del Estado impetren dicho pronunciamiento, en sede de juicio oral, a fin de permitir a los tribunales penales decidir en consecuencia y evitar que fenezca la acción de responsabilidad contable en orden a conseguir el reintegro de los caudales sustraídos.

III. En el asunto fallado en la STS-5.^a de fecha 11 de mayo de 2007, por la que estima en parte el recurso de casación interpuesto contra la STMC de fecha 2 de octubre de 2006, se confirma la condena impuesta a un capitán de corbeta, habilitado de la Delegación de Defensa de La Coruña, como autor de un delito contra la Hacienda en el ámbito de lo militar del art. 195.1 del CPM, y se reduce la cantidad que en concepto de responsabilidad civil se ha de abonar al Estado, fijando la suma de 4.212,97 €, que sustituye a la de 40.538,38 € impuesta en la sentencia recurrida. Al propio tiempo el Tribunal Supremo dicta segunda sentencia en la que ordena que en ejecución de sentencia se remitan al Tribunal de Cuentas los antecedentes necesarios por si estimare procedente actuar en el ámbito de sus competencias.

La importante reducción de la responsabilidad civil acordada en sede casacional obedece, según la STS, por una parte, al hecho de que si bien el responsable había extraído y no justificado la cantidad 12.535,49 €, solo se había acreditado que aquel se quedó con la suma de 4.212,97 €; por otra parte, la sentencia de casación entiende, con razón, que al haberse absuelto al acusado en la instancia de otro delito contra la Hacienda militar (del art. 191 CPM por el cobro de 14.565,55 € en concepto de comisiones), delito por el que el fiscal había formulado una acusación tardía, no procedía ya imponer la responsabilidad civil inherente al delito absuelto

Sin lugar a dudas, la cuestión de la responsabilidad civil ventilada en este caso era de la genuina competencia del Tribunal de Cuentas por tratarse de un supuesto de alcance por malversación contable generador de responsabilidad contable. Sin embargo, pese a que el procedimiento penal fue incoado en el año 2002, no nos consta más referencia a la necesaria intervención del Tribunal de Cuentas que la contenida en la sentencia casacional dictada en 2007, en la que, con cita de los arts. 18 de la LOTCu y

49.3 de la LFTCu, se le relega al periodo de ejecución de sentencia, por si estimare procedente actuar en el ámbito de su competencia.

En nuestra opinión, al pronunciarse sin reservas la jurisdicción militar sobre una responsabilidad de inequívoca naturaleza contable incumplió su deber de abstención. Se desconocen las exactas consecuencias que se hubieran derivado de una tempestiva intervención del Tribunal de Cuentas; pero nos podemos aventurar a decir que, de haber intervenido oportunamente la jurisdicción contable, se habría reclamado el montante total de 12.535,49 € extraído y no justificado (en lugar de la cantidad 4.212,97 €, una tercera parte, a que se reduce la condena en vía penal militar); asimismo, se hubiese incorporado a la demanda contable la reclamación de la cantidad de 14.565,55 € (abonada en concepto de comisión al acusado), que motivó extemporánea acusación por el delito del art. 191 CPM, y del que resultó absuelto; por último se habría exigido el reintegro de los intereses de la cantidad total reclamada (40.538,38 €) «desde el momento de su distracción o apropiación», algo no exigido, en cambio, en la sentencia penal. Solo cabe esperar que la actuación del Tribunal de Cuentas, aunque demorada, consiga su reintegro, si es que la prescripción de la acción contable, o cualquier otra circunstancia adversa, no lo impide.

IV. Ninguna referencia se hace a la posible concurrencia de responsabilidad contable, o a la necesaria intervención del Tribunal de Cuentas, en las SSTs-5.^a de fechas 9 de diciembre de 2009 y 30 de septiembre de 2011. Así, en la STS-5.^a de 9 de diciembre de 2009 se desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Militar Central de fecha 1 de diciembre de 2008, en la que se condenó a un teniente coronel farmacéutico, como autor de un delito continuado contra la Hacienda en el ámbito militar del art. 195.1 CPM, a una pena privativa de libertad y al abono de una indemnización de 28.426,72 € en concepto de responsabilidad civil. La condena tiene su base fáctica en la sustracción periódica, entre 2003 y 2005, de diversas cantidades prevaleciéndose de su condición de habilitado de dos centros de farmacia militar y responsable de la liquidación e ingreso de lo recaudado por la venta de productos dispensados. Por su parte, la STS-5.^a de 30 de septiembre de 2011 confirma en todos sus extremos la sentencia de instancia, dictada por el Tribunal Militar Central el 23 de febrero de 2011, en la que se condena al Administrador de una residencia militar como autor de un delito del art. 195.1 CPM a una pena de prisión y al pago, en concepto de responsabilidad civil, de la cantidad (4.010 euros) sustraída en el mes de julio de 2008, sin que, a decir de la sentencia instancia, reproducida en la casacional, «sea exigible el abono de intereses legales al haber consignado –el día 9 de marzo de 2010– la can-

tividad sustraída en la cuenta correspondiente del juzgado instructor». Así pues, no se declara indemnizable el perjuicio de valor producido durante los veinte meses en que los fondos sustraídos permanecieron alejados de su legítimo dueño, el Tesoro público.

En los dos casos precedentes, tampoco albergamos duda alguna acerca de la naturaleza contable de las responsabilidades económicas contraídas, respectivamente, por el farmacéutico militar y el administrador de la residencia militar. Por ello no acertamos a comprender la preterición de la jurisdicción competente, la del Tribunal de Cuentas, y las razones que pudieran llevar a la jurisdicción militar al incumplimiento de una norma imperativa (art. 18.2 de la LOTCu y 49.3 LFTCu) que, insistimos, impone el deber de abstención a los tribunales penales en materia contable, máxime cuando de ese incumplimiento podría derivarse un perjuicio para económico para las arcas públicas (caso de los intereses de demora desde la sustracción hasta su reintegro, indebidamente condonados), como hemos apuntado en párrafos anteriores.

V. Finalizamos este punto con un análisis de la STS-5.^a de 17 de noviembre de 2011, en la que desestima el motivo de casación basado en la vulneración del art. 109 CP en relación con el art. 18 LOTCu, infracción que el recurrente entiende producida por cuanto en el fallo de la sentencia impugnada no puede recogerse acuerdo alguno sobre la responsabilidad civil ya que esta debe ser fijada por el Tribunal de Cuentas y no por la Sala de instancia.

El asunto ventilado en vía casacional fue fallado inicialmente en la STMC de fecha 19 de mayo de 2011, en la que se condenó a un comandante de Intendencia de la Armada como autor de un delito continuado contra la Hacienda en el ámbito militar del art. 195 CPM, al haber transferido dinero (180.524,40 €) desde una cuenta corriente de titularidad pública (Almacén de Aprovisionamiento de la Armada) a una sociedad mercantil de la que era copropietario el procesado, en concepto de pago de supuestos suministros nunca recepcionados. En concepto de responsabilidad civil, el TMC impuso al condenado la obligación de abonar al Estado la indicada cantidad, más los intereses señalados en el art 576 LEC desde la fecha de la firmeza de la sentencia, sin exigir el abono de tales intereses respecto de las cantidades que le hayan sido embargadas y hayan sido consignadas.

La STS-5.^a entra a conocer del motivo, aún cuando fue alegado «per saltum», en una generosa interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva, y lo desestima tras concluir que «en sede penal corresponde al respectivo órgano jurisdiccional pronunciarse sobre las responsabilidades civiles derivadas, en su caso, del delito apreciado, lo que no es óbice para

que el Tribunal de Cuentas se pronuncie posteriormente sobre la responsabilidad contable nacida de los hechos..., sin que la coexistencia de la exigencia, por sus respectivos procedimientos, de ambas responsabilidades comporte, (...) que exista la más mínima vulneración del principio “non bis in idem” entre ellas». Finaliza su argumentación invocando la STS-5.^a de 11 de mayo de 2007, el art. 18 de la LOTCu, y el art. 49.3 LFTCu, para ordenar a la sala de instancia que «en el trámite de ejecución de sentencia, y sin perjuicio de proceder a la exacción de la responsabilidad civil fijada en la resolución jurisdiccional objeto de impugnación, remitir al citado Tribunal de Cuentas los particulares necesarios por si dicho órgano, en el ámbito de sus competencias, estimare pertinente actuar en orden a exigir la oportuna responsabilidad contable».

Como punto de partida, la STS-5.^a acoge la doctrina de la Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con cita de la STS-3.^a de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 2003, que reproduce la de 23 de octubre de 1996, doctrina en la que recuerda la diferencia entre alcance contable y delito de malversación de caudales o efectos públicos, para concluir que ambos conceptos son categorías jurídicas diferentes, determinantes de responsabilidades distintas y «compatibles». Asimismo, la STS-5.^a sintetiza la doctrina de la Sala 3.^a TS (SSTS-3.^a de 25 de octubre de 2002, 2 de julio de 2004 y 24 de mayo de 2010) relativa a la independencia de la responsabilidad contable respecto de la penal, su compatibilidad y la consiguiente coexistencia de ambas responsabilidades por sus respectivos procedimientos. Finalmente cita la STS-3.^a de 7 de junio de 1999⁴⁷, para enfatizar sobre la necesidad de evitar una duplicidad de resarcimientos, de manera que si en vía penal se hubiera hecho efectivo el importe de la responsabilidad civil, «esta misma suma minorará la declarada partida de alcance por la jurisdicción contable y, viceversa, si se hiciera esta efectiva, quedará aquella totalmente extinguida, lo que no es sino una simple consecuencia de la compatibilidad examinada.

La reseña jurisprudencial de la Sala 3.^a que hace la STS-5.^a nos parece acertada en cuanto recoge la doctrina consolidada sobre la compatibilidad de actuaciones penales y contables. Pero creemos que una adecuada interpretación de esa doctrina exige conocer determinados antecedentes que sirvieron de base a las sentencias dictadas por la Sala 3.^a TS, así como ciertos argumentos contenidos en esos mismos pronunciamientos jurisprudenciales, que, sin embargo, no han sido puestos en valor en la STS-5.^a

⁴⁷ La STS.^a 07.06.1999, ya fue citada en este trabajo en el capítulo referido a la compatibilidad de actuaciones y deber de abstención del tribunal penal.

de la que ahora tratamos. Así, la Sala 5.^a no parece tener en cuenta que la STS-3.^a-Secc.8.^a, de 24 de mayo de 2010, rechazó la existencia de prejudicialidad penal en el proceso contable, en un caso en el que la sentencia definitiva del Tribunal de Cuentas precedió a la sentencia penal; en este caso, la Sala 3.^a TS consideró que la jurisdicción contable no había incurrido en exceso de jurisdicción al anticiparse a la sentencia penal, y argumentó que la exigencia de responsabilidad contable es independiente y compatible respecto de la penal, aún cuanto los hechos que dieron lugar al alcance fuesen constitutivos de delito o falta, coexistiendo así la exigencia de ambas responsabilidades. Tampoco entra la Sala 5.^a a considerar, en referencia a la STS-3.^a de 7 de junio de 1999 igualmente citada, que la Sala 3.^a (FJ 3.^o) desliza un ligero reproche al tribunal penal por el incumplimiento de su deber de abstención, al pronunciarse sobre la responsabilidad civil cuando la competencia del Tribunal de Cuentas para declararla goza de prevalencia⁴⁸.

Por lo que respecta a la copiosa doctrina de la Sala 2.^a TS sobre el particular, la STS-5.^o que analizamos extracta tres sentencias en apoyo de lo que luego será su conclusión. En la primera sentencia que cita, la de 18 de febrero de 2003, la Sala de lo Penal se decanta abiertamente a favor de la compatibilidad de actuaciones penales y contables, y reitera la doctrina de la Sala 3.^a relativa a la necesaria coordinación de las jurisdicciones actuantes para evitar duplicidad de reintegros. También en este caso se hace preciso aclarar que en el asunto que la Sala 2.^a estaba juzgando, a diferencia del enjuiciado por la Sala 5.^a, la sentencia del Tribunal de Cuentas precedió a la penal, y que, además, la Sala 2.^a rechazó entonces la alegación de cosa

⁴⁸ STS-3.^a. Secc. 2.^a. Pte. Sala Sánchez. FJ tercero: «... La circunstancia de que la sentencia penal, en vez de observar lo establecido en los arts. 18.2 y 749.3 de las leyes Orgánica 2/1982 y de Funcionamiento 7/1988, no se abstuviera de conocer de la responsabilidad contable y se pronunciara sobre la responsabilidad civil «ex delicto» en la forma en que lo hizo, no puede tener otra significación que la de una falta de coordinación sin trascendencia alguna sobre el fondo de la cuestión. En efecto: la resultancia de hechos y, por ende, su existencia fue absolutamente coincidente, así como que recayera la responsabilidad penal como autor en el único iniciado en responsabilidad contable. La autonomía y plenitud de competencia para cuantificar la referida responsabilidad contable fue en definitiva ejercida y actuada por el Tribunal de Cuentas con estricta observancia de los preceptos acabados de citar, sin que la diferencia de 48.108 ptas. en más existente entre la responsabilidad contable fijada por el Tribunal de Cuentas y la civil determinada por el tribunal penal signifique otra cosa que la prevalencia de la primera sobre la segunda ante el hecho indubitado de que se trata de un tema en que la competencia del Tribunal de Cuentas es exclusiva y plena, conforme también se puso antes de relieve».

Vid. Sala Sanchez, Pascual. Este autor, ponente de la sentencia reseñada realiza un interesante y clarificador estudio de conjunto sobre este tema en su art. «Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas en España». Revista Española de Derecho Administrativo núm. 39.

juzgada porque «las decisiones del Tribunal de Cuentas (no) pueden vincular a la jurisdicción penal; por lo que la sentencia de aquel no produce cosa juzgada»⁴⁹.

La Sala 5.^a cita a continuación la STS-2.^a de 18 de octubre de 2004, en la que, en efecto, se llega a concluir, como hace la STS-5.^a, que «en la declaración de responsabilidad penal y civil dimanante de esta, no puede declinarse la competencia en otro órgano no penal, al objeto de que declare la existencia de un hecho delictivo, pronunciándose sobre algún elemento delictivo o sobre las consecuencias del delito. Ello no quita para que “a posteriori” y en lo que a su competencia respecta, el Tribunal de Cuentas pueda coincidir con los pronunciamientos del Tribunal Penal, ya que el Tribunal de Cuentas actúa con otros criterios y finalidades». Ahora bien, a nuestro juicio, este aserto no debe ser interpretado de forma aislada, sino que ha de conectarse con el motivo casacional que invoca el recurrente, quien, en ese trance, alegaba que el pronunciamiento previo del Tribunal de Cuentas constituía una condición objetiva de procedibilidad inobservada en la instancia penal, pues sostenía que la competencia de la jurisdicción contable era previa y preferente a la penal. Ante tal planteamiento, la Sala 2.^a no podía sino declarar la prevalencia «indeclinable» de la competencia de la jurisdicción penal y rechazar el motivo casacional, al igual que en otros casos la propia Sala 2.^a ha declarado la inadmisibilidad de prejudicialidad contable en el proceso penal, sin que ello obste para que la jurisdicción contable se pronuncie *a posteriori* en el ámbito de su competencia.

En nuestra opinión, ese pronunciamiento *a posteriori* al que alude la STS-2.^a, no supone que el Tribunal de Cuentas deba actuar a remolque del Tribunal Penal en todo caso, como si la compatibilidad de actuaciones fuese admisible solo en ejercicio sucesivo y no anterior o simultáneo (tal y como se deduce del art. 18.2 LOTCu y 49.3 LFTCu); más bien nos parece que la STS-2.^a, ante el hecho consumado de que ya había recaído un pronunciamiento sobre responsabilidad civil en vía penal, optó por la alternativa de confirmar la sentencia de instancia, lo cual, como bien dice, no quita para que, en virtud del principio de compatibilidad de actuaciones,

⁴⁹ Vid. STS-2.^a de 18.02.2003. Esta sentencia niega asimismo la vulneración del principio «non bis in idem» por el hecho de haberse dictado una sentencia condenatoria anterior del Tribunal de Cuentas, en la que se declaró la existencia de responsabilidad contable (por un montante de 69.236.357 pesetas), tras la cual el tribunal penal declaró la responsabilidad civil *ex delicto* (por importe de 50.000.000 pesetas). En ese contexto, la sentencia declara la compatibilidad de ambos pronunciamientos, al tiempo que previene contra la duplicidad de reintegros al erario público, para lo cual en ejecución de las sentencias se habrá de tener en cuenta lo abonado para cada una de ellas.

también se reclame ante la jurisdicción contable lo que corresponda; algo que naturalmente no podría ocurrir sino *a posteriori*.

Por todo ello consideramos que la STS-5.^a de 17 de noviembre de 2011, aunque se muestra respetuosa con el principio de compatibilidad de actuaciones penales y contables, no favorece el cumplimiento de deber de abstención ordenado en el art 49.6 LFTC LFTCu (que en el FJ 16.^a dice aplicar) cuando el hecho delictivo sea susceptible de generar responsabilidad contable. En suma, la postura que sostiene la STS se aparta de la doctrina ecléctica expuesta en las anteriores SSTs-5.^a de 14 de mayo de 1994 y 22 de mayo de 2001 (única doctrina, por cierto, de la Sala 5.^a, ya que en las demás sentencias se omite el debate sobre la cuestión). Del mismo modo, la STS-5.^a que comentamos se aleja del criterio sostenido por la Jurisprudencia de la Sala 2.^a citada en este mismo trabajo, que, como se recordará, en unos casos ha declinado, a favor del Tribunal de Cuentas, la competencia de los tribunales penales para pronunciarse sobre la responsabilidad civil⁵⁰ y en otros ha llegado incluso a suprimir la condena en materia de responsabilidad civil dictada en causa criminal por delito de malversación, al entender que «no puede incluirse en el pronunciamiento penal la indemnización por responsabilidad civil de quien, por acción u omisión contraria a la Ley, originare menoscabo de caudales públicos»⁵¹.

9. CONCLUSIONES

Comenzábamos este trabajo invocando el principio general enunciado en el art. 109 del Código Penal, con arreglo al cual la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.

A continuación, al referirnos al enjuiciamiento de la responsabilidad civil *ex delicto*, hacíamos alusión al tradicional sistema de acumulación automática de acciones civiles y penales seguido por nuestra legislación procesal, que permite al juez o tribunal penal conocer tanto de aquello que es objeto de su competencia genuina, el delito y la acción penal, como de aquellas otras materias que no estando atribuidas propiamente al orden jurisdiccional penal, se integran en el ámbito de lo que ha dado en llamar

⁵⁰ Cfr. SSTs-2.^a núm. 407/1997, de 24 de marzo; núm. 1537/2002, de 27 de septiembre; 32/2004, de 22 de enero y auto 188/2011, de 24 de febrero.

⁵¹ Cfr. SSTs-2.^a núm. 381/2007, de 24 de abril y núm. 657/1997, de 5 de mayo.

«competencia adhesiva», en referencia a las pretensiones resarcitorias civiles derivadas del daño producido por el hecho delictivo.

El mismo tipo de obligación de carácter patrimonial y reparatoria, también de indudable naturaleza civil, se reproduce en la legislación contable para el caso de producirse algún menoscabo de los caudales o efectos públicos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las normas de régimen presupuestario y de contabilidad del sector público. En este caso, la denominada responsabilidad contable, a la que solo están sujetos quienes tienen a su cargo o manejo dichos caudales, únicamente puede exigirse por la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas; jurisdicción que su ley reguladora califica de necesaria, improrrogable, exclusiva y plena.

Al tratar de ambas responsabilidades se ha procurado ofrecer una visión aproximada sobre la naturaleza, extensión objetiva y subjetiva, y demás elementos característicos que las configuran; al propio tiempo se han tratado de poner de manifiesto las afinidades existentes entre estas dos ramas emanadas del tronco común de la responsabilidad civil, parentesco que el Tribunal Constitucional se ha ocupado de sancionar al calificar la responsabilidad contable como una subespecie de la responsabilidad civil. Es evidente que las dos responsabilidades tienen mucho en común: su carácter patrimonial; su nacimiento a consecuencia de un daño o perjuicio derivado de hecho ilícito; su finalidad indemnizatoria o reparadora y su carácter no punitivo. Pero su examen, aunque somero, también nos ha llevado a la conclusión de que la responsabilidad contable no se puede identificar absolutamente con la responsabilidad civil nacida de los delitos ya que aquella requiere de la concurrencia de una serie de elementos cualificadores que la conforman como una especie (distinta) dentro del género; de ahí que la responsabilidad contable no tenga porqué coincidir en su cuantía ni en los sujetos responsables con la exigible penal y civilmente.

El enjuiciamiento de las responsabilidades civil *ex delicto* y contable, deducidas de un mismo hecho delictivo, puede provocar colisiones entre los órganos jurisdiccionales implicados en su conocimiento, dada la existencia de una zona de confluencia en la que las competencias de una y otra jurisdicción resultan concurrentes. En efecto, tanto la legislación procesal criminal como la contable atribuyen competencias a sus respectivas jurisdicciones para conocer del hecho delictivo causante del menoscabo económico y de la responsabilidad patrimonial que el mismo se deduzca.

Las colisiones entre el orden jurisdiccional penal y civil, aunque posibles, han sabido resolverse mediante un sistema de reglas orgánicas y procesales (acumulación de la acción civil a la penal, prohibición de ejercicio

separado simultáneo, prejudicialidad penal etc.) que históricamente han venido proclamando la preferencia de la jurisdicción penal sobre la civil. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y de su Ley de Funcionamiento, las reglas del juego ya no son las mismas cuando las jurisdicciones llamadas a intervenir son la penal (o penal militar) y la contable. Así, por una parte, el art. 18.1 de la LOTCU admite la compatibilidad de actuaciones de las jurisdicciones contable y la penal respecto de unos mismos hechos, lo que resulta difícil de conciliar con la norma de preferencia y prejudicialidad penal contenida en el art. 114 LECRIM. Por otra, el párrafo 2 del art. 18 de la LOTCU establece una reserva legal de la acción contable a favor de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas para el caso de que los hechos fuesen constitutivos de delito, de tal manera que la responsabilidad civil ha de ser determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia. Por último, y como refuerzo de esa reserva legal, la LFTCU (49.3) incorpora un correlativo deber de abstención dirigido a los tribunales penales para conocer de la responsabilidad contable nacida de los delitos, con la consiguiente obligación de dar traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por este se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos.

La problemática que plantea la compatibilidad de actuaciones, matizada por el deber de abstención de los tribunales penales en materia de responsabilidad civil, es diversa, como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo. La primera o más inmediata consecuencia indeseable que puede derivarse de esa compatibilidad de actuaciones es la de que se produzcan sentencias contradictorias.

La realidad forense nos muestra la diferente interpretación que el deber de abstención ha merecido para los tribunales penales. Así, mientras unos órganos penales no se consideran vinculados por la normativa contable, por entenderla contradictoria con una legislación procesal que les reconoce plenitud de jurisdicción en relación con la responsabilidad civil *ex delicto*, otros han entendido que dicho deber es absoluto y les obliga a desconocer todo aquello que tenga que ver con tal responsabilidad. En el primer caso se corre el ya referido riesgo de producir sentencias contradictorias, además de posibles duplicidades indemnizatorias; en el segundo, nos enfrentamos a la posibilidad de que las responsabilidades civiles excedentes de las contables vaguen en peregrinación del tribunal penal al contable o viceversa, hasta quedar extrañadas de las respectivas jurisdicciones, lo cual podría conducir, a la apertura de un tercer proceso, no exento de dificultades, esta vez ante el orden civil.

Por todo ello, y huyendo de interpretaciones extremas, debemos apelar a la sensibilidad jurídica de jueces, fiscales, Abogacía del Estado y cuantos estén llamados a intervenir en el orden penal o penal militar, a fin de que realicen una interpretación integradora de las normas en conflicto, de tal suerte que partiendo del reconocimiento del Tribunal de Cuentas como verdadero juez predeterminado por la ley para el conocimiento de la responsabilidad contable, se promueva la abstención del tribunal penal para declarar las responsabilidades civiles coincidentes con las contables y, al propio tiempo, sin renunciar a la acción civil *ex delicto*, se propugne la condena a las responsabilidades civiles excedentes de las contables, las cuales podrán ser determinadas en la propia vista oral, si ya se dispusiere de sentencia del Tribunal de Cuentas, o, en otro caso, en fase de ejecución de sentencia a resultas del pronunciamiento de la jurisdicción contable.

Entretanto, la doctrina penal y administrativa seguirá clamando por una necesaria armonización las leyes de enjuiciamiento civil y penal con la normativa procesal contable, de manera que permita resolver sin dificultades las situaciones de conflicto contempladas en este trabajo, pues aquella «perfecta compatibilidad», proclamada con más ilusión que acierto por algunos autores, dista mucho de ser, tal y como hoy viene regulada, la solución que demanda el orden y la seguridad jurídica.

NOTAS. COMENTARIOS

ARMAS BIOLÓGICAS Y TOXÍNICAS: LA CONSIDERACIÓN DE SU EMPLEO COMO UN CRIMEN DE GUERRA

Fernando Soteras Escartín
*Teniente coronel de Infantería. DEM.
Doctor Europeo en Paz y Seguridad Internacional*

SUMARIO:

I. Introducción. II. La costumbre y la ética militar como origen de la regulación del empleo de las BTW. III. La ley internacional, la doctrina y la jurisprudencia en apoyo al control del empleo de las BTW. IV. La criminalidad en el empleo de las BTW, y su reflejo en la Convención de Armas Biológicas y Tóxicas y en otros tratados. V. El Estatuto de Roma y el empleo de las BTW. VI. La problemática interpretativa de las actuales regulaciones. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Las armas biológicas y tóxicas (BTW), más allá de su legado historiográfico, nos han dejado una herencia física palpable durante estos últimos años. Un ejemplo de ese primer legado historiográfico lo encontramos en el devenir de la propia guerra biológica en la antigüedad, pues tenemos constancias varias de su empleo como táctica de combate y de su influencia en estrategias indirectas o derivadas, como el hecho de que la misma contribuyó, entre otras, a la pandemia de peste negra del año 1346 d.C., una de las plagas más mortíferas de

la historia¹. Por su parte, y en relación al legado más actual, sabemos de las 100.000 toneladas de agentes biológicos y tóxicos desarrolladas por los programas ofensivos de diferentes potencias durante el periodo de la Guerra Fría y que causaron variedad de accidentes, incidentes, agresiones y atentados, tanto de forma abierta como encubierta².

Estas armas, denominadas de destrucción masiva (WMD)³, han sido el sujeto de tratados y resoluciones internacionales desde hace casi un siglo. Su objetivo último ha sido, tras reconocerlas, el de controlarlas en todos sus aspectos, además del propiamente relacionado con su empleo, pero, sorprendentemente, obviando uno de los más importantes como es el de la consideración de su empleo como un «crimen de guerra».

Ante esta carencia en la legislación internacional actual⁴, se ha hecho necesario el análisis de la realidad normativa y legal sobre las mismas y la de impulsar soluciones en los ámbitos, tanto nacionales como internacionales, para poder paliar esa carencia de forma lo más inmediata posible.

II. LA COSTUMBRE Y LA ÉTICA MILITAR COMO ORIGEN DE LA REGULACIÓN DEL EMPLEO DE LAS BTW

A día de hoy es difícil aventurarse en afirmar y en identificar adecuadamente cuáles serían las primeras normas redactadas con el objetivo último de limitar los armamentos. Algunos autores⁵ se refieren al *Código hindú*

¹ PERRY ROBINSON, Julian: *The Problem of Chemical and Biological Warfare*, vol. I: *The Rise of CB Weapons*, Stockholm International Peace Research Institute, Humanities Press, Nueva York, 1971, p. 215.

² GUILLEMIN Jeanne: *Biological Weapons: From the Invention of State-Sponsored Programs to Contemporary Bioterrorism*, Columbia University Press, Nueva York, 2005.

³ Tal como decidió, en 1948, la Comisión de Armamentos de Tipo Corriente, un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (documento de las Naciones Unidas S/C.3/32/Revs. 1). Aunque, bien es cierto que poco después de la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas ya habían hecho un llamamiento para eliminar todas las armas «adaptables a la destrucción en masa» (Resolución núm. 1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 24 de enero de 1946), Las Naciones Unidas y el Desarme: 1945-1970 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta 70.IX.1), cap. II.

⁴ Vid. sobre la actualidad de los estudios en este campo el compendio titulado *War Crimes and International Criminal Law*, Thematic Bibliography núm. 6/11, Bibliothèque Multimédia de L'OTAN, Public Diplomatic Division, Bruselas, 2011.

⁵ ROBERTS, A. y GUELFF, R.: *Documents on the Law of War*, 3rd ed., 53, Oxford University Press, Oxford, 2000, «When engaged in battle, one must never slay his enemies with weapons that are treacherous, barbed or laced with poison, or whose tips are ablaze with fire». The Law Code of Manu (P. Olivelle, trans.) (2004) cap. VII, verso 90. También en *Laws of Manu*, Ch. VII, stanza 90, BUEHLER, G. (trans.) en <http://www.sacred-texts>.

de Manu, redactado aproximadamente entre el año 100 y 200 a.C., donde se reflejaba, en medio de una larga y detallada lista de provisiones y recomendaciones, la inclusión de la prohibición de uso de flechas envenenadas. Otra primera referencia⁶ la encontramos en el denominado como *koina nomina*, entre las costumbres de los Helenos, que prohibían el uso de «armas no propias de un *hoplita*» (soldado de infantería griego). Además tenemos otra constancia que data de hace 2.000 años, donde el escritor romano Publio Valerio Máximo (en Roma en el año 31 d.C.)⁷, ya reflejaba la posición de los juristas del Imperio sobre este asunto cuando afirmaban que:

«La guerra se hace con armas, no con venenos»⁸.

Sobre ese periodo clásico, también está recogida⁹, en el denominado como *Corpus Juris Canonici*, la prohibición de «empleo de flechas, dardos y catapultas». Por último, merece una mención significativa, ya en la Alta Edad Media, la contemplada en el Concilio de Letrán, que tuvo lugar en el año 1139 d. C., y que prohibía el uso de ballestas, significando su inadecuado uso como «claro ejemplo de una primigenia ley de empleo de armas»¹⁰.

com/ y en ZANDERS, J.P.: *International Norms Against Chemical and Biological Warfare: An Ambiguous Legacy*, Oxford, 2003, 8 (2) JCSL, pp. 391-394.

⁶ OBER, J.: «Classical Greek Times» en HOWARD M. et al (eds.), *The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World*, New haven, EE.UU., 1994, pp. 12-13. El profesor Schmitt también hace referencia sobre este asunto concreto en SCHMITT, M.N.: «War, Technology and International Humanitarian Law», Harvard University HPCR Occasional Paper Series, Cambridge, EEUU, verano de 2005, nota 2.

⁷ MÁXIMO, Publio Valerio: *Factorum et dictorum memorabilium (Hechos y dichos memorables)*, *Obra completa (II volúmenes conteniendo VII libros)*, Editorial Gredos, Madrid, 2003. Esta obra fue dedicada al emperador Tiberio. Su fin último era ensalzar una serie establecida de virtudes romanas por medio de anécdotas y relatos tradicionales o extraídos de historiadores y filósofos. Esta compilación de anécdotas sirvió de cantera a los oradores para extraer narraciones morales con el fin de ilustrar sus discursos.

⁸ GUILLEMIN Jeanne, Op cit., p. 3. A parte de esta cita, esta postura se ha ido manteniendo a través de los siglos, tanto por juristas como por estrategias militares, y aquí recogemos la opinión del general alemán Von Deimling en referencia al uso de venenos y gases venenosos durante la Primera Guerra Mundial, cuando afirmaba que «Envenenar al enemigo como el que envenena ratas me pone enfermo y, como a cualquier soldado honrado, me resulta repulsivo». *Revista Historia y Vida*, núm. 507, Prisma Publicaciones, Barcelona, 2010, p. 72.

⁹ SCHMITT, M.N., Op. Cit., nota 2. Compilada por primera vez en el año 1917 y posteriormente en el año 1983. HARTWIG, Matthias: Profesor de Derecho Público Comparado y Relaciones Internacionales de la Universidad de Heidelberg. Entrevista realizada en Heidelberg el 22 de septiembre de 2010.

¹⁰ William Hays Parks apunta que esta medida, contemplada en el segundo Concilio de Letrán, fue un fracaso, pues la medida incluía ballestas de largo alcance, apoyándose en que los efectos de su uso y las heridas provocadas por estas se consideraban de naturaleza «bárbara» y que solo se eximia su prohibición cuando el combate era frente a «infeles», lo que posibilitaba la elección final de uso de esta arma. Esta elección se mantuvo hasta

Pero va a ser el denominado como Código Lieber el último tratado militar que refleje esta prohibición de empleo antes que lo hagan las primeras normas y tratados internacionales al efecto. Este código¹¹ tiene su origen en el año 1861 cuando el Dr. Francis Lieber, de la Universidad de Columbia, preparó una declaración que compendia, en un solo documento¹², las leyes de la guerra terrestre que existían y el cual fue utilizado¹³, ya en el año 1863, por el ejército¹⁴ durante la guerra civil americana. El Dr. Lieber, aun habiendo descrito las necesidades militares como «aquellas medidas imprescindibles para alcanzar el final de la guerra con seguridad, y siempre de acuerdo con los usos y empleos modernos de la guerra», también consideraba los límites que la denominada como «necesidad militar»¹⁵ podía permitirse¹⁶ (e. g. el ejercicio de la crueldad). De alguna manera se adelantaba, en unos pocos años, a los derechos de Ginebra y de La Haya, que trataremos más adelante, tanto en cuanto a contenido como a su compendio en un cuerpo legal. Este es, sin lugar a dudas, el primer trabajo donde se exponen las innecesarias consecuencias de la aplicación de ciertos aspectos en la contienda bélica, como los principios de aplicación del «sufrimiento innecesario» y de «heridas superfluas», aunque siempre manteniendo la limitación al propio beneficio¹⁷ y recalando que este, finalmente, deba terminar siendo del todo prohibido. Por último, es necesario reseñar

la aparición de las armas de fuego, aunque no como una prohibición. HAYS PARKS, *W.: Conventional Weapons and Weapons Reviews*, 8 Y1H1, Londres, 2005, 55, pp. 61-62. También contemplado en GIAD, Drapper: «The interaction of Christianity and Chivalry in the Historical Development of the Law of War», 5 (3), *IRRC* 19, Pensilvania, 1965.

¹¹ <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/110?OpenDocument#top> Consultado el 10-6-2010.

¹² Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field. (named «Lieber Code» or «Lieber Instructions»), operative in 24 April 1863. Disponible en el enlace:

<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLJK> Consultado el 13/01/2011.

¹³ Básicamente contenía, hasta lo que conocemos, unos 157 artículos que consideraban muchos aspectos de la conducción de las hostilidades, incluyendo los métodos y los medios para llevarlas a cabo. N. del A.

¹⁴ The Lieber Code of Military Conduct, US Army General Order núm. 100.

¹⁵ Lieber Code, art. 16: Military necessity does not permit of (...) the use of poison in any way (...). El concepto de «necesidad militar» será abordado, posteriormente y ya de una forma más detallada, en el art. 12 de la Declaración de Bruselas de 1874: The laws of war do not recognize in belligerents an unlimited power in the adoption of means of injuring the enemy.

¹⁶ Lieber Code, art. 14.

¹⁷ Se supone, hasta ese momento, más táctico que estratégico. Esta evaluación cambiará con la aparición de las armas de destrucción masiva a mediados del siglo XX y la inclusión, en esta nueva categoría, de las armas biológicas y tóxicas.

que, por ser un primer compendio de normas y costumbres de usos en guerra, el mismo también incluye la prohibición del uso de venenos¹⁸, máxima que nos acompañará en el análisis del resto de normativas posteriores.

En lo referente a la justificación de su empleo, ciertos puntos de vista, como el del general alemán Von Moltke¹⁹, son los que más se han utilizado, en este primer periodo analizado, para apoyar su uso, principalmente por un fin más elevado, cuando afirmaba que:

«(...) Puesto que en la guerra es fundamental liquidar el asunto lo más rápidamente posible, los métodos más crueles de lucha son, al mismo tiempo, los más humanos»²⁰.

Es cierto que el empleo de armas biológicas y tóxicas tiene un recorrido histórico de condena internacional mucho más corto que el de las armas químicas, aunque mucho mayor que el de las nucleares. Las diferencias vienen, parcialmente, porque la historia de la guerra biológica no está suficientemente bien documentada desde que esta ha sido usada contra seres vivos:

«es tan particularmente odiosa que muchos gobiernos son reacios a decir mucho más acerca de sus preparativos, incluso en defensa frente a la misma»²¹.

Como vemos, las BTW son siempre tratadas como un todo junto al resto de las armas. La primera vez que las BTW van a ser identificadas como una categoría distinta será en el Protocolo de Ginebra de 1925, en el cual, explícitamente, se extiende la prohibición en el uso en guerra, además de a asfixiantes venenosos y a otros gases, al de las armas bacteriológicas²².

¹⁸ Lieber Code. arts. 16 y 70.

¹⁹ Prolífico autor sobre la teoría de la guerra y jefe del Estado Mayor prusiano y alemán (1858-1888). N. del A.

²⁰ . HUGHES, Daniel: *Moltke on the Art of War*, Editorial Novato, California, 1993.

²¹ PERRY ROBINSON, Julian, op. cit., p. 111. Parte de la diferencia pudiera ser también atribuida al hecho de que las armas biológicas han sido usadas prioritariamente contra animales. N. del A.

²² La primera parte de la Declaración del Protocolo de Ginebra de 1925 declaraba que: «Las Altas Partes Contratantes, en tanto que no son ya Partes en tratados que prohíben este empleo, reconocen esta prohibición, aceptan extender esta prohibición de empleo a los medios de guerra bacteriológicos y convienen en considerarse obligadas entre sí según los términos de esta declaración». International Conferences (The Hague): Hague Convention (IV) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, La Haya, 18 de octubre de 1907, p. 1.

III. LA LEY INTERNACIONAL, LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA EN APOYO AL CONTROL DEL EMPLEO DE LAS BTW

La historia de las prohibiciones en el empleo de las BTW, pareja con los pronunciamientos de numerosas autoridades²³, refleja su inclusión como Derecho Consuetudinario Internacional. En los últimos años hay, además y en refuerzo a lo anterior, una evidencia indirecta de que la guerra biológica viola el Derecho Consuetudinario Internacional y es la de su inclusión, en parte, en la denominada como guerra química en cuanto a que comparten el aspecto referido a las toxinas. Este hecho se refleja en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, ambas consideradas por tener «la fuerza de una norma de Derecho Consuetudinario Internacional»²⁴, y que eran entendidas para prohibir la anterior²⁵. Además, el Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (denominado comúnmente como Protocolo de Ginebra) de 1925²⁶, por su parte, fue redactado parcialmente como respuesta al empleo extensivo de las armas químicas y tóxicas durante la Primera Guerra Mundial²⁷.

En refuerzo de lo anterior, debemos mencionar que, en la actualidad, numerosas autoridades han concluido que la guerra biológica está prohibida por el derecho consuetudinario internacional. Veamos algún ejemplo de ello: en un estudio del Instituto Internacional para la Investigación de la Paz de Estocolmo (SIPRI), consistente en cinco volúmenes y realizado en 1971, se concluye que esta prohibición era derecho consuetudinario internacional²⁸; en el año 2005 un estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja (ICRC) alcanzó la misma conclusión²⁹; finalmente, en un caso

²³ Vid. JOHNSON, Thomas J.: *A History of Biological Warfare: from 300 B.C.E. to the present*, School of Health Professions, Long Island University, EE. UU., 2003.

²⁴ BOSERUP, Anders: *The Problem of Chemical and Biological Warfare, vol. III: CBW and the Law of War*, Stockholm International Peace Research Institute, Humanities Press, Nueva York, 1971, p. 93.

²⁵ International Conferences (The Hague): Hague Convention (IV) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, Artículo 23(a), La Haya, 18 de octubre de 1907.

²⁶ Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (Protocolo de Ginebra), de 1925, Departamento de Información Pública, ONU, Ginebra, 2006. Disponible en

<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDM2P> Consultado el 23/11/2011.

²⁷ PERRY ROBINSON, Julian, op. cit., p. 18.

²⁸ BOSERUP, Anders, op. cit., pp. 99-140.

²⁹ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (eds.): *Customary International Humanitarian Law, vol. I: Rules, International Committee of the Red Cross*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 259.

previo al Tribunal Internacional de Crímenes para la antigua Yugoslavia, una cámara de apelación discutió la evolución del trato de la prohibición de las BTW señalando que «la falta de controversia ha dado como resultado un consenso general en la comunidad internacional sobre el principio de que el uso de armas [biológicas] está también prohibido en los conflictos armados internos»³⁰.

IV. LA CRIMINALIDAD EN EL EMPLEO DE LAS BTW, Y SU REFLEJO EN LA CONVENCIÓN DE ARMAS BIOLÓGICAS Y TOXÍNICAS Y EN OTROS TRATADOS

La historia, desde esas primeras normas mencionadas, refleja un continuo compromiso para prohibir el empleo de las BTW. La Convención de Armas Biológicas y Toxínicas (BTWC), la cual cuenta actualmente con ciento sesenta y cinco Estados parte³¹, prohíbe el «desarrollo, producción, almacenamiento, adquisición o retención de armas biológicas»³². La IV Conferencia de Revisión de la BTWC estableció que la Convención prohibía el uso de las BTW³³. Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado diversas resoluciones que recomiendan la observación de estos acuerdos³⁴. Además, otras organizaciones regionales, como la Organización de Estados Americanos (OEA), han adoptado resoluciones prohibiendo la guerra biológica³⁵. Esta letanía de trata-

³⁰ Fiscal vs. Tadić: Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, núm. IT-94-I-AR72, 2 de octubre de 1995, p. 14.

³¹ Vid. más ampliamente en el enlace: [http://www.unog.ch/80256EE600585943/\(httpPages\)/F1CD974A1FDE4794C125731A0037D96D?OpenDocument](http://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/F1CD974A1FDE4794C125731A0037D96D?OpenDocument) Consultado el 31-1-2012.

³² Convención sobre la Prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (Tratado de Armas Biológicas y Tóxicas, TABT), de 1972, Departamento de Asuntos de Desarme, ONU, Ginebra, 2010. Disponible en

<http://www.un.org/spanish/Depts/dda/bwc/> Consultado el 25/11/2011.

³³ IV Conferencia de Revisión de la Convención de Armas Biológicas, Declaración Final, BWC/CONF.IV/9 Parte II, Ginebra, 6 de diciembre de 1996.

³⁴ BOSERUP, Anders, op. cit., p. 258; Vid. UN Security Council: Security Council Resolution 1540 (2004) [No Proliferación de Armas de Destrucción Masiva], 28 de abril de 2004; vide también UN Security Council: Security Council Resolution 1810 (2008), 25 de abril de 2008.

³⁵ Organización de Estados Americanos: The Americas as a Biological and Chemical Weapons Free Region, 10 de junio de 2003, AG/RES.1966(XXXIII-O/03); vide también Organización para la Unión Africana: African Model Legislation for the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resources, Argelia, 2000; The Joint Declaration on the Complete Prohibition

dos y resoluciones internacionales refleja el actual acuerdo generalizado sobre la condena de las BTW.

Como refuerzo a estos documentos legales, los organismos competentes confirman que esta prohibición se ha transformado en Derecho Consuetudinario Internacional. Instituciones especializadas en este asunto, como el SIPRI y el ICRC, están de acuerdo en que la guerra biológica está prohibida bajo el Derecho Consuetudinario Internacional³⁶. El ICRC, por ejemplo, apoya esta conclusión con cincuenta páginas de tratados, legislación nacional, prácticas estatales, prácticas internacionales, conferencias internacionales, declaraciones oficiales y otros documentos³⁷. El anterior conjunto de evidencias expuesto anteriormente es, como mínimo, exhaustivo.

Hay también consenso en la extensión de esta prohibición para imponer responsabilidad criminal sobre los individuos. El ICRC ha apuntado al respecto, y en relación al Artículo 8 sus párrafos (2)(b)(xvii) y (2)(b)(xviii), que «hay una amplia evidencia de que tales prohibiciones acarreen responsabilidad individual»³⁸. La evidencia de que esta responsabilidad incluye a las BTW puede también haber sido debido a que un gran número de Estados han declarado el empleo de las mismas como un crimen. De acuerdo con un análisis interno realizado por el Centro de Información, Entrenamiento y de Investigación para la Verificación (VERTIC)³⁹, un tercio de los Estados parte de la BTWC han criminalizado el uso de las armas biológicas y muchos otros han criminalizado la intención de infección o de intoxicación de humanos, plantas o animales cuya causa de enfermedad sea debida a agentes o toxinas. Además, la Resolución 1540 del Consejo

of Chemical and Biological Weapons (The Mendoza Accord), Mendoza, 5 de septiembre de 1991; Unión Europea: Consejo de la Unión Europea, Council Regulation (EC) núm. 3381/94 de 19 de diciembre de 1994 estableciendo un Community Regime for the Control of Exports of Dual- Use Goods, 19 de diciembre de 1994; Unión Europea: Consejo de la Unión Europea, Council Regulation (EC) núm. 1334/2000 de 22 de junio de 2000 estableciendo un Community Regime for the Control of Exports of Dual-Use Items and Technology, 22 de junio de 2000.

³⁶ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (eds.), op. cit., p. 256.

³⁷ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (eds.): *Customary International Humanitarian Law, vol. II: Practice*, International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 1607-1657.

³⁸ International Committee of the Red Cross: The weapons amendment (artículo 8.2, letra e) del Estatuto del ICC), 22 de abril de 2010, disponible en el enlace http://www.iccnw.org/documents/ICRC_The_weapons_amendment.22april10.1755.pdf.

Consultado el 12/12/ 2011.

³⁹ Vid. más ampliamente en el análisis

<http://www.vertic.org/media/assets/Publications/VB%2014.pdf>.

Consultado el 13/12/ 2011.

de Seguridad de las Naciones Unidas requiere de los Estados que apliquen medidas nacionales para prevenir desde los actores no estatales, *inter alia*, el uso de las BTW⁴⁰. Finalmente mencionar que la costumbre internacional de celebrar juicios contra los individuos responsables de realizar estos crímenes muestra que esta práctica existe en el derecho internacional.

V. EL REFLEJO DEL EMPLEO DE LAS BTW EN EL ESTATUTO DE ROMA.

El Estatuto de Roma⁴¹ es el instrumento legal usado por la comunidad internacional para perseguir los crímenes más graves en el ámbito internacional, entre los que se incluyen los denominados como «crímenes de guerra». Estos están identificados explícitamente en su artículo 8⁴², punto 2, donde, paradójicamente, no aparece la palabra «biológica». Las dos provisiones más próximas a lo anterior se encuentran en el mismo artículo 8 del mencionado estatuto, en dos subpárrafos diferentes, uno de forma explícita y otro de forma implícita. La primera mención (explícita) se encuentra en el subpárrafo (2) (b) (xvii) donde se prohíbe el empleo de «veneno o armas envenenadas», una prohibición que fue codificada inicial y oficialmente en el año 1899⁴³. La segunda mención (implícita) se encuentra en el subpárrafo (2) (b) (xviii) que, por su parte, está derivado del Protocolo de Ginebra

⁴⁰ Security Council Resolution 1540 (2004) [No Proliferación de Armas de Destrucción Masiva], 28 de abril de 2004, S/RES/1540(2004): «2. Decide también que todos los Estados, de conformidad con sus procedimientos nacionales, deben adoptar y aplicar leyes apropiadas y eficaces que prohíban a todos los agentes no estatales la fabricación, la adquisición, la posesión, el desarrollo, el transporte, la transferencia o el empleo de armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores, en particular con fines de terrorismo, así como las tentativas de realizar cualquiera de las actividades antes mencionadas, participar en ellas en calidad de cómplices, prestarles asistencia o financiarlas».

⁴¹ El texto del Estatuto de Roma, también denominado Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2011 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002. Vid. el texto en el siguiente enlace:

[http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

Consultado el 21/12/2011.

⁴² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pp. 6-9.

⁴³ International Conferences (The Hague): Hague Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, Artículo 23(a), La Haya, 29 de julio de 1899. Aunque había sido contemplada anteriormente en manuales militares (como el Código Lieber de 1861 y el Manual de Oxford de 1880) y en la Declaración de San Petersburgo de 1868 y de Bruselas de 1874. N. del A.

de 1925⁴⁴ y hacen del empleo de «gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos», pero sorprendentemente no de armas bacteriológicas, un crimen de guerra⁴⁵.

El empleo de las BTW debería estar más explícitamente criminalizado por el Estatuto de Roma porque la guerra biológica está ampliamente reconocida como un crimen grave. El artículo 1 da a la Corte Penal Internacional (CPI) la jurisdicción sobre «personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional»⁴⁶. La prohibición en el uso de las BTW, tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales, ha alcanzado el estatus de ley consuetudinaria. Este estatus representa una condena internacional de tales prácticas por un Estado. La extendida práctica estatal de implementación en la legislación nacional de la criminalización de las BTW como un crimen de guerra está muy generalizado, lo que refleja la extensión de esta prohibición a los individuos.

Pero, además, esa prohibición explícita en el uso de las BTW debería ser incluida en el Estatuto de Roma por el solo hecho de que la misma prohibición, como hemos visto anteriormente, es contemplada actualmente como Derecho Consuetudinario Internacional. El Estatuto de Roma está intentando abarcar «los crímenes más graves que tratan a la comunidad internacional»⁴⁷. Como hemos visto, el trato de las BTW en la ley internacional, la costumbre y la jurisprudencia refleja el enfoque internacional en este tipo de crímenes graves. A pesar de este tratamiento, el uso de las BTW no estaba incluido explícitamente en el Estatuto de Roma. Esta elección ha sido el resultado indirecto de la incapacidad de los delegados en la Conferencia de Roma para alcanzar un consenso en otro tema clave de la negociación del Estatuto; el de si las armas nucleares (NW) deberían ser incluidas. Sabemos que la inclusión de las BTW en el Estatuto de Roma fue debatida previamente a la primera conferencia de revisión pero, finalmente, otros asuntos, entre los cuales estaban el extender las prohibiciones de «veneno» y «gases venenosos» –referenciado en el artículo 8– a los conflictos armados no internacionales y la definición de crímenes de guerra de agresión, tuvieron preferencia.

⁴⁴ League of Nations Treaty Series, núm. 94, 1929, p. 65.

⁴⁵ Conference for the Supervision of the International Traffic in Arms (Geneva): Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous, or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare, Ginebra, 17 de junio de 1925.

⁴⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., Artículo 1, p. 3.

⁴⁷ UN General Assembly: Rome Statute of the International Criminal Court, Preámbulo, Roma, 17 de julio de 1998.

A pesar de su estatus en el derecho internacional, como ya hemos visto, el uso de las BTW no está explícitamente incluido en el Estatuto de Roma. Las WMD atrajeron la atención, en el periodo de elaboración previo al anterior, en tal grado que un observador juzgó su inclusión como «uno de los temas más controvertidos» de la Conferencia de Roma⁴⁸. La fuente de la controversia, sin embargo y como ya hemos mencionado, no fueron las BTW. El debate fue si incluir el tercer tipo de WMD: las armas nucleares. En las últimas etapas de la conferencia, las NW fueron descartadas del borrador. Las delegaciones que se habían opuesto a las NW luego se opusieron, por extensión, a que se continuara con la inclusión de las BTW. Ante el poco tiempo que quedaba de debate en la Conferencia se decidió que la mejor opción sería no realizar una mención explícita a todas las WMD en el Estatuto de Roma.

La desaparición de una referencia explícita a las BTW es, a primera vista, inexplicable. Inicialmente, la inclusión del uso de las BTW parecía incuestionable. Una revisión del sumario de las grabaciones de las reuniones, tanto del plenario como del *Bureau of the Committee of the Whole* (BCOW), revela que a lo largo de la Conferencia los delegados no objetaron nada en contra de la consideración del empleo de las BTW como un crimen de guerra. Los observadores corroboran estas conclusiones⁴⁹. El empleo de las BTW fue incluido en los borradores y permaneció en los mismos hasta el último día de la Conferencia de Roma.

El cambio final pudo estar atribuido al asunto del empleo de las NW. Una opción en el borrador original señalaba la prohibición en el empleo de las NW⁵⁰. Los Estados favorables a esta opción sugerían que el empleo de las NW estaba prohibido por el derecho consuetudinario internacional⁵¹. Argumentaban además que desde que las NW habían sido clasificadas como WMD, al lado de las BTW, estas deberían ser incluidas en el Estatuto de Roma⁵². Los que se oponían a lo anterior mantenían que las NW eran distin-

⁴⁸ COTTIER, Michael: War Crimes: Article 5 en TRIFFTERER, Otto (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, 2.ª edición, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 415.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 412.

⁵⁰ Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court: Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Addendum, Part 1, Draft Statute for the International Criminal Court, A/CONF.183/2/Add.1, 14 de abril de 1998, artículo 5 (B) (o), opción 4.

⁵¹ CLARK, Roger S.: «Building on Article 8(2)(B)(xx) of the Rome Statute of the International Criminal Court: Weapons and Methods of Warfare», 12 *New Crim. L. Revs.*, 2009, pp. 366-368.

⁵² KIRSCH, Philippe y HOLMES, John T.: The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process, 93 *Am. J. Int'l L.*, 2, 3, enero de 1999, pie de nota 32.

tas tanto en cuanto su uso no estaba prohibido por el derecho internacional⁵³, lo que equivalía a incluir la nueva legislación⁵⁴. A lo largo del desarrollo de la conferencia este debate evolucionó hacia un punto de vista que:

«si las armas nucleares no iban a ser incluidas, luego las armas de destrucción masiva más pobres, armas biológicas y químicas, no lo deberían estar tampoco»⁵⁵.

Una vez que las NW desaparecieron del borrador, las delegaciones opuestas a la exclusión de las NW empezaron a oponerse a la inclusión de las BTW⁵⁶. El borrador del Estatuto estaba ahora en una posición precaria. El apoyo de ambas partes era esencial, pero el intento para acordar una segunda ronda de negociaciones podía fracasar. A pesar de ello, la BTWC ofreció una proposición (*package*), en el día final de la conferencia⁵⁷, diseñada para llamar la atención a ambas partes⁵⁸. Esta proposición omitía cualquier mención explícita de las WMD⁵⁹. El artículo 8, en sus subpárrafos (2) (b) (xvii) y (2) (b) (xviii), usaba un lenguaje, acerca de los venenos y de los gases venenosos, el cual había sido presentado en borradores a lo largo de la Conferencia. El Artículo 8 (2) (b) (xx), el cual permitía la posibilidad de adscribir la existencia de estas armas en el futuro, fue añadido con la intención de apaciguar «a la gran mayoría de las delegaciones», quienes estaban descontentos con la actual lista escueta⁶⁰. La proposición fue debatida en el día final de la Conferencia⁶¹. Aunque una enmienda fue propuesta para incluir el uso de las WMD, esta fue rechazada como una propuesta de no acción⁶². Diferentes delegaciones expresaron sus continuas reservas acerca

⁵³ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁴ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court: Committee of the Whole, Summary Records of the 4th Meeting, A/CONF.183/C.1/SR.4, 17 de junio de 1998, p. 53.

⁵⁵ CLARK, Robert S., *op. cit.*, p. 376.

⁵⁶ COTTIER, Michael, *op. cit.*, p. 412.

⁵⁷ CLARK, Robert S., *op. cit.*, p. 376.

⁵⁸ KIRSCH, Philippe, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁹ KIRSCH, Philippe, *op. cit.*, pie de nota 32.

⁶⁰ COTTIER, Michael, *op. cit.*, p. 412.

⁶¹ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court: Committee of the Whole, Draft, Part 2, Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law, A/CONF.183/C.1/L.76/Add.2, 16 de julio de 1998; vide también United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court: Committee of the Whole, Summary Record of the 42nd Meeting, A/CONF.183/C.1/SR.42, 17 de julio de 1998.

⁶² United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Committee of the Whole, Amendments to A/CONF.183/C.1/L.76/Add.2 Proposed by India, A/CONF.183/C.1/L.94, 17 de julio de 1998.

de haber dejado fuera del Estatuto de Roma a las WMD⁶³, pero ya no hubo tiempo para debatir este asunto.

La historia de las conferencias de Roma muestra que el uso de las BTW no ha sido excluido como base de investigación: antes bien, es el resultado de la poca habilidad de las delegaciones para acordar si el uso de las NW debería ser considerado un crimen de guerra. Este asunto debería ser vuelto a tratar.

Las NW difieren de las BTW en un asunto legal; la Corte Internacional de Justicia ha concluido unánimemente que «en ningún derecho internacional, ni convencional ni consuetudinario, existe alguna autorización específica de amenaza o empleo de armas nucleares»⁶⁴. La corte señala que la práctica estatal –en referencia a las WMD– ha sido la de declarar su empleo ilegal en un documento específico, citando la Convención para la Prohibición de las Armas Químicas (CWC) y la BTWC como un contraste con el tratamiento de las NW⁶⁵.

Es cierto que el Tratado de No Proliferación Nuclear (NPT) es cualitativamente diferente de los mencionados CWC y BTWC. El CWC prohíbe claramente la posesión y el empleo, mientras que el BTWC prohíbe la posesión y, ahora es entendido por los Estados parte que, también prohíbe el empleo. El NPT prohíbe la posesión de las NW por todos los Estados excepto aquellos que han fabricado y probado una NW u otro mecanismo explosivo nuclear antes del 1 de enero de 1967⁶⁶. Sensiblemente, no contiene una prohibición de empleo. La prohibición contra el uso de las BTW tiene un recorrido histórico mayor que las armas nucleares, en parte porque estas últimas no han existido hasta tarde. A pesar de que la inclusión de las NW es indiscutible como asunto político y de contenido, este debate no debería salpicar a las BTW. La decisión de si incluir el empleo de las BTW como un crimen prohibido en el Estatuto de Roma no debería depender de la inclusión de las NW.

El asunto de las BTW fue retomado en el periodo previo a la 1.^a Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de 2010, el primer año en el cual las enmiendas podían ser consideradas⁶⁷. Bélgica propuso una enmienda para

⁶³ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Committee of the Whole, Summary Record of the 42nd Meeting, A/CONF.183/C.1/SR.42, 17 de julio de 1998, pp. 32-34.

⁶⁴ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, International Court of Justice (ICJ), 8 de julio de 1996, p. 105 (2)A.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 57.

⁶⁶ Treaty on the Non-proliferation of Nuclear Weapons, Nueva York, 1 de julio de 1968, Artículo IX(3).

⁶⁷ UN General Assembly: Rome Statute of the International Criminal Court, Roma, 17 de julio de 1998, artículo 121, parte 1.

adjuntar provisiones de interpretación del uso de las BTW como un crimen de guerra tanto en los conflictos armados internacionales como no internacionales. La enmienda estaba referida a la manera en que este aspecto estaba reflejado en la CWC y en la BTWC⁶⁸. Otra enmienda belga, la cual fue finalmente adoptada, aplicaba prohibiciones en el Artículo 8 subpárrafo (2) (b) (xvii) y (2) (b) (xviii) para venenos y gases venenosos en conflictos armados internacionales⁶⁹. La enmienda sobre las BTW no fue finalmente considerada en la conferencia de revisión a causa de una combinación de objeciones y logística a las referencias del Tratado. Veámoslo más en detalle a continuación.

Inicialmente, la enmienda propuesta tuvo un fuerte apoyo. Coesponsorizada por otros trece Estados⁷⁰, la propuesta fue justificada en base a que las prohibiciones ya eran consideradas como parte del derecho consuetudinario internacional por muchos Estados⁷¹. El progreso de la enmienda fue detenido, sin embargo, en el último estadio del proceso, pues ninguna propuesta de enmienda debería ser considerada o adoptada en la conferencia de revisión sin antes ser tratada en las reuniones de las asambleas de Estados parte (ASP) –considerado el órgano administrativo, de supervisión y de gestión de la ICC–⁷². Bélgica quería solo someter enmiendas que recibieran «apoyo abrumador»⁷³ en la reunión de la ASP de la Conferencia de Revisión⁷⁴.

⁶⁸ Bélgica: Draft Amendments to the Rome Statute on War Crimes, Amendment 2, 29 de septiembre de 2009. Las regulaciones de las enmiendas relacionadas con las CW y las BTW decían: «xxvii) Using the agents, toxins, weapons, equipment and means of delivery as defined by and in violation of the Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, London, Moscow and Washington, 10 April 1972» y «xxviii) Using or engaging in any military preparations to use chemical weapons as defined by and in violation of the Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction, Paris, 13 January 1993».

⁶⁹ Bélgica: Draft Amendments to the Rome Statute on War Crimes, Amendment 1, 29 de septiembre de 2009; vide también Resolution RC/Res.5 Amendments to Article 8 of the Rome Statute, 16 de junio de 2010, de la resolución final adoptando la enmienda.

⁷⁰ En la misma enmienda, Argentina, Bolivia, Burundi, Camboya, Chipre, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Islas Mauricio, México, Rumania, Samoa y Eslovenia, propuestas de enmienda junto con la de Bélgica.

⁷¹ Bélgica: Draft Amendments to the Rome Statute on War Crimes, Amendment 2, 29 de septiembre de 2009.

⁷² La ASP fue establecida por el Artículo 112 del Estatuto de Roma. Vide UN General Assembly: Rome Statute of the International Criminal Court, Preámbulo, Roma, 17 de julio de 1998, y Artículo 121, parte 2 para los requisitos procesales.

⁷³ Assembly of States Parties, Eighth Session: Report of the Bureau on the Review Conference, Addendum, Annex I: Belgium: Proposal of amendments, ICC- ASP/8/43/Add.1, 10 de noviembre de 2009, p. 3.

⁷⁴ Assembly of States Parties, Eighth Session: Report of the Bureau on the Review Conference, ICC-ASP/8/43, 15 de noviembre de 2009, p. 33.

La enmienda de las BTW, aunque bien es cierto que con importante apoyo, contó sin embargo con cierta oposición⁷⁵. Ante la presentación de múltiples enmiendas, hubo el temor de que no hubiera suficiente tiempo para explorar completamente los asuntos dentro de cada una⁷⁶. Algunos Estados insistían en que tal exploración era necesaria porque solo las enmiendas que mejorasen la universalidad del Estatuto de Roma deberían ser añadidas⁷⁷. Otra objeción positiva planteaba que la utilización en las enmiendas del lenguaje utilizado en la BTWC y en la CWC podría tener un efecto de «universalización consuetudinaria» de aquellos Tratados⁷⁸. Por ello, los delegados estaban preocupados de que los Estados no parte no desearan acceder en este aspecto si tuvieran la impresión de que estaban también accediendo a la BTWC y a la CWC.

La preocupación no excluía a la enmienda sobre el uso de las BTW. Por muy extraño que parezca el orden de importancia en el rango de las enmiendas en el Estatuto de Roma es innecesario y, en algún grado, irrelevante. El Estatuto de Roma es un instrumento legal usado para la persecución internacional de crímenes. Cada área deficiente debería ser tratada y cambiada, si fuera necesario, y no solamente aquellas consideradas como más importantes. Ahora que los siete años de prohibición en el procedimiento de presentación de enmiendas han pasado, un Estado puede proponer una enmienda en cualquier momento⁷⁹.

Usando conceptos de la BTWC y de la CWC no se debería de forzar la universalización de alguno. La enmienda belga dirigida hacia el artículo 8 subpárrafo (2) (b) del Estatuto de Roma incluía:

⁷⁵ Como añadidura de la enmienda adoptada por Bélgica, los delegados presentes en la Conferencia de Revisión también adoptaron una enmienda que incluía el crimen de agresión en el Estatuto de Roma. Vide Resolución RC/Res. 6: The crime of aggression, 11 de junio de 2010.

⁷⁶ Assembly of States Parties, Eighth Session: Report of the Bureau on the Review Conference, ICC-ASP/8/43, 15 de noviembre de 2009, op. cit., p. 34; Assembly of States Parties, Eighth Session: Annex II, Report of the Working Group on the Review Conference, p. 30, disponible en el enlace:

http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/WGRC-ENG.pdf.
Consultado el 27/12/2011.

⁷⁷ Assembly of States Parties, Eighth Session: Report of the Bureau on the Review Conference, ICC-ASP/8/43, 15 de noviembre de 2009, op. cit., p. 34.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 36.

⁷⁹ UN General Assembly: Rome Statute of the International Criminal Court, Roma, 17 de julio de 1998, Artículo 121, parte 1: «After the expiry of seven years from the entry into force of this Statute, any State Party may propose amendments thereto».

- «xxvii) Usando agentes, toxinas, armas, equipos y medios de dispersión como los definidos [en la BTWC];
xxviii) Usando armas químicas o incluido en alguna preparación militar para el uso de las armas químicas como el definido por y como una violación [en la CWC]»⁸⁰.

Otras prohibiciones en aquellos tratados no han sido incluidas. Bélgica eligió el lenguaje mostrado anteriormente como recurso en las discusiones terminológicas y en el alcance de las estipulaciones de las armas biológicas y químicas⁸¹. Además, una enmienda de uso de las BTW no necesitaba necesariamente incorporar el lenguaje de otro tratado. Una posibilidad es utilizar el borrador del lenguaje de la Conferencia de Roma, el cual prohíbe el empleo «de agentes bacteriológicas (biológicos) o toxinas para propósitos hostiles o en conflictos armados»⁸². El borrador del lenguaje de la Conferencia de Roma para las CW está referido a la CWC⁸³, pero podría ser alterado al omitir la referencia a la CWC. Dado que ninguno de los delegados objetó nada al lenguaje utilizado durante la Conferencia de Roma, es altamente deseable que pudiera ser aceptado 12 años después.

Las discusiones anteriormente mostradas, en cuanto a la omisión de la prohibición de uso explícito de las BTW, demuestran que no ha surgido la mentalidad de que el uso de las anteriores es permisible⁸⁴. Dados los actuales puntos de vista de la comunidad internacional, la inclusión del uso explícito de las BTW no debería estar alineado con los Estados no parte del Estatuto de Roma.

⁸⁰ Bélgica: Draft Amendments to the Rome Statute on War Crimes, Amendment 2, 29 de septiembre de 2009.

⁸¹ Assembly of States Parties, Eighth Session: Report of the Bureau on the Review Conference, ICC-ASP/8/43, 15 de noviembre de 2009, op. cit., p. 37.

⁸² Committee of the Whole: Bureau Proposal, A/CONF.183/C.1/L.59, 10 de julio de 1998.

⁸³ Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court: Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Addendum, Part 1, Draft Statute for the International Criminal Court, A/CONF.183/2/Add.1, 14 de abril de 1998, Artículo 5 (B) (o), Artículo 5 (B) (o), la opción 1 prohíbe el uso de: «chemical weapons as defined in prohibited by the [CWC]».

⁸⁴ Vid. un ejemplo al respecto en ELSEA, Jennifer K. y GRIMMETT, Richard F.: *Declarations of War and Authorizations for the Use of Military Force: Historical Background and Legal Implications*, Congressional Research Service, Washington D.C., 17 de marzo de 2011, p. 47.

VI. LA PROBLEMÁTICA INTERPRETATIVA DE LAS ACTUALES REGULACIONES

El estatus de la prohibición de uso de las BTW, como derecho internacional consuetudinario, es compatible con su criminalización en el Estatuto de Roma. Un análisis de las objeciones hechas durante las Conferencias de Roma y de Revisión nos deja entrever que solo se apoya la enmienda del Estatuto cuando existen regulaciones explícitas en el uso de las BTW. Este es un defecto con el que el Estatuto fue redactado; sin embargo, el mismo necesita ser cambiado, y es que la clarificación en la definición de los crímenes es de importancia crucial, tanto para los Estados parte como para los responsables judiciales. Por ende, y como está escrito, el Estatuto de Roma ni prohíbe el uso de las BTW ni aclara las regulaciones en relación con las CW. Finalmente, hay que sumar al análisis anterior que los avances técnicos recientes —en los campos de la microbiología, la ingeniería genética y la biotecnología—, han añadido, si cabe aún más, urgencia en la clarificación de las ambigüedades relacionadas con las BTW en el Estatuto de Roma.

Desde el comienzo de la Conferencia de Roma, el Comité Internacional de Juristas (ICJ) resaltó la importancia de definir claramente los crímenes ya que la vaguedad de las resoluciones podría crear dificultades de interpretación y aplicabilidad. Por ejemplo, un Estado oficial o un individuo que fueran objeto de la jurisdicción del Estatuto de Roma podrían, a sabiendas, violar la ley o argumentar ignorancia cuando ellos lo hicieran⁸⁵. Además, jueces y abogados necesitan un instrumento legal claro para trabajar con y para llevar a cabo eficazmente sus funciones⁸⁶. La ambigüedad del Estatuto de Roma, en referencia a las BTW, podría dar lugar a los fiscales a prohibir cargos con los cuales poder involucrar el empleo de las BTW y tener un efecto similar en la interpretación de los jueces al respecto⁸⁷.

⁸⁵ International Commission of Jurists: Definition of Crimes, ICJ Brief núm. 1 en UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Roma, junio de 1998, p. 3.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 3: «... the crimes within the ICC jurisdiction should be defined with clarity and precision not only to avoid ignorance in the law and to provide a useful tool to the practitioner, but for the provision of adequate instructions to the judges, prosecutor, and the defence».

⁸⁷ GLASIUS, Marlies: Criminalise WMD, 3 de septiembre de 2009, disponible en el enlace:

<http://www.opendemocracy.net/article/email/criminalise-wmd>.
Consultado el 5-1-2012.

Esto es particularmente crucial ya que la parte referida a los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma es inequívoca.

La imprecisión del artículo 8, subpárrafos (2) (b) (xvii) y (2) (b) (xviii), ha creado ya una mayor ambigüedad en los términos referidos a las BTW. El lenguaje «asfixiante, venenoso u otros gases y de todos los materiales líquidos análogos o mecanismos» en el subpárrafo (2) (b) (xviii) está tomado del Protocolo de Ginebra de 1925; todavía, a día de hoy, el propósito de este tratado (que extiende estas prohibiciones al uso de métodos de guerra bacteriológicos) no es parte del Estatuto de Roma. Algunos especialistas han resaltado que esta omisión significa que las armas biológicas no han sido incluidas⁸⁸. Otros, sin embargo, asumen todo lo contrario: que han sido incluidas⁸⁹, bajo la premisa de que el término armas envenenadas es «de primera prohibición» tanto para armas biológicas como químicas⁹⁰.

Un examen de la terminología, sin embargo, indica que el término «veneno» no incluye las armas biológicas. Los «elementos de crímenes», apartado añadido al Estatuto de Roma⁹¹, definen veneno como una sustancia que puede causar la muerte o serios daños a la salud en el curso ordinario de un evento debido a sus propiedades tóxicas⁹². Las armas biológicas son microorganismos con la habilidad de infringir daños o causar enfermedades, las cuales no son usadas para fines profilácticos, para fines de protección o para otros fines pacíficos⁹³. Sabemos además que las toxinas son sustancias venenosas producidas por un ser vivo⁹⁴. Científicamente, por lo tanto, las armas tóxicas son tanto toxinas como químicas⁹⁵. La BTWC prohíbe el empleo de «agentes biológicos o microbiológicos, o toxinas» lo que implica que son de distinta categoría⁹⁶. Desde que las armas biológicas

⁸⁸ WAGNER, Markus: *The ICC and its Jurisdiction-Myths, Misperceptions and Realities*, 8 de abril de 2003, en BOGDANDY, A. von y WOLFRUM, R. (eds.): *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, Koninklijke Brill N. V., Holanda, 2003, p. 460.

⁸⁹ DANDO, Malcolm R. y NIXDORFF, Kathryn: *An Introduction to Biological Weapons*, en MCLAUGHLIN, Kathryn y NIXDORFF, Kathryn (eds.): *BioWeapons Prevention Project Biological Weapons Reader*, Ginebra, 2009, p. 2.

⁹⁰ COTTIER, Michael, *Op. cit.*, p. 413.

⁹¹ UN General Assembly: *Rome Statute of the International Criminal Court*, Roma, 17 de julio de 1998, definiciones en artículos 6, 7 y 8. Encuadramiento y alcance en artículo 9.

⁹² Assembly of States Parties, *Elements of Crimes: Article 8(2)(b)(xvii) War Crime of Employing poison or poisoned weapons*, ICC-ASP/1/3, 9 de septiembre de 2002, p. 139.

⁹³ BOSERUP, Anders, *Op. cit.*, p. 8; vide UN General Assembly, *Resolution 2603 (XXIV): A Question of chemical and bacteriological (biological) weapons*, 16 de diciembre de 1969.

⁹⁴ BOSERUP, Anders, *Op. cit.*, p. 9.

⁹⁵ COTTIER, Michael, *Op. cit.*, p. 420.

⁹⁶ *Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction*, London, Mos-

son nombradas de forma diferente a las armas tóxicas el término «toxina» excluye a las BW por implicación⁹⁷. No siendo ni toxinas ni químicas, las armas biológicas, por lo tanto, no entran dentro de la categoría de «venenos».

El uso de los términos gases «venenos» y «envenenados» puede también preparar el terreno para excluir al menos alguna BTW. Algunos interpretan que el Estatuto de Roma excluye tanto a las armas biológicas como químicas⁹⁸. Además, la historia de las negociaciones, en la cual los delegados han reusado utilizar un tratado con las BTW, nos ha dejado algunos comentarios en la línea de que el Estatuto debería ser interpretado para excluirlas⁹⁹. Además, aunque «asfixiantes, venenosos u otros gases, líquidos análogos, materiales o mecanismos» han sido ampliamente interpretados para incluir armas químicas, hay una cuestión aún pendiente de si algunos agentes químicos, tales como los agentes irritantes, están excluidos¹⁰⁰. Ante el hecho de que hay argumentos a favor de ambas posturas, la falta de consenso refleja una necesidad de clarificación.

Los avances tecnológicos antes mencionados han incrementado la disponibilidad y efectividad de las BTW. En 2005, el ICRC redactó una declaración de advertencia alertando sobre el incremento de riesgo de una guerra biológica a la luz de los actuales desarrollos biotecnológicos¹⁰¹. El ICRC urgía a las comunidades científicas y a los políticos a estar vigilantes y en guardia ante tal abuso. El presidente de la VI Conferencia de Revisión de la BTWC resaltó que estos avances tecnológicos significaban que las armas biológicas eran más baratas de fabricar, más potentes y más difíciles

cow, Washington, D.C., 10 April 1972, artículo 1, añadido enfatizado. El hecho de que el mismo título de la Convención trate los términos biológico y tóxico en categorías separadas es también significativo. N. del A.

⁹⁷ COTTIER, Michael, Op. cit., p. 414.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 415. Algunos delegados presentes en la Conferencia de Roma no fueron conscientes de que este lenguaje no dejaba clara la inclusión de las CW.

⁹⁹ WERLE, Gerhard: *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2005, p. 371.

¹⁰⁰ BOSERUP, Anders: op. cit., p. 41.

¹⁰¹ FORSTER, Jacques: «Preventing the use of biological and chemical weapons: 80 years on», *ICRC, Official Statement*, 10 de junio de 2005, disponible en el enlace:

<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/gas-protocol-100605>.

Consultado el 6-1-2012.

Vide también ICRC Statement to the same effect from 2002, ICRC, Official Statement, Appeal on Biotechnology, Weapons and Humanity, 25 de septiembre de 2002, disponible en el enlace

<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/5EAMTT>.

Consultado el 6-1-2012.

de detectar¹⁰². La tecnología de doble uso (e. g. tecnología que puede ser usada tanto para propósitos militares como civiles) ha incrementado el actual riesgo de uso de las BTW. Por otro lado, ha crecido también el miedo a que los terroristas puedan hacer uso de los informes científicos publicados para el desarrollo de las armas biológicas¹⁰³, y es que la tecnología y el acceso a la información han empezado a ser ampliamente disponibles, obligando, ante este importante incremento, a tener claros los controles legales para evitar su abuso.

VII. CONCLUSIONES

El borrador del Estatuto de Roma fue una tarea enorme, que podría no haber sido ejecutado impecablemente en una conferencia. Y es que la omisión explícita del uso de las BTW fue un defecto que debería ahora ser remediado. Ya sabemos que las prohibiciones en el uso de las BTW están ampliamente reconocidas en el derecho internacional consuetudinario y son aplicadas tanto por los Estados como por los individuos; por lo que ambos crímenes deberían encontrarse reglados e incluidos en el Estatuto de Roma.

La Conferencia de Roma podría no haber acomodado previamente la inclusión del uso de las BTW de una manera más explícita ya que hubo simplemente un debate demasiado extenso en la no resolución alrededor de las NW.

La primera Conferencia de Revisión fue, realmente, el primer intento para que las enmiendas al Estatuto de Roma pudieran ser consideradas, pero la acumulación de enmiendas presentadas y el poco tiempo disponible para su adecuado análisis evitaron la adopción de una solución de conveniencia.

Sin embargo, este periodo inicial ha terminado. Ahora ha llegado el momento de considerar de nuevo la prohibición explícita en el Estatuto

¹⁰² Embajador de Pakistán Masood Khan: Opening Statement by the President of the Sixth Review Conference of the Biological Weapons Convention, 20 de noviembre de 2006, disponible en el enlace:

[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954\(httpAssets\)/B3815E96CB8D2000C125722C003A59C9/\\$file/BWC-6RC-Statement-061120-President.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954(httpAssets)/B3815E96CB8D2000C125722C003A59C9/$file/BWC-6RC-Statement-061120-President.pdf).

Consultado el 6-1-2012.

¹⁰³ Parliamentary Office of Science and Technology: The Dual- Use Dilemma, postnota, núm. 340, julio de 2009, p. 1, disponible en el enlace:

<http://www.parliament.uk/documents/post/postpn340.pdf>

Consultado el 6-1-2012.

de Roma del uso de las BTW en los conflictos armados internacionales y no internacionales. El ICC no ha tenido todavía un caso de uso de BTW antes de esto, pero es crucial que el Estatuto de Roma guíe esta situación de una manera inequívoca antes de que la circunstancia ocurra. Bélgica y otros partidarios de la enmienda propuesta para la primera Conferencia de Revisión deberían presentar una nueva enmienda a la Asamblea de Estados parte para su consideración en la próxima Conferencia de Revisión que se espera establezca la necesaria claridad sobre este asunto, de manera definitiva, en el Estatuto de Roma.

TEXTOS

LEGISLACIÓN

JEFATURA DEL ESTADO

Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando (BOE 156, de 1/07/2011. BOD 130 de 5/07/2011).

Corrección de errores del Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, 1999, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999. (BOE 156, de 6/07/2011)

Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición (BOE 160, de 6/07/2011. BOD 133 de 8/07/2011).

Resolución de 4 de julio de 2011, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 1 de julio de 2011, por el que se modifica el de 30 de mayo de 2008, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presu-

puestaria, respecto al ejercicio de la función Interventora en régimen de requisitos básicos. (BOE 161, de 7/07/2011. BOD 134 de 11/07/2011).

Ley Orgánica 7/2011, de 15 de julio, de modificación del artículo 160 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE 170, de 16/07/2011).

Corrección de errores del Instrumento de Ratificación del Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima hecho en Londres el 14 de octubre de 2005. (BOE 173, de 20/07/2011. BOD 143 de 22/07/2011).

Ley Orgánica 8/2011, de 21 de julio, complementaria de la Ley del Registro Civil, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE 175, de 22/07/2011)

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 175, de 22/07/2011).

- Ley 23/2011, de 29 de julio, de depósito legal (BOE 182, de 31/07/2011).
- Ley Orgánica 11/2011, de 1 de agosto, para la aplicación a la Guardia Civil del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. (BOE 184, de 20/07/2011. BOD 152 de 04/08/2011).
- Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (BOE 184, de 20/07/2011. BOD 152 de 04/08/2011).
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (BOE 184, de 20/07/2011. BOD 152 de 04/08/2011).
- Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE 184, de 20/07/2011).
- Real Decreto-ley 12/2011, de 26 de agosto, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico. (BOE 208, de 30/08/2011).
- Real Decreto-ley 14/2011, de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (BOE 226, de 20/09/2011. BOD 186 de 22/09/2011).
- Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. (BOE 229, de 23/09/2011. BOD 189 de 27/09/2011).
- Ley Orgánica 12/2011, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial(BOE 229, de 23/09/2011)
- Real Decreto 1329/2011, de 26 de septiembre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones. (BOE 232, de 26/09/2011. BOD 191 de 29/09/2011).
- Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011(BOE 233, de 27/09/2011).
- Corrección de errores de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (BOE 243, de 8/10/2011. BOD 200 de 13/10/2011).

Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE 245, de 11/10/2011)

Real Decreto-ley 15/2011, de 14 de octubre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito por importe de 4.221.162.023,96 euros, para atender obligaciones del Ministerio de Trabajo e Inmigración y de otros departamentos ministeriales. (BOE 249, de 15/10/2011. BOD 204 de 19/10/2011).

Instrumento de Ratificación del Protocolo por el que se modifica el Protocolo sobre las disposiciones transitorias, anejo al Tratado de la Unión Europea, al Tratado de funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, hecho en Bruselas el 23 de junio de 2010. (BOE 312, de 28/12/2011).

PRESIDENCIA DE GOBIERNO

Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición. (BOE 165, de 12/07/2011).

Real Decreto 1012/2011, de 11 de julio, sobre las Vicepresidencias del Gobierno. (BOE 165, de 12/07/2011. BOD 136 de 13/07/2011).

Real Decreto 1025/2011, de 15 de julio, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno. (BOE 170,

de 16/07/2011. BOD 141 de 20/07/2011).

Real Decreto 1308/2011, de 26 de septiembre, sobre protección física de las instalaciones y los materiales nucleares, y de las fuentes radiactivas. (BOE 242, de 7/10/2011. BOD 199 de 11/10/2011).

Real Decreto 1610/2011, de 7 de noviembre, por el que se declara luto oficial con motivo del fallecimiento de un militar del contingente español en la Fuerza Internacional de Asistencia a la Seguridad en Afganistán (BOE 269, de 8/09/2011).

Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. (BOE 307, de 22/12/2011. BOD 248 de 23/12/2011).

Real Decreto 1824/2011, de 21 de diciembre, sobre la Vicepresidencia del Gobierno (BOE 307, de 22/12/2011. BOD 248 de 23/12/2011).

MINISTERIO DE DEFENSA

Orden DEF/1858/2011, de 14 de junio, por la que se delegan determinadas competencias. (BOE 159, de 5/07/2011).

Orden Ministerial 438/11066/2011, de 6 de julio, por la que se autorizan los cupos para el pase a la situación de reserva con carácter voluntario durante el periodo

- 2011-2012 para el personal de las Fuerzas Armadas. (BOD 138 de 15/07/2011).
- Orden DEF/2021/2011, de 13 de julio, por la que se regula la contratación centralizada y se modifica la composición y competencias de las Juntas de Contratación del Ministerio de Defensa, del Estado Mayor de la Defensa y de los Ejércitos. (BOD 142 de 21/07/2011).
- Real Decreto 1095/2011, de 22 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 947/2009, de 5 de junio, por el que se fijan las plantillas reglamentarias de oficiales generales, oficiales y suboficiales para el periodo 2009-2013. (BOE 178, de 26/07/2011. BOD 141 de 27/07/2011).
- Orden DEF/2171/2011, de 27 de julio, por la que se modifica la Orden DEF/2424/2004, de 20 de julio, por la que se delegan competencias en autoridades del Ministerio de Defensa en relación con determinadas materias administrativas. (BOE 183, de 1/08/2011)
- Orden DEF/2295/2011, de 28 de julio, por la que se delegan determinadas competencias. (BOE 202, de 23/08/2011)
- Orden Ministerial 49/2011, de 28 de julio, por la que se establecen las normas de evaluación y de promoción y repetición de cursos en los centros docentes militares que impartan enseñanza de formación para la incorporación a las escalas de suboficiales. (BOD 149 de 01/08/2011).
- Orden DEF/2134/2011, de 27 de julio, por la que se modifica la Orden 370/2000, de 20 de diciembre, por la que se desarrolla el Real Decreto 1638/1999, de 22 de octubre, que regula la enajenación de bienes muebles y productos de defensa en el Ministerio de Defensa. (BOE 181 de 21/07/2011. BOD 150 de 02/08/2011).
- Orden Ministerial 50/2011, de 28 de julio, por la que se aprueban las Normas sobre mando y régimen interior de las unidades e instalaciones del Ejército de Tierra. (BOD 150 de 02/08/2011).
- Orden Ministerial 51/2011, de 28 de julio, por la que se cambia la denominación del Centro de Estudio sobre la situación de la Mujer en las Fuerzas Armadas (Observatorio de la Mujer en las FAS) por Observatorio militar para la igualdad entre mujeres y hombres en las Fuerzas Armadas y se regula su estructura y funcionamiento. (BOD 153 de 05/08/2011).
- Instrucción 55/2011, de 22 de julio, del secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueban las Normas sobre competencias y relaciones de los jefes de las bases, acuartelamientos o establecimientos con los órganos técnicos que en dichas dependencias realizan labores de dirección fa-

- cultativa de obras. (BOD 153 de 05/08/2011).
- Instrucción 56/2011, de 3 de agosto, del secretario de Estado de Defensa sobre sostenibilidad ambiental y eficiencia energética en el ámbito del Ministerio de Defensa. (BOD 155 de 05/08/2011).
- Orden Ministerial 438/13512/2011, de 26 de agosto, por la que se modifican para el periodo 2011-2012 las plantillas de oficiales generales de la Armada establecidas en el Real Decreto 947/2009, de 5 de junio, por el que se fijan las plantillas reglamentarias de oficiales generales, oficiales y suboficiales para el periodo 2009-2013. (BOD 169 de 30/08/2011).
- Orden Ministerial 60/2011, de 25 de agosto, por la que se aprueban los planes de estudios de la formación militar para el acceso a la escala de suboficiales correspondientes a las especialidades fundamentales del Cuerpo General del Ejército de Tierra. (BOD 172 de 2/09/2011).
- Orden Ministerial 61/2011, de 25 de agosto, por la que se aprueban los planes de estudios de la formación militar para el acceso a la escala de suboficiales correspondientes a las especialidades fundamentales del Cuerpo General y del Cuerpo de Infantería de Marina de la Armada (BOD 172 de 2/09/2011).
- Orden Ministerial 62/2011, de 25 de agosto, por la que se aprueban los planes de estudios de la formación militar para el acceso a la escala de suboficiales correspondientes a las especialidades fundamentales del Cuerpo General del Ejército del Aire (BOD 172 de 2/09/2011).
- Orden DEF/2525/2011, de 6 de septiembre, por la que se crean ficheros de datos de carácter personal, en el ámbito del Ejército de Tierra. (BOE 229 de 23/09/2011).
- Orden Ministerial 64/2011, de 12 de septiembre, por la que se modifican los anexos II y III del Reglamento de acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería, aprobado por el Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre. (BOD 188 de 26/09/2011).
- Instrucción 67/2011, de 15 de septiembre, del secretario de Estado de Defensa, por la que se regula el Proceso de Obtención de Recursos Materiales (BOD 189 de 27/09/2011).
- Real Decreto 1237/2011, de 8 de septiembre, por el que se establece la aplicación de exenciones por razones de defensa, en materia de registro, evaluación, autorización y restricción de sustancias y mezclas químicas, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (CE) n.º 1907/2006 del Parlamento Europeo y del

- Consejo, de 18 de diciembre de 2006, y en materia de clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, de acuerdo con el Reglamento (CE) n.º 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008. (BOE 234 de 28/09/2011. BOD 191 de 29/09/2011).
- Resolución 420/38222/2011, de 22 de septiembre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración con el Ministerio de Educación y la Comunidad de Madrid para impartir las enseñanzas de formación profesional de grado superior en los centros docentes militares de formación de suboficiales de las Fuerzas Armadas. (BOE 238 de 3/10/2011).
- Resolución 320/15555/2011, de 29 de septiembre, del director general de Armamento y Material, por la que se regula la incorporación de cláusulas de calidad en algunos tipos de contratos de suministro y servicios. (BOD 199 de 11/10/2011).
- Instrucción 74/2011, de 5 de octubre del Subsecretario de Defensa por la que se aprueban las Normas sobre inspecciones del régimen de personal de los miembros de las Fuerzas Armadas y de las condiciones de vida en buques, bases y acuartelamientos. (BOD 201 de 14/10/2011).
- Instrucción 75/2011, de 11 de octubre, del Subsecretario de Defensa, por la que se modifica el anexo II de las Normas por las que ha de regirse la fase selectiva para el acceso de los militares de complemento de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, a la condición de militar de carrera, aprobadas por la Orden Ministerial 61/2009, de 14 de septiembre. (BOD 206 de 21/10/2011).
- Resolución 320/38231/2011, de 6 de octubre, de la Dirección General de Armamento y Material, por la que se publica la relación de programas seleccionados como de interés para la Defensa, dictada en virtud de las facultades atribuidas en la Orden DEF/1453/2010, de 25 de mayo, por la que se regula el procedimiento para convocar procesos de selección de proyectos de I+D de interés para Defensa en el ámbito del Programa de Cooperación en Investigación Científica y Desarrollo en Tecnologías Estratégicas (Programa Coincidente). (BOE 254 de 21/10/2011).
- Real Decreto 1358/2011, de 3 de octubre, por el que se establecen las servidumbres aeronáuticas de la Base Aérea de Villanubla, Valladolid. (BOE 258, de 26/10/2011. BOD 210 de 27/10/2011).
- Orden Ministerial 76/2011, de 24 de octubre, de destinos y comi-

- siones de servicio del personal militar profesional. (BOD 211 de 28/10/2011).
- Real Decreto 1516/2011, de 31 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de evaluaciones y ascensos del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, aprobado por Real Decreto 1224/2006, de 27 de octubre. (BOE 263, de 1/11/2011. BOD 215 de 4/11/2011).
- Orden DEF/2954/2011, de 24 de octubre, por la que se señala la zona de seguridad para la Ayudantía Naval del Bidasoa en Fuenterrabía/Hondarribia (Gipuzkoa), y se modifica la zona de seguridad para la instalación militar Campo de Adiestramiento de la Sierra de Retín, en el término municipal de Barbate (Cádiz), señalada en la Orden DEF/1038/2011, de 14 de abril y la Orden DEF/1762/2011, de 15 de junio. (BOE 263, de 1/11/2011. BOD 215 de 4/11/2011).
- Real Decreto 1385/2011, de 14 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Cruz a la Constancia en el Servicio, aprobado por el Real Decreto 682/2002, de 12 de julio. (BOE 269, de 8/11/2011. BOD 218 de 9/11/2011).
- Orden DEF/3018/2011, de 2 de noviembre, por la que se modifica la Orden DEF/2409/2008, de 30 de julio, por la que se crea el fichero de control de acceso y videovigilancia en el Ejército del Aire. (BOE 271, de 10/11/2011).
- Corrección de errores de la Orden DEF/2454/2011, de 6 de septiembre, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación para la incorporación o adscripción a las escalas de oficiales de los Cuerpos Jurídico Militar, Militar de Intervención y Militar de Sanidad, y a las escalas de oficiales y de suboficiales del Cuerpo de Músicas Militares. (BOE 272, de 11/11/2011).
- Orden DEF/3034/2011, de 2 de noviembre, por la que se crean ficheros de datos de carácter personal en el ámbito del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra (BOE 273, de 12/11/2011).
- Real Decreto 1674/2011, de 18 de noviembre, por el que se crea el Archivo General e Histórico de Defensa. (BOE 279, de 19/11/2011. BOD 228 de 23/11/2011).
- Real Decreto 1675/2011, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 1053/2010, de 5 de agosto, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa. (BOE 279,

- de 19/11/2011. BOD 228 de 23/11/2011).
- Orden DEF/3217/2011, de 18 de noviembre, por la que se regula el Registro de Asociaciones Profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas. (BOE 284, de 25/11/2011. BOD 231 de 28/11/2011).
- Orden Ministerial 86/2011, de 18 de noviembre, que modifica la Orden Ministerial 64/2010, de 18 de noviembre, por la que se regulan los procedimientos para evaluar la competencia lingüística en los idiomas extranjeros considerados de interés para las Fuerzas Armadas. (BOD 231 de 28/11/2011).
- Orden Ministerial 87/2011, de 18 de noviembre, por la que se crea y regula la Comisión sobre la competencia lingüística en el ámbito del Ministerio de Defensa (BOD 231 de 28/11/2011).
- Resolución 400/38244/2011, de 18 de noviembre, de la Subsecretaría, por la que se modifica el Anexo de la Orden DEF/91/2008, de 22 de enero, por la que se desarrolla la organización y funcionamiento de las Delegaciones de Defensa. (BOE 286, de 28/11/2011. BOD 232 de 29/11/2011).
- Orden DEF/3264/2011, de 18 de noviembre, por la que se modifica la Orden DEF/577/2011, de 8 de marzo, por la que se crean ficheros de datos de carácter personal, en el ámbito del Ejército de Tierra. (BOE 287, de 29/11/2011).
- Resolución 330/38243/2011, de 17 de noviembre, de la Dirección General de Asuntos Económicos, por la que se publica el Acuerdo de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, por el que se delegan competencias para celebrar contratos. (BOE 287, de 29/11/2011).
- Orden Ministerial 85/2011, de 18 de noviembre, por la que se determina el modelo y las normas reguladoras de los informes personales de calificación de los militares de tropa y marinería que mantienen una relación profesional de carácter temporal. (BOD 232 de 29/11/2011).
- Orden Ministerial 84/2011, de 18 de noviembre, por la que se desarrolla parcialmente, en materia de régimen de personal, el capítulo II del Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre. (BOD 233 de 30/11/2011).
- Orden DEF/3299/2011, de 27 de octubre, por la que se dispone el cambio de denominación del Laboratorio de Ingenieros del Ejército por el de Laboratorio de Ingenieros del Ejército «General Marvá». (BOE 290, de 2/12/2011).
- Resolución 320/38247/2011, de 21 de noviembre, de la Dirección General de Armamento y Material, por la que se aprueban y se

- anulan normas militares españolas. (BOE 295, de 8/12/2011).
- Resolución 1A0/38248/2011, de 15 de noviembre, del Centro Nacional de Inteligencia, por la que se crea y regula el registro electrónico. (BOE 302, de 16/12/2011).
- Resolución 4B0/38250/2011, de 2 de diciembre, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, por la que se actualiza el Anexo 1 de la Resolución 4B0/38276/2009, de 16 de diciembre, por la que se aprueba la Cartera de Servicios de Asistencia Sanitaria. (BOE 303, de 17/12/2011).
- Instrucción 94/2011, de 12 de diciembre, del Subsecretario de Defensa, por la que se determinan los criterios de evaluación y clasificación de los alumnos de los centros docentes militares para el acceso a las escalas de suboficiales. (BOD 246, de 21/12/2011).
- Resolución 320/38251/2011, de 5 de diciembre, de la Secretaría de Estado de Defensa, por la que se hace efectiva la supresión del Taller de Precisión y Centro Electrotécnico de Artillería y se integran sus actividades, funciones y competencias en el Instituto Tecnológico «La Marañosá». (BOD 250, de 27/12/2011).
- Instrucción 95/2011, de 16 de diciembre, del secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueban las Normas para la Seguridad de la Información en las Instalaciones. (BOD 258, de 28/12/2011).
- Instrucción 96/2011, de 16 de diciembre, del secretario de Estado de Defensa por la que se crea el Centro de Operaciones de Seguridad de la Información del Ministerio de Defensa. (BOD 258, de 28/12/2011).

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

- Acuerdo entre el Reino de España y la República Checa para el intercambio y la protección mutua de la información clasificada, hecho en Madrid el 8 de octubre de 2009. (BOE 155, de 30/06/2011. BOD 129 de 4/07/2011).
- Acuerdo de Seguridad entre el Reino de España y Rumanía sobre protección recíproca de la información clasificada, hecho en Madrid el 14 de mayo de 2010. (BOE 156, de 1/07/2011. BOD 130 de 5/07/2011).
- Aplicación provisional del Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, hecho en Bruselas el 6 de octubre de 2010. (BOE 163, de 9/07/2011. BOD 136 de 13/07/2011).
- Acuerdo de Seguridad entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo relativo al intercam-

- bio y la protección recíproca de información clasificada, hecho en Luxemburgo el 12 de noviembre de 2009. (BOE 220 de 13/09/2011 BOD 185, de 15/09/2011).
- Convenio entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho en Madrid el 25 de junio de 2007. (BOE 222 de 15/09/2011).
- Resolución de 19 de septiembre de 2011, de la Secretaría General Técnica, por la que se publican las Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional. (BOE 231 de 26/09/2011).
- Aplicación Provisional del Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre cooperación científica y tecnológica de interés para la seguridad nacional, hecho en Madrid el 30 de junio de 2011. (BOE 235 de 29/09/2011 BOD 193, de 3/10/2011).
- Denuncia por España del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima, hecho en Bruselas el 10 de mayo de 1952. (BOE 242 de 7/10/2011).
- Acuerdo de transporte aéreo entre el Reino de España y el Estado de Qatar, hecho en Madrid el 26 de abril de 2011. (BOE 244 de 10/10/2011).
- Resolución de 5 de octubre de 2011, de la Secretaría General Técnica, sobre aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales. (BOE 247 de 13/10/2011).
- Convenio entre el Reino de España y el Reino Hachemita de Jordania sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho en Amman el 15 de marzo de 2011. (BOE 256 de 24/10/2011).
- Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y la República de Croacia en materia de lucha contra la delincuencia y asuntos de seguridad, hecho en Madrid el 24 de octubre de 2011. (BOE 270 de 19/11/2011).
- Modificación de la Declaración de España relativa al artículo 24 del Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. (BOE 298 de 12/12/2011 BOD 241, de 14/12/2011).
- Corrección de errores a la Modificación de la Declaración de España relativa al artículo 24 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. (BOE 303 de 17/12/2011 BOD 246, de 21/12/2011).
- Acuerdo entre el Reino de España y la República de Lituania para

la protección mutua de la información clasificada, hecho en Madrid el 7 de mayo de 2010. (BOE 312 de 28/12/2011 BOD 253, de 30/12/2011).

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Orden PRE/1802/2011, de 24 de junio, por la que se introducen modificaciones de carácter técnico en el Reglamento de Circulación Aérea, aprobado por Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, relativas a la seguridad de los servicios de tránsito aéreo. (BOE 156, de 1/07/2011. BOD 130 de 5/07/2011).

Real Decreto 844/2011, de 17 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 2061/2008, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso. (BOE 157, de 2/07/2011. BOD 131 de 6/07/2011).

Real Decreto 976/2011, de 8 de julio, por el que se modifica el Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero. (BOE 163 de 9/07/2011. BOD 136 de 13/07/2011).

Real Decreto 1097/2011, de 22 de julio, por el que se aprueba el Protocolo de Intervención de la Unidad Militar de Emergencias.

(BOE 178, de 26/07/2011. BOD 146 de 27/07/2011).

Orden PRE/2059/2011, de 18 de julio, por la que se regula la valoración de la formación teórica y práctica y la experiencia como piloto adquiridas al servicio de las Fuerzas Armadas españolas o de la Guardia Civil para la obtención de los títulos y licencias requeridos a los pilotos de helicópteros civiles. (BOE 178, de 26/07/2011. BOD 146 de 27/07/2011).

Real Decreto 1189/2011, de 19 de agosto, por el que se regula el procedimiento de emisión de los informes previos al planeamiento de infraestructuras aeronáuticas, establecimiento, modificación y apertura al tráfico de aeródromos autonómicos, y se modifica el Real Decreto 862/2009, de 14 de mayo, por el que se aprueban las normas técnicas de diseño y operación de aeródromos de uso público y se regula la certificación de los aeropuertos de competencia del Estado, el Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de servidumbres aeronáuticas y el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre la ordenación de los aeropuertos de interés general y su zona de servicio, en ejecución de lo dispuesto por el artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden So-

- cial. (BOE 204, de 25/08/2011. BOD 168 de 29/08/2011).
- Real Decreto 1150/2011, de 29 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 2858/1981, de 27 de noviembre, sobre calificación de aeropuertos civiles. (BOE 209, de 31/08/2011. BOD 172 de 2/09/2011).
- Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. (BOE 224, de 17/09/2011).
- Orden PRE/2571/2011, de 22 de septiembre, por la que se regula el número de identificación de las publicaciones oficiales. (BOE 234, de 28/09/2011. (BOD 192 de 30/09/2011).
- Real Decreto 1308/2011, de 26 de septiembre, sobre protección física de las instalaciones y los materiales nucleares, y de las fuentes radiactivas. (BOE 242, de 7/10/2011).
- Orden PRE/2900/2011, de 25 de octubre, por la que se regulan los procedimientos para evaluar la competencia lingüística en los idiomas extranjeros considerados de interés para la Guardia Civil. (BOE 261, de 29/10/2011. BOD 214 de 3/11/2011).
- Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal. (BOE 269, de 29/10/2011. BOD 220 de 11/11/2011).
- Real Decreto 1496/2011, de 24 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 187/2008, de 8 de febrero, por el que se establece el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del personal laboral de la Red hospitalaria de la Defensa. (BOE 269, de 29/10/2011. BOD 220 de 11/11/2011).
- Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso. (BOE 284, de 25/11/2011. BOD 232 de 29/11/2011).
- Corrección de errores del Real Decreto 1150/2011, de 29 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 2858/1981, de 27 de noviembre, sobre calificación de aeropuertos civiles. (BOE 285, de 26/11/2011. BOD 233 de 30/11/2011).
- Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte

- en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. (BOE 285, de 26/11/2011).
- Corrección de errores del Real Decreto 1189/2011, de 19 de agosto, por el que se regula el procedimiento de emisión de los informes previos al planeamiento de infraestructuras aeronáuticas, establecimiento, modificación y apertura al tráfico de aeródromos autonómicos, y se modifica el Real Decreto 862/2009, de 14 de mayo, por el que se aprueban las normas técnicas de diseño y operación de aeródromos de uso público y se regula la certificación de los aeropuertos de competencia del Estado, el Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de servidumbres aeronáuticas y el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre la ordenación de los aeropuertos de interés general y su zona de servicio, en ejecución de lo dispuesto por el artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. (BOE 297 de 10/12/2011 BOD 241, de 14/12/2011).
- Resolución 420/38253/2011, de 20 de diciembre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para impartir las enseñanzas de formación profesional de grado superior en los centros docentes militares de formación de suboficiales de las Fuerzas Armadas. (BOE 312 de 28/12/2011).
- Resolución de 26 de diciembre de 2011, de la Subsecretaría, por la que se modifica el anexo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se dispone la numeración de las órdenes ministeriales que se publican en el «Boletín Oficial del Estado». (BOE 312 de 28/12/2011 BOD 253, de 30/12/2011).
- Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno. (BOE 315 de 31/12/2011).

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

- Orden EHA/2045/2011, de 14 de julio, por la que se aprueba la instrucción de contabilidad para la Administración Institucional del Estado. (BOE 174, de 21/07/2011. BOD 144 de 25/07/2011).
- Resolución de 28 de julio de 2011, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública para los Entes Públicos cuyo presupuesto de gastos tiene carácter estimativo. (BOE 185, de 3/08/2011).

- Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas. (BOE 258, de 26/10/2011. BOD 211 de 28/10/2011).
- Orden EHA/2898/2011, de 20 de octubre, por la que se regulan las operaciones de cierre del ejercicio 2011 relativas a la contabilidad de gastos públicos (BOE 261, de 29/10/2011. BOD 214 de 3/11/2011).
- Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio. (BOE 266, de 4/11/2011).
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. (BOE 276, de 16/11/2011. BOD 225 de 18/11/2011).
- Orden EHA/3067/2011, de 8 de noviembre, por la que se aprueba la Instrucción de contabilidad para la Administración General del Estado (BOE 276, de 16/11/2011. BOD 225 de 18/11/2011).
- Orden EHA/3068/2011, de 8 de noviembre, por la que se modifican: la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 1 de febrero de 1996, por la que se aprueban los documentos contables a utilizar por la Administración General del Estado; la Instrucción de operatoria contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado, aprobada por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 1 de febrero de 1996; y el Plan General de Contabilidad Pública, aprobado por Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril. (BOE 276, de 16/11/2011. BOD 225 de 18/11/2011).
- Resolución de 17 de noviembre de 2011, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a la Administración General del Estado. (BOE 284, de 25/11/2011. BOD 232 de 29/11/2011).
- Resolución de 18 de noviembre de 2011, conjunta de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se establecen las condiciones para el envío centralizado de las deudas no tributarias gestionadas por Departamentos Ministeriales que constituyen recursos del presupuesto del Estado para su gestión recaudatoria, para los intercambios de información que se deriven de

dicha gestión y demás aspectos relativos a la recaudación en vía ejecutiva de dichas deudas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria. (BOE 284, de 25/11/2011. BOD 232 de 29/11/2011).

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (BOE 315, de 31/12/2011).

MINISTERIO DEL INTERIOR

Resolución de 2 de agosto de 2011, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio de 2011, por el que se aprueba el Plan Estatal de Protección Civil ante el riesgo de inundaciones. (BOE 210, de 1/09/2011. BOD 173 de 5/09/2011).

MINISTERIO DE JUSTICIA

Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial. (BOE 186, de 4/08/2011).
Real Decreto 1273/2011, de 16 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se re-

gulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores. (BOE 235, de 29/09/2011).

Real Decreto 1611/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. (BOE 290, de 2/12/2011).

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

Real Decreto 1204/2011, de 26 de agosto, por el que se regula la concesión directa de la prestación financiera del programa del avión de transporte militar A400M a la empresa EADS Construcciones Aeronáuticas SAU en aplicación de los acuerdos internacionales suscritos por España para dicho programa. (BOE 211, de 2/09/2011. BOD 174 de 6/09/2011).

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, Y MEDIO RURAL Y MARINO

Real Decreto 1274/2011, de 16 de septiembre, por el que se aprueba el Plan estratégico del patrimonio natural y de la biodiversidad 2011-2017, en aplicación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natu-

- ral y de la Biodiversidad. (BOE 211, de 2/09/2011).
- Orden ARM/2417/2011, de 30 de agosto, por la que se declaran zonas especiales de conservación los lugares de importancia comunitaria marinos de la región biogeográfica Macaronésica de la Red Natura 2000 y se aprueban sus correspondientes medidas de conservación. (BOE 221, de 14/09/2011. BOD 182 de 16/09/2011).
- Real Decreto 1599/2011, de 4 de noviembre, por el que se establecen los criterios de integración de los espacios marinos protegidos en la Red de Áreas Marinas Protegidas de España. (BOE 294, de 7/12/2011).
- Real Decreto 1629/2011, de 14 de noviembre, por el que se declara como Área Marina Protegida y como Zona Especial de Conservación el espacio marino de El Cachucho, y se aprueban las correspondientes medidas de conservación. (BOE 295, de 8/12/2011).

MINISTERIO DE FOMENTO

- Orden FOM/2086/2011, de 8 de julio, por la que se actualizan las normas técnicas contenidas en el Anexo al Real Decreto 862/2009, de 14 de mayo, por el que se aprueban las normas técnicas de diseño y operación de aeródromos de uso público

y se regula la certificación de los aeropuertos de competencia del Estado. (BOE 178, de 26/07/2011).

Real Decreto 1238/2011, de 8 de septiembre, por el que se regula el servicio de dirección en la plataforma aeroportuaria. (BOE 236, de 30/09/2011).

Resolución de 11 de octubre de 2011, de la Dirección de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, por la que se regula el procedimiento de canje de licencias, habilitaciones y anotaciones de controladores civiles de tránsito aéreo, en relación con el Real Decreto 1516/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la licencia comunitaria de controlador de tránsito aéreo. (BOE 248, de 14/10/2011).

Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. (BOE 253, de 20/10/2011. BOD 207, de 24/10/2011).

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

Real Decreto 1622/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la

Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.(BOE 277, de 17/11/2011. BOD 226, de 21/11/2011)

**MINISTERIO DE
POLÍTICA TERRITORIAL
Y ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS**

Real Decreto 1638/2011, de 14 de noviembre, por el que se crea y regula la Comisión Nacional para la Conmemoración del V Centenario de la Primera Vuelta al Mundo. (BOE 286, de 1/12/2011. BOD 236, de 5/12/2011).

**MINISTERIO DE
EDUCACIÓN**

Real Decreto 1027/2011, de 15 de julio, por el que se establece el Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior. (BOE 185, de 3/8/2011).

**MINISTERIO DE SANIDAD,
POLÍTICA SOCIAL E
IGUALDAD**

Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional. (BOE 202, de 23/8/2011).

JURISPRUDENCIA

REDEM (2011)

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Luis B. Alvarez Roldán
General Auditor (R)

En el año 2011, la jurisprudencia constitucional continúa en una decadencia numérica. El Tribunal Constitucional solo en tres sentencias se ha ocupado de la materia constitucional castrense.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 106/2011 de 20 junio

DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES

Derecho de acceso a la jurisdicción; acoso moral en el ámbito castrense; acción penal denunciando delito de abuso de autoridad por parte de dos mandos con el único propósito de humillar y hostigar a la víctima psicológicamente; situación que condujo a la baja en el servicio por trastorno psicológico adaptativo relacionado con su situación laboral: sobreseimiento del procedimiento, clausura de la investigación y archivo, mediante resoluciones judiciales carentes de argumentación axiológica respetuosa con la naturaleza de los derechos fundamentales implicados; insuficiente investigación judicial, habida cuenta de que tras la misma pervivían sospechas razonables sobre la existencia de la situación denunciada y dado que existían aún medios de investigación disponibles para despejarlas; vulneración existente.

Ponente: Don Eugeni Gay Montalvo

HECHOS (RESUMEN)

Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 27 de noviembre de 2008, el Procurador de los Tribunales don Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de doña J. A. P., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones indicadas en el encabezamiento.

...

Don M. A. Z., padre de la soldado de la escala de tropa de artillería de campaña ahora recurrente, presentó con fecha 4 de marzo de 2008 denuncia por el acoso que padecía su hija en la unidad donde estaba destinada, Raca 63, con guarnición en San Andrés de Rabanedo (León). Esta denuncia, en la que se califican los hechos como constitutivos de un presunto delito de abuso de autoridad del art. 103 del Código Penal Militar, iba dirigida contra el coronel jefe del regimiento don C. A. A. y el capitán don J. E. F. G. En la misma se refieren una serie de supuestas decisiones arbitrarias adoptadas por sus mandos, como sendos arrestos por faltas disciplinarias, traslado del destino que desempeñaba y disposición de un análisis clínico para detectar consumo de estupefacientes, que habrían motivado su baja en el servicio al detectársele en un reconocimiento médico «un trastorno adaptativo mixto como reacción a una problemática laboral».

...

El Juzgado Togado Militar Central núm. 1, a quien fue turnada la presente denuncia, incoó las diligencias previas 1-04-2008 mediante auto de 26 de marzo de 2008, ofreciendo el procedimiento a doña J. A. P., quien se personó en el mismo como acusación particular en su calidad de perjudicada por el delito.

...

El Juzgado Togado Militar Central núm. 1 luego de practicar las referidas diligencias, acordó, por auto de 3 de septiembre de 2008, el archivo de las actuaciones al entender que «en los hechos denunciados no se aprecia la existencia de ilícito penal alguno». Así, respecto de los arrestos impuestos a la recurrente (uno por el coronel y otro por el capitán), razona el órgano judicial que tales decisiones de sus mandos «están adoptadas dentro de sus competencias y enmarcadas en el funcionamiento normal de una unidad militar», pudiendo haber utilizado la soldado sancionada los recursos previstos legalmente en tales supuestos. En el caso del traslado de destino y análisis de orina de la recurrente, se pone de relieve que es incuestionable que estas iniciativas formaban parte de la competencia y atribuciones específicas de los mandos militares que las dispusieron. En definitiva, no habría existido «ningún exceso en el mando que pueda ser calificado de

arbitrario», ni «ningún indicio objetivo» que sustente la denuncia del acoso supuestamente sufrido por la soldado afectada.

En esta misma resolución el Juzgado Togado Militar deniega la práctica de unas diligencias de investigación que habían sido solicitadas por la parte denunciante, consistentes en la testifical de la soldado doña P. M. B., destinada en la misma unidad que la recurrente; la pericial consistente en someter a esta última a un nuevo análisis de detección de drogas tóxicas o estupefacientes y la aportación de un acta notarial donde la denunciante muestra un teléfono móvil de su propiedad en el que aparecen grabados unos mensajes que atribuye como enviados por el capitán denunciado. El juzgado entiende que no se consideran esenciales las dos primeras diligencias, careciendo de interés los mensajes recibidos y que constan en el acta notarial, «respecto de los cuales no queda claro qué pretende demostrar dicha parte procesal», por lo que se inadmiten todas las diligencias de investigación propuestas.

...

El Tribunal Militar Central, de conformidad con el informe del fiscal, desestima el recurso presentado por auto de 24 de octubre de 2008, entendiendo que la decisión de archivo era conforme a derecho. A tal fin, razona que la resolución del Juzgado está debidamente fundamentada y razonada, llegando a la conclusión, tras ponderar todas las circunstancias concurrentes, de que los hechos denunciados no revisten naturaleza penal. Y ello a pesar de la discrepancia de la recurrente, quien actúa movida por «la apreciación subjetiva de juicios de intención de los denunciados acerca de una pretendida persecución, acoso o presión moral». Para llegar a esta conclusión la Sala, por otra parte, pondera que en el presente caso el juez togado instructor ha llevado a cabo una profusa y detallada investigación, «en cuya sede se ha tenido por personada a la parte recurrente y permitida la plena participación a través de su letrado en cuantas diligencias de prueba ha considerado oportuno intervenir, de las admitidas como pertinentes».

...

La demandante invoca como vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), al haberse procedido por los órganos judiciales al sobreseimiento y archivo de las diligencias penales incoadas, sin haberse practicado todas las diligencias necesarias para un mejor esclarecimiento de los hechos. En este caso resulta de aplicación la doctrina de este Tribunal Constitucional sobre la motivación reforzada que han de adoptar este tipo de resoluciones, al estar implicado el derecho reconocido en el art. 15 CE, por lo que los órganos

judiciales intervinientes, antes de adoptar dicha decisión, deberían haber agotado cuantas posibilidades razonables de indagación resultaban útiles para la investigación. En efecto, las diligencias penales fueron incoadas por una denuncia de trato degradante y hostigamiento psicológico hacia la recurrente, dentro del ámbito del art. 15 CE, realizado por unos mandos del Ejército a través de un maltrato de palabra y la imposición de una serie de sanciones de carácter disciplinario sin que estas vinieran avaladas por dato objetivo alguno, por lo que la decisión de archivar dichas diligencias «no fue conforme con las exigencias del art. 24.1 CE, toda vez que, perviviendo en el momento del cierre de la instrucción sospechas acerca de la posible comisión de los hechos denunciados, existían todavía medios de investigación disponibles para tratar de despejar, en el sentido que fuera, tales sospechas». Además, hay que tener en cuenta que se disponía en este caso del testimonio de la víctima, «medio de indagación particularmente idóneo» para el esclarecimiento de estas denuncias, no arrojando luz sobre lo acontecido las testificales practicadas, puesto que «los testigos que han depuesto en la causa de referencia son, en primer lugar, compañeros o amigos de los denunciados y, en segundo lugar, no son testigos directos de los hechos acontecidos, sino que, únicamente, lo son de referencia». Por el contrario, el órgano judicial archivó la causa, considerando que no eran esenciales las pruebas propuestas por la parte denunciante. Por ello, la recurrente solicita la nulidad de la decisión de archivo, acordada tanto por el Juzgado Togado Militar Central como por el Tribunal Militar Central, ordenándose la retroacción de actuaciones al momento procesal oportuno, para que continúen las diligencias de investigación conforme a derecho.

...

El fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito registrado en este tribunal el día 21 de febrero de 2011, interesando la denegación del amparo solicitado.

...

No obstante lo anterior, entiende el ministerio público que en el caso sometido a análisis no se aprecian las tachas constitucionales invocadas, pues, además de resultar suficientemente motivada y fundada en derecho la decisión de archivo por los órganos judiciales, no cabe tildar de insuficiente la instrucción practicada «al haberse practicado todas las diligencias que, en principio, eran hábiles para aclarar lo acaecido de modo suficiente, y descartar que se hubiera cometido por los denunciados la infracción delictiva de que eran acusados».

FUNDAMENTOS DE DERECHO (RESUMEN)

...

Nos encontramos ante una demanda sustentada en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, por lo que convendrá recordar lo que este tribunal viene afirmando reiteradamente en nuestra jurisprudencia, en el sentido de que el contenido primario de este derecho garantiza la satisfacción de la pretensión, que se producirá siempre que se reciba una respuesta judicial motivada y fundada en derecho, lo que no sucederá si es arbitraria o manifiestamente irrazonable o está incurso en un error patente. Ahora bien, también hemos afirmado que «el ejercicio de la acción penal no comporta en el marco del art. 24.1 CE un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino solo a obtener un pronunciamiento motivado del juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando las razones por las que inadmite su tramitación, o acuerda el sobreseimiento o archivo de las actuaciones. De modo que las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de inadmisión si se fundamenta de forma razonable en la exclusión ab initio del carácter delictivo de los hechos imputados y, si se admite la querrela, por la resolución que acuerda la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, en el caso de que se sustente razonablemente en la concurrencia de los motivos legalmente previstos de sobreseimiento libre o provisional» (entre las últimas, STC 34/2008, de 25 de febrero, F. 2).

Tampoco hay que olvidar que la persona que interpone la demanda de amparo es la presunta víctima de un delito, siendo doctrina de este Tribunal Constitucional que esta, como afirmamos en la STC 145/2009, de 15 de junio (F. 4), no tiene un derecho fundamental, constitucionalmente protegido, a la condena penal de otra persona (por todas, SSTC 157/1990, de 18 de octubre, F. 4; 199/1996, de 3 de diciembre, F. 4; 215/1999, de 29 de noviembre, F. 1; 168/2001, de 16 de julio, F. 7), sino que meramente es titular del *ius ut procedatur*, es decir, del «derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en derecho» (así, STC 120/2000, de 10 de mayo, F. 4). Por ende, la función esencial de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo se ha de circunscribir a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las Leyes en vigor reconocen.

...

Además de los derechos fundamentales que la recurrente pretende defender a través de la investigación judicial que ha promovido, no hay que olvidar que esta se halla sometida al rigor de una relación de sujeción especial que se deriva de su estatuto militar, dentro del cual las relaciones de jerarquía y subordinación proyectan sus efectos de forma permanente (art. 9 de las vigentes Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero), habiendo denunciado a unos mandos respecto de los que se encuentra subordinada y sobre los que recae la importante misión de realizar los informes correspondientes en que se ha de basar la renovación o no de su compromiso con el Ejército. Esta cualificación profesional de los denunciados debe compensarse con la firmeza judicial en la investigación frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba, debiendo practicarse cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos.

Concretada la dimensión constitucional de la cuestión planteada, nos corresponde ahora analizar si las resoluciones judiciales impugnadas expresaron de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas del archivo del procedimiento penal, de acuerdo con los parámetros antes establecidos. Para ello hemos de recordar que la demandante de amparo, soldado de la escala de tropa de artillería de campaña, formuló denuncia contra sus mandos, el capitán don J. E. F. G. y el coronel don C. A. A., por la comisión de los presuntos delitos de abuso de autoridad o exceso arbitrario en el ejercicio del mando (arts. 103 y 138 CPM, respectivamente), refiriendo en la denuncia el trato degradante y hostigamiento psicológico a que supuestamente había sido sometida por los mismos durante un periodo de tiempo, por una serie de decisiones adoptadas sin justificación, como diversos arrestos disciplinarios, cambio de destino y ordenación de un análisis clínico para detectar un también supuesto consumo de estupefacientes por su parte.

...

Según consta en los antecedentes de hecho del auto, de 3 de septiembre de 2008, dictado por el Juzgado Togado Militar, el acoso denunciado por la soldado se concreta en los siguientes hechos: Primero, «arresto de 5 días impuesto por el capitán F. G. el 20 de agosto de 2007 por la falta leve prevista en el artículo 7, apartado 9, de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas» (falta de puntualidad y ausencia injustificada en los actos de servicio), «cambiando dicho oficial la calificación de la falta el 22 de agosto por la prevista en el apartado 8 del mismo artículo» (manifes-

taciones de tibieza o disgusto en el servicio). Según la soldado, «los hechos sancionados no ocurrieron como consta en la sanción impuesta y el capitán denunciado, al mencionarle que podía recurrir, le dijo textualmente: «No remuevas la mierda, y no me toques los cojones, porque te aseguro que no te firmo más contratos y te vas a la puta calle»; segundo arresto de 20 días impuesto por el coronel A., en resolución de 20 de septiembre de 2007, por la falta leve tipificada en el artículo 7, apartado 1, y artículo 7, apartado 2, de la citada ley» (negligencia en el cumplimiento de las obligaciones e inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas, respectivamente). Cuando el coronel le notificó la sanción, según la versión de la denunciante, este le dijo «que lo mejor era no remover nada pues sería peor, no le fuera a perjudicar al renovar el compromiso, entendiendo que, si recurría, no se le renovarían el mismo»; tercero, «cambio de destino el 23 de agosto» (se encontraba en el botiquín de la unidad) por orden del teniente coronel, siendo así que, según la denunciante, «ni es jefe del botiquín ni tiene competencia directa sobre el mismo»; cuarto, «análisis de orina ordenado por el coronel denunciado el día 19 de septiembre de 2007, en cuyo resultado se afirmaba que se había detectado consumo de cocaína». No obstante, la denunciante «se sometió ese mismo día a un análisis en la clínica «San Francisco» que dio negativo, repitiendo este análisis los días 7 de noviembre, 12 y 28 de diciembre de 2007 y 11 y 25 de enero de 2008, siempre con resultado negativo».

...

En el fundamento jurídico segundo del expresado auto se justifica el archivo decretado en que «se trata de decisiones de distintos mandos, adoptadas dentro de sus competencias y enmarcadas en el funcionamiento normal de una unidad militar». Por lo que se refiere a los arrestos impuestos, la única irregularidad detectada (corrección de la calificación de la falta disciplinaria efectuada por el capitán) carece de relevancia penal, habiéndose informado a la demandante en los dos casos de la posibilidad de recurrir contra los mismos. Además, tanto el capitán como el coronel han negado que hicieran advertencia alguna a la soldado para que no denunciara. Respecto del cambio de destino, refiere el instructor, en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, que el teniente coronel que lo acordó actuó «dentro de sus atribuciones», siguiendo una orden del coronel denunciado, dictada esta también dentro de sus competencias. En el caso del análisis de orina, en el mismo fundamento jurídico, se consigna que «se puede cuestionar, como hace la denunciante, la fiabilidad de dicho control», pero «lo que es incuestionable es que el coronel tenía la competencia para soli-

citar dicho control y actuó dentro de sus atribuciones». En definitiva, según el fundamento jurídico cuarto, «no existió ningún exceso en el ejercicio del mando que pueda ser calificado de arbitrario, es decir, sujeto exclusivamente al capricho de su autor con el desconocimiento de la justicia y legalidad que debe presidir el ejercicio de facultades que le atribuyen las normas jurídicas».

...

En el citado auto procede también el juzgado a explicar por qué se archiva la causa sin practicarse una serie de diligencias de prueba propuestas por la denunciante. Estas se referían a la testifical de otra soldado destinada en su misma unidad y la pericial consistente en «someter a la soldado J. A. P. a pruebas de detección de drogas tóxicas o estupefacientes». Además, se aportaba «un acta notarial de fecha 27 de junio de 2008, en la que la soldado A. P. muestra un teléfono móvil, que identifica como de su propiedad, en el que aparecen grabados dos mensajes recibidos, uno el 17 de agosto de 2007 y otro el 20 de agosto siguiente, remitidos desde un número de abonado que la citada soldado identifica como del Capitán denunciado, y cuyo texto es: «hay momentos en la vida que son especiales por sí solos, compartirlos con la persona que quieres los convierte en inolvidables» y, el segundo mensaje: «En la vida los tesoros no están a simple vista, hay que buscarlos, aprende de mí ya que un día buscando tesoros te encontré a ti»». Ante la petición de estas diligencias el juzgado, en el fundamento jurídico primero de su resolución, pone de relieve que «la testifical y pericial mencionadas» no se consideran «actuaciones esenciales», por lo que «no procede su práctica». Añade el órgano judicial que, además, «aun admitiendo que el resultado de esa prueba fuera la de confirmar las afirmaciones de la soldado Álvarez los fundamentos del archivo serían los mismos». Igualmente, «carecen de interés los mensajes recogidos en el acta notarial y respecto de los cuales no queda claro qué pretende demostrar dicha parte procesal. Son mensajes remitidos hace un año y su contenido aparece como intrascendente. El hecho de que la citada soldado los conserve durante un año significa, por un lado, que les da una importancia que objetivamente este juez no aprecia y, por otro, que serían los mensajes más importantes que le habrían remitido en ese periodo de tiempo, por cuanto son los que han merecido ser conservados y presentados en acta notarial en este procedimiento».

...

Por otra parte, la respuesta ofrecida por el juzgado togado militar a la hora de proceder a inadmitir las diligencias de investigación que queda-

ban pendientes no resulta razonable. Así se deniegan la testifical y pericial propuestas (consistentes en la declaración de otra soldado destinada en el mismo regimiento y una prueba de detección de drogas tóxicas) con el argumento de que «aun admitiendo que el resultado de esa prueba fuera el de confirmar las afirmaciones de la soldado Álvarez, los fundamentos del archivo serían los mismos». Resulta evidente, por el contrario, que si el resultado de dicha prueba, fundamentalmente la testifical, hubiera sido conforme con la tesis sostenida en la denuncia sobre el acoso sufrido por la soldado por parte de sus mandos, la decisión a adoptar por el juzgado podría haber consistido en continuar con la tramitación de la causa. Pudiendo haber sido útil en la investigación la declaración de esta soldado de la misma unidad, por su conocimiento directo de las circunstancias que concurren en la denuncia presentada, compartiendo este tribunal la alegación que se vierte en la demanda sobre la insuficiencia como diligencias de investigación del mero testimonio de otros mandos, por otra parte compañeros de los denunciados.

También se deniega por el juzgado la prueba referente al acta notarial con el argumento, como hemos visto, de que «carecen de interés los mensajes recogidos en el acta notarial y respecto de los cuales no queda claro qué pretende demostrar dicha parte procesal. Son mensajes remitidos hace un año y su contenido aparece como intrascendente». No obstante, resulta evidente que la recurrente pretendía demostrar que dichos mensajes habían sido remitidos por el capitán denunciado, circunstancia esta que no se acredita en la instrucción (como reconoce el fiscal jurídico militar en sus alegaciones al recurso de apelación presentado, al folio 233 de las actuaciones), lo cual podría haber sido trascendente, no solo porque la recurrente imputa a ese oficial un supuesto acoso sexual, sino también porque son mensajes de los días 17 y 20 de agosto del 2007, en efecto «remitidos hace un año», pero resulta que el primer arresto que se le impuso a la soldado, como hemos expuesto anteriormente, fue precisamente el 20 de agosto del mismo año.

...

Con independencia, pues, de la ausencia de la práctica de las diligencias de investigación antes referidas, tampoco se aprecia en las actuaciones que el juzgado togado militar haya acordado las periciales oportunas para esclarecer la situación psicológica de la soldado recurrente, calificada en la documental médica que aportó a la causa como «un trastorno adaptativo mixto como reacción a una problemática laboral», que le ha traído como consecuencia su baja en el servicio activo que venía prestando en el Ejército. Tal diligencia también podría haber resultado idónea en el presente

procedimiento en atención a la naturaleza específica de los hechos denunciados.

...

En consecuencia, una vez comprobado que las resoluciones judiciales que acuerdan el archivo de la causa penal, tanto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 como del Tribunal Militar Central, no obstante especificar los motivos en que basan su decisión no contienen una motivación congruente con el contenido de la denuncia presentada, por no emplear una argumentación axiológica respetuosa con la naturaleza de los derechos fundamentales implicados, y habida cuenta de que por dichos órganos judiciales se procede a adoptar esta medida de cierre de la instrucción cuando todavía existían medios razonables y eficaces de investigación a su alcance para confirmar o desmentir la denuncia presentada, susceptibles, por ello, de despejar las dudas persistentes, procede otorgar el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). El restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho exige la anulación de los Autos recurridos y la retroacción de las actuaciones para que se dispense a la misma la tutela judicial demandada.

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 doña J. A. P. y, en consecuencia:

1.º Reconocer que ha sido vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con su derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).

2.º Restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de 3 de septiembre de 2008, dictado en las diligencias previas núm. 1-04-2008 y del auto del Tribunal Militar Central de 24 de octubre de 2008, retro trayendo las actuaciones al momento anterior al dictado del primero de los Autos anulados para que el Juzgado Togado Militar proceda en términos respetuosos con los derechos fundamentales vulnerados.

COMENTARIOS

A pesar de que la sentencia esté constantemente salpicada de una relación de hechos “según la declarante”, se concluye exigiendo al juez togado militar central la aceptación de las pruebas propuestas:

- 1) Presentación de la denunciante de la prueba testifical de una compañera de la unidad.
- 2) El texto de un genérico, abstracto y ambiguo contenido de un mensaje tomado de una grabación del capitán acusado, al parecer tomada de un teléfono digital.
- 3) Así como una prueba toxicológica negativa del hecho motivador de un arresto.

La sentencia, no con argumentación suficiente, en mi opinión, concluye asegurando que se debieron practicar las pruebas denegadas por el Juzgado Militar Territorial.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 177/2011 de 8 noviembre

DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES: derecho de acceso a la jurisdicción; interdicción de que el legislador, con normas excluyentes de la vía judicial, impida el acceso al proceso: tal prohibición se refuerza por lo prevenido en el art. 106.1 CE, cuando se trata de impetrar justicia frente a la actuación de las administraciones públicas

JURISDICCION Y PROCESO MILITAR: proceso penal militar; recurso contencioso-disciplinario militar ordinario; art. 468 b) de la Ley Procesal Militar; imposibilidad de acceso a los tribunales respecto de la adecuación de las sanciones impuestas por falta leve; incompatibilidad con los mandatos constitucionales.

CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR JUECES Y TRIBUNALES: autocuestión de inconstitucionalidad «ex» art. 55.2 de la LOTC; arts. 468 b) y 453.2 LOPM; fundamentación: vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva originado en los preceptos legales de aplicación; exigencia de sumisión a control judicial de la legalidad de la actuación administrativa; necesidad de adecuación de la especificidad de la jurisdicción militar a los principios constitucionales.

Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas

HECHOS (RESUMEN)

... Por sentencia de este tribunal de fecha 28 de octubre de 2002 (STC 202/2002), se acordó estimar el recurso de amparo núm. 5777-2000, formulado por el procurador de los tribunales don Manuel Infante Sánchez, en nombre y representación de don L. A. M. P., contra los autos del Tribunal Militar Territorial Cuarto de La Coruña de 8 de abril y de 10 de junio de 1999, así como contra la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000. Por estimar la Sala que las normas aplicadas en las resoluciones impugnadas podían vulnerar los arts. 24.1, 106 y 117.5 de la Constitución, en aplicación del art. 55. 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) se acordó elevar al Pleno la cuestión de la posible vulneración de esos preceptos constitucionales por los arts. 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468 b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar.

...

La Sección Segunda del Pleno del Tribunal acordó tener por elevada la cuestión planteada por la Sala Segunda del Tribunal por providencia de 12 de noviembre de 2002. En la misma resolución se acordó dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el art. 37.3 LOTIC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus respectivos presidentes, y al fiscal general del Estado y al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia, al objeto de que en plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes.

El 3 de diciembre de 2002 se registró en este tribunal escrito del abogado del Estado personándose en el proceso e instando la declaración de conformidad de los preceptos cuestionados a la Constitución. El abogado del Estado alega que aunque la actuación administrativa está sometida a control judicial es difícil comprender que un defecto de uniformidad o de aseo en el ámbito de la disciplina castrense dé lugar a largas y costosas instancias procesales. Considera que la previsión del procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario para el control judicial de las faltas leves permite cubrir suficientemente los intereses legítimos de los sancionados al tiempo que protege un desbordamiento de la propia finalidad del proceso en perjuicio de la disciplina castrense. Además, el abogado del Estado alega que la respuesta favorable a la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados debe quedar condicionada a la efectiva comprobación del resultado de indefensión, lo que no se demostró en los hechos que motivaron el recurso de amparo previo a la cuestión de incons-

titucionalidad porque el recurrente no promovió el procedimiento sumario previsto para este tipo de faltas. Según el abogado del Estado, es difícil admitir quejas de indefensión cuando, por un lado, el cauce procesal oportuno no fue instado por el sancionado y, por otro lado, la jurisprudencia sobre la materia muestra la amplitud de los argumentos impugnatorios admitidos para las faltas leves en el procedimiento sumario. Para el abogado del Estado la amplitud de argumentos impugnatorios reconocidos permite el enjuiciamiento pleno de las sanciones impuestas por faltas leves y representa una adecuada respuesta dada por la jurisdicción militar a la luz de la propia Constitución que satisface, al mismo tiempo, las exigencias ineludibles de la disciplina militar de evitar largas o indefinidas pendencies procesales sobre las sanciones de esta naturaleza. El abogado del Estado considera que la eficaz y pronta solución de los recursos frente a sanciones por faltas leves lleva a la inaplicación del recurso contencioso-disciplinario ordinario. En sus alegaciones el abogado del Estado señala que los preceptos cuestionados no conculcan los arts. 24.1 y 106 CE porque tienen acreditada una flexibilidad suficiente para satisfacer cualquier pretensión legítimamente imaginable y, además, dan contenido al art. 117.5 CE, que reconoce la especialidad de la jurisdicción militar. Para reforzar su argumentación el abogado del Estado cita, entre otras, la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 25 de enero, por ser muy ilustrativa de la flexibilidad de motivos impugnatorios que admite la jurisdicción militar en el recurso preferente y sumario. La cita que consta en las alegaciones dice que: «y si bien hay que admitir que en los planteamientos de este motivo se hace referencia a cuestiones de legalidad ordinaria, al tratar de la «manifiesta incompetencia» del órgano sancionador o de la «nulidad de pleno derecho» de la resolución adoptada, no es necesario concretar por suficientemente conocidas las sentencias, tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala que el uso del procedimiento preferente y sumario no excluye el examen de cuestiones de legalidad ordinaria cuando entre estas y las posibles vulneraciones de la Constitución exigen un previo examen de aquéllas». Y continúa la citada sentencia del Tribunal Supremo con cita de otras en las que la Sala declaró que «cuando, como en el caso actual, se discute sobre la competencia sancionadora del órgano que impuso el castigo su inexistencia indicaría haberse infringido las garantías conferidas en el artículo 24.2 de la Constitución que aun referidas sustancialmente al proceso judicial, resultan también de aplicación, aunque sea con matizaciones, al derecho disciplinario en general y, con mayores razones, al derecho disciplinario militar en el que pueden adoptarse acuerdos que, en mayor o menor grado, afectan a derechos fundamentales».

Subsidiariamente, para el caso de que el pleno estimase insuficiente el cauce actual para satisfacer cualquier pretensión además de la lesión de derechos fundamentales, el abogado del Estado interesa la resolución del asunto a través de una sentencia interpretativa que condicione la validez del cauce actualmente previsto por el legislador para las faltas leves a la efectividad de los derechos de defensa de los sancionados por ellas. Con ello se daría satisfacción a las exigencias de celeridad y pronta resolución de los recursos contra faltas leves.

Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 9 de diciembre de 2002 formuló alegaciones el ministerio fiscal interesando la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados, tal como había adelantado en sus alegaciones al recurso de amparo que dio lugar a la STC 202/2002, de 28 de octubre. Recuerda el ministerio fiscal la doctrina de este tribunal sobre el control judicial de la actividad administrativa que debe ser universal sin excepción, lo que hace jurídicamente imposible que una actuación de la Administración quede inmune a la revisión de los tribunales [SSTC 22/1982; 80/1983, 197/1988 y 18/1994, F. 4 a) y el ATC 43. En cuanto a la comparación que la STC 18/1994 realizó en su F. 4 b) de los apartados a) y b) del art. 468 de la Ley Orgánica procesal militar con el apartado c) del mismo precepto, que declaró inconstitucional, el ministerio fiscal señala que «la comparación no se efectuó por la sentencia para afirmar la constitucionalidad en un caso [art. 468 b)] y la inconstitucionalidad en el otro [art. 468 c)], sino para argumentar que con relación en concreto al proceso especial preferente y sumario al que se hace referencia en el párrafo anterior a), no existen motivos objetiva y razonablemente atendibles en el plano constitucional, que justifiquen la diversidad de trato, al no permitir el actualmente declarado inconstitucional art. 468 c) el acceso al proceso contencioso-disciplinario preferente y sumario que sí permite el apartado b) del mismo precepto, ya que la STC 18/1994 declaró inconstitucional el apartado c) del art. 468 porque privaba de todo recurso contra la resolución sancionadora disciplinaria militar».

Pero, además, el ministerio fiscal alega que la STC 202/2002, de 28 de octubre, F. 5, al rebatir la tesis del abogado del Estado da por supuesto que existen motivos ajenos a los derechos fundamentales que deben ser atendidos en vía judicial y que al impedirlo el apartado b) del art. 468 de la Ley Orgánica procesal militar resulta vulnerador de los arts. 24.1 y 106.1 CE. Recuerda el ministerio fiscal que la STC 202/2002, de 28 de octubre, F. 6, declaró asimismo que el mantenimiento de la disciplina en los Ejércitos «no puede erigirse en motivo constitucionalmente admisible para cerrar

toda posibilidad de impugnación, por motivos de legalidad ordinaria, de una sanción impuesta por falta leve».

Por providencia de 7 de noviembre de 2011 se señaló para deliberación y fallo de la sentencia el día 8 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (RESUMEN)

...

La cuestión de inconstitucionalidad objeto de este proceso se plantea en relación con los arts. 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468 b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, por posible vulneración de los arts. 24.1, 106.1 y 117.5 de la Constitución. De conformidad con lo dispuesto en el art. 55.2 LOTC la Sala acordó elevar al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad.

El art. 453.2 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar dispone que «el procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario, que se regula en los títulos II al IV, ambos inclusive, de este libro, es aplicable a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias que señala el artículo 61 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas». Dicho artículo se contiene en el libro IV («de los procedimientos judiciales militares no penales»), en la parte primera («del recurso contencioso-disciplinario militar»), dentro del título I dedicado a las «disposiciones generales».

El art. 468 b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, («inadmisión del recurso contencioso-disciplinario militar»), dispone que «no se admitirá recurso contencioso-disciplinario militar respecto de: ... b) Los actos que resuelvan recursos por falta leve, salvo lo dispuesto para el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario». Dicho artículo se contiene igualmente en el libro IV («de los procedimientos judiciales militares no penales»), en la parte primera («del recurso contencioso-disciplinario militar»), dentro del título III («del objeto del recurso contencioso-disciplinario militar»), capítulo I («de los actos impugnables»).

...

Ante la alegación del abogado del Estado en la que considera que la efectiva respuesta a la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados debe quedar condicionada a la comprobación del resultado de indefensión, pero no una indefensión abstracta, sino al hecho efectivo de que deter-

minados derechos de los ciudadanos no puedan ser defendidos ante los tribunales (lo que no se produjo en el caso concreto que dio lugar a la STC 202/2002, de 28 de octubre, estimatoria del recurso de amparo del que esta cuestión de inconstitucionalidad trae causa), hemos de recordar que si bien el recurso de amparo protege derechos fundamentales frente a lesiones reales, efectivas y concretas, el control de constitucionalidad de las normas con fuerza de Ley se encuentra configurado en todos los procedimientos a través de los cuales se lleva a efecto como un mecanismo de control abstracto, es decir, de depuración objetiva del ordenamiento jurídico. En palabras de la STC 161/1997, de 2 de octubre (seguidas luego en las SSTC 37/2004, de 11 de marzo, y 224/2006, de 6 de julio, entre otras), «una vez promovida la cuestión, el objeto y el tipo de control es en lo sustancial idéntico al del recurso de inconstitucionalidad ya que en los dos casos se trata de contrastar en abstracto el precepto legal con las normas que integran el llamado bloque de la constitucionalidad».

...

No obstante, a pesar de los esfuerzos del abogado del Estado no debemos perder la perspectiva del asunto planteado por la cuestión de inconstitucionalidad, que no se refiere a la constitucionalidad del art. 518, que regula el procedimiento preferente y sumario en la Ley Orgánica procesal militar, sino a la posible lesión de los arts. 24.1, 106 y 117.5 CE por los arts. 453.2, inciso «por falta grave», y 468 b) del mismo texto legal, que limitan el objeto del recurso contencioso-disciplinario ordinario a las infracciones graves dejando fuera del mismo y, por tanto, de control judicial, las cuestiones de legalidad ordinaria que susciten las sanciones impuestas por faltas leves a militares.

...

El apartado segundo del art. 453 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar acota el ámbito objetivo del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias del art. 61 de la Ley Orgánica del régimen disciplinario de las fuerzas armadas. El apartado tercero del art. 453 establece que «contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el artículo 53.2 de la Constitución, podrá interponerse el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario que se regula en el título V de este libro». Por su parte, el art. 468 del mismo texto legal dispone los motivos de inadmisión del recurso contencioso-disciplinario militar, entre los que cita en su letra b) los actos que resuelvan recursos por falta leve, salvo

lo dispuesto para el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario. El art. 518 de la citada Ley orgánica, que regula el procedimiento preferente y sumario, establece que «contra los actos de la administración sancionadora que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, mencionados en el artículo 453 de esta ley, podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario de conformidad con las reglas de procedimiento establecidas para el procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario con las siguientes modificaciones».

...

Con la lectura de los preceptos citados comprobamos que las sanciones impuestas por faltas leves no pueden ser impugnadas ante la jurisdicción militar por cauce del procedimiento contencioso-disciplinario ordinario, sino solo por el cauce especial y sumario utilizable si se alega vulneración de los derechos fundamentales y las libertades públicas pero cerrado a los motivos de impugnación sean de legalidad ordinaria en cuyo caso ya concluimos en la STC 202/2002, de 28 de octubre, F. 5, que el ciudadano no puede impetrar el control judicial sobre la adecuación de la actuación administrativa, del acto sancionador con el ordenamiento jurídico.

...

Pues bien, si ello es así no podemos sino concluir, de conformidad con lo interesado por el ministerio fiscal en sus alegaciones, que la exclusión de control judicial de los motivos de legalidad ordinaria que surgieran a raíz de la imposición de sanciones leves en el ámbito disciplinario castrense choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1 CE. No obstan para ello las exigencias de celeridad y pronta resolución que el mantenimiento de la disciplina castrense precisa, como puso de manifiesto el abogado del Estado en sus alegaciones, puesto que frente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), concretamente desde la perspectiva del principio pro actione que es donde nos situamos, tenemos declarado que no resultan oponibles argumentos relativos a la celeridad y pronta resolución de los procesos que el mantenimiento de la disciplina castrense precisa, ya que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución a todos los ciudadanos, sin que el valor imprescindible de la disciplina en una organización jerarquizada como las Fuerzas Armadas pueda ser aducido para justificar cualquier limitación al ejercicio de los

derechos fundamentales (SSTC 21/1981, de 15 de junio, F. 15, y 31/2000, de 3 de febrero, F. 4).

...

Afirmada la vulneración del art. 24.1 CE por los arts. 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468 b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, en cuanto que impiden el control judicial de las sanciones impuesta por faltas leves en su aspecto más reducido de legalidad ordinaria, hemos de apreciar también la infracción del art. 106.1 CE. De acuerdo con la doctrina constitucional el art. 106.1 CE establece un «principio tan consustancial al Estado de derecho como es el del sometimiento de la actuación de todos los poderes públicos al conjunto del ordenamiento y la verificación de esa sujeción, en última instancia, por los órganos del poder judicial.

Que las sanciones impuestas por faltas leves no puedan ser recurridas por el cauce del procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario supone una vulneración de los arts. 24.1 y 106.1 carente de justificación constitucionalmente aceptable que choca, además, con el propósito del art. 117.5 CE.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

ha decidido:

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar inconstitucionales y nulos los arts. 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468, apartado b), de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar.

COMENTARIOS

Un recurso de amparo del año 2002, da lugar a la elevación al pleno, que resuelve en 2011 la cuestión de inconstitucionalidad del inciso «por falta grave», de los artículos 453.2 y 478.b, de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar.

En definitiva, se trata de que el recurso contencioso disciplinario «preferente y sumario», es insuficiente para garantizar la tutela judicial efectiva, al excluir el recurso ordinario como recurrible frente a las sanciones «por falta leve».

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 202/2011 de 13 diciembre

DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES: derecho de acceso a la jurisdicción; interdicción de que el legislador, con normas excluyentes de la vía judicial, impida el acceso al proceso; tal prohibición se refuerza por lo prevenido en el art. 106.1 CE, cuando se trata de impetrar justicia frente a la actuación de las administraciones públicas

JURISDICCION Y PROCESO MILITAR: proceso penal militar; recurso contencioso-disciplinario militar ordinario; art. 64.3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil; imposibilidad de acceso a los tribunales respecto de la adecuación de las sanciones impuestas por falta leve; este precepto, por excluir cualquier recurso, no se compadece con lo dispuesto en los arts. 24.1 y 106.1 y 117.5 CE; vulneración existente.

Ponente: Don Javier Delgado Barrio

HECHOS (RESUMEN)

...

El 22 de febrero de 2006 tuvo entrada en el Registro General de este tribunal escrito de la Sala de lo Contencioso-Disciplinario del Tribunal Militar Territorial Cuarto, con sede en La Coruña, al que se acompaña, junto con el testimonio del recurso contencioso-disciplinario ordinario núm. 4-7-05, que se tramita ante dicha Sala, el auto de 18 de enero de 2006 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468 b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, y el artículo 64.3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil por posible vulneración de los arts. 24.1, 106 y 117.5 CE.

...

Tanto el fiscal como el abogado del Estado manifestaron su oposición al planteamiento de la cuestión, mientras que el recurrente lo consideró necesario solicitando que se extendiera al artículo 64.3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, en cuanto establece que contra la resolución del recurso que se interponga contra las resoluciones por las que se impusiera sanción por falta leve tan solo cabrá interponer recurso contencioso disciplinario militar preferente

y sumario regulado en el artículo 518 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, y con los efectos previstos en dicho precepto.

...

El auto de 22 de febrero de 2006, de la Sala de lo Contencioso-Disciplinario del Tribunal Militar Territorial Cuarto, justifica el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en los fundamentos jurídicos 5 y 6 de la STC de 28 de diciembre de 2002 que, estimando el recurso de amparo núm. 5777-2000, anuló una resolución de la Sala proponente que inadmitía el recurso contencioso interpuesto contra una sanción disciplinaria por falta leve y acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los preceptos recurridos. Tras transcribir parcialmente la sentencia citada, y en aplicación de sus argumentos, comparte las dudas de constitucionalidad que le suscita la exclusión del control judicial de las sanciones leves, dudas de constitucionalidad que también extiende, por las mismas razones, al artículo 64.3 de la Ley Orgánica 11/1991, del régimen disciplinario de la Guardia Civil. Señala asimismo el auto de 22 de febrero de 2006 que los preceptos son relevantes para la resolución del recurso ya que solo restando por dictar el fallo resolutorio del proceso, ello abocaría a la Sala a tener que aplicar necesariamente el art. 486 b) en relación con el 453.2, por lo que, por vía del art. 493 c) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, tendría que declarar en sentencia la inadmisibilidad del recurso ordinario interpuesto.

...

El fiscal general del Estado presentó su escrito de alegaciones en el Registro General de este Tribunal el 24 de abril de 2006. En relación con los arts. 453 y 468 b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar se remite a lo alegado en las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 6188-2002, 4204-2003 y 6503-2005 en las que se cuestionan los mismos preceptos. Respecto del apartado 3 del art. 64 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, el fiscal señala, en primer lugar, que el referido precepto no fue incluido en la providencia de 9 de diciembre de 2005 por la que, el órgano judicial, otorgó a las partes y al ministerio fiscal el trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 LOTC. Junto a ello pone de manifiesto que el referido precepto ha sido incluido en el auto de planteamiento sin haber fundamentado qué partes del mismo son contrarias a los preceptos constitucionales que se citan. Por todo ello considera que el precepto solo deberá ser declarado inconstitucional, en todo o en parte, si su expulsión del ordenamiento tuviera como consecuencia que las resoluciones sancionadoras, sean por falta grave o leve, pudieran ser impugnadas a través del recurso contencioso-disciplinario militar.

...

El fiscal general del Estado concluye sus alegaciones interesando la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468 b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar y, en su caso, la del art. 64.3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La cuestión de inconstitucionalidad objeto de este proceso se plantea en relación con los artículos 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468 b) de la Ley Orgánica procesal militar, de 13 de abril de 1989, y el art. 64.3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

El artículo 453.2 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 abril, procesal militar dispone que «el procedimiento contencioso-administrativo militar ordinario, que se regula en los títulos II al IV, ambos inclusive, de este libro, es aplicable a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias que señala el artículo 61 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas». Por su parte, el artículo 468 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 abril, procesal militar («inadmisión del recurso contencioso disciplinario militar»), dispone que «No se admitirá recurso contencioso disciplinario militar respecto de: ... b) Los actos que resuelvan recursos por falta leve salvo lo dispuesto para procedimiento contencioso disciplinario militar preferente y sumario».

Finalmente, el artículo 64.3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil («recurso contra sanción por falta leve») dice así: «3. Contra la resolución de este segundo recurso, que deberá dictarse en el plazo máximo de un mes, o, en su caso, de la que recaiga en alzada, tan solo cabrá interponer el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario regulado en el artículo 518 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 abril, en la forma y con los efectos previstos en dicho precepto». Precepto este que es aplicable en el proceso a quo, aunque posteriormente fuera derogado –Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil–.

...

La presente cuestión de inconstitucionalidad ha de considerarse resuelta en lo relativo a los arts. 453.2, en el inciso «por falta grave», y

468 b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, por la reciente STC 177/2011, de 8 de noviembre, en la que se declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los arts. 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468, apartado b), de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, resolución que tiene el valor de cosa juzgada y plenos efectos erga omnes a partir del día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» [arts. 164.1 CE y 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)]. Por consiguiente, una vez declarados inconstitucionales y nulos, los preceptos cuestionados han sido expulsados del ordenamiento, lo que determina que, conforme a una reiterada jurisprudencia de este tribunal (SSTC 387/1993, de 23 de diciembre, F. único; 72/1997, de 10 de abril, F. único; 91/1997, de 8 de mayo, F. único; y AATC 271/2005, de 21 de junio, F. único; y 77/2007, de 27 de febrero, F. único), debemos apreciar la desaparición parcial sobrevenida del objeto de la cuestión aquí planteada con respecto a los dos citados preceptos legales.

...

La cuestión de inconstitucionalidad se plantea por la Sala proponente también en relación al art. 64. 3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, por posible vulneración de los artículos 24.1, 106.1 y 117.5 CE, con base en los mismos argumentos expuestos en relación con los dos preceptos de la Ley procesal militar que han sido declarados inconstitucionales y anulados por este Tribunal.

Debe señalarse, en primer lugar, que los defectos en los que pudo incurrir el órgano judicial tanto en la providencia por la que, de acuerdo con lo previsto en el art. 35.2 LOTIC, se otorgó audiencia a las partes y al ministerio fiscal sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, al no mencionar, entre los preceptos cuestionados al art. 64.3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, como en el auto de planteamiento, al no haber fundamentado si la duda de constitucionalidad se refería a todo el precepto o solo a una parte del mismo, son defectos que, en este caso, no determinan que la cuestión, en lo que se refiere a este precepto, no cumpla los requisitos procesales.

...

Por lo que se refiere al primero de los defectos aludidos –no haber incluido entre los preceptos legales sobre los que se plantea la duda de constitucionalidad– el art. 64.3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, es de señalar que la omisión no es por sí misma suficiente para

excluir el referido precepto de nuestro enjuiciamiento, pues, como señaló la STC 11/1999, de 11 de febrero, F. 1, lo importante «no es el cumplimiento formal del presupuesto procesal sino que, de alguna manera, las partes hayan tenido la ocasión de pronunciarse o de opinar acerca de todos y cada uno de los preceptos legales de cuya constitucionalidad duda el juzgador» y, como señala la citada sentencia, «[e]s evidente que tal oportunidad se brinda no solo cuando se somete a su consideración expresa y explícitamente un precepto perfectamente identificado sino también cuando la exposición pone de manifiesto implícita pero clara e inequívocamente la implicación de otros preceptos que, sin ser nominados, resultan fácilmente identificables por su íntima o directa relación o conexión con los citados nominatim».

...

En el caso que ahora se analiza, fue, precisamente, la identidad sustancial entre los preceptos legales identificados en la providencia [los arts. 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468 b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar] y el art. 64.3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, es de señalar que lo que determinó que la parte recurrente en el proceso contencioso-ex novo administrativo solicitara al órgano judicial que cuestionara, por los mismos motivos, este precepto legal. En todo caso, al ser su contenido sustancialmente igual al de aquellos preceptos que sí se mencionaron en la providencia, su omisión no privó al órgano judicial de tomar en consideración las alegaciones de las partes y del ministerio fiscal en relación con la duda de constitucionalidad suscitada, pues era la misma que la que planteaban los preceptos que sí fueron expresamente mencionados en este trámite.

También ha de considerarse una mera irregularidad que el órgano judicial no haya expuesto en el auto de planteamiento de la cuestión si el art. 64.3 de la Ley Orgánica 11/1991 se incluía en su totalidad o solo en parte, pues al fundamentar la Sala la inconstitucionalidad de este precepto en los mismos argumentos que los aducidos para fundamentar la inconstitucionalidad de los otros preceptos cuestionados, debemos entender, en coherencia con aquéllos, que la cuestión se plantea sobre el inciso «tan solo» que excluye el control jurisdiccional de las sanciones leves por motivos de legalidad ordinaria, pero no sobre el resto del apartado tercero en cuanto que prevé que las sanciones leves podrán ser objeto del recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario en los términos establecidos en el art. 518 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril.

...

Sobre esta cuestión, aunque en relación a los dos otros preceptos de la Ley Orgánica procesal militar cuestionados, nos pronunciamos en la antes citada STC 177/2011, de 8 de noviembre, cuya doctrina resulta, por tanto, aplicable y que resumimos brevemente a continuación:

- a) «La exclusión de control judicial de los motivos de legalidad ordinaria que surgieran a raíz de la imposición de sanciones leves en el ámbito disciplinario castrense choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1 CE.
- b) En los preceptos cuestionados, «en cuanto que impiden el control judicial de las sanciones impuestas por faltas leves en su aspecto más reducido de la legalidad ordinaria, hemos de apreciar también la infracción del art. 106.1 CE.
- c) Las vulneraciones de los arts. 24.1 y 106.1 CE por los preceptos cuestionados «tienen como consecuencia la no conformidad de estos últimos con el art. 117.5 CE que establece la necesidad de adecuación de las especialidades de la jurisdicción militar a los principios constitucionales».

...

La aplicación de la doctrina expuesta determina que debemos declarar inconstitucional y nulo el inciso «tan solo» del art. 64.3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, vulnera los arts. 24.1 CE, 106.1 y 117.5 CE, dado que da lugar a «que las sanciones impuestas por faltas leves no puedan ser recurridas por el cauce ordinario militar».

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

ha decidido:

1.º Declarar extinguida la cuestión de inconstitucionalidad por pérdida sobrevenida de objeto en lo relativo a los arts. 468, apartado b) y 453.2 en el inciso «por falta grave» de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

2.º Estimar el resto de la cuestión declarando inconstitucional y nulo el inciso «tan solo» del apartado 3 del art. 64 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

COMENTARIOS

Siguiendo la sentencia, preferentemente expuesta y resumida, se aclara que el recurso contencioso disciplinario «preferente y sumario», al excluir el control judicial de las sanciones impuestas por falta leve, en cuanto impide examinar la legalidad ordinaria, y precisamente por ello, no cumple las exigencias de la tutela judicial ejercida.

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA

Dra. Eva María Bru Peral.
Comandante auditor. Magistrado.

DOMINIO PÚBLICO Y DERECHO PATRIMONIAL

Derecho de reversión

STS, sección 6.^a, de 14 de octubre de 2011. Recurso: 4445/2008. Ponente D. JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR.

Confirma el Tribunal Supremo la sentencia desestimatoria de la Sección 1.^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 15 de febrero de 2008, relativa a la impugnación de la resolución del Ministerio de Defensa en la que se denegaba el derecho de reversión sobre determinadas fincas, al determinar que, según consolidada doctrina sobre la naturaleza y caracteres del derecho de reversión y su naturaleza autónoma, susceptible de transmisión por actos intervivos o mortis causa, no es apropiado el término «expectativa», sinónimo de expectación, ilusión, confianza, posibilidad, perspectiva, para calificar un derecho reconocido para el futuro, para cuando se dé el supuesto de hecho que habilita a ejercitar con éxito el derecho de reversión, como es la desafectación.

Tal como se establece en la sentencia:

«... debemos señalar que este tribunal se ha pronunciado ya en un supuesto similar derivado de la misma expropiación, en su sentencia de 19 de noviembre de 2010 (recurso 5706/2006), sobre la aplicación del artículo 54.2.b de la Ley de Expropiación Forzosa, en su redacción dada por la disposición adicional quinta de la ley 38/99, concluyendo que la aplicación del precepto en su nueva redacción no es contrario al principio de irretroactividad de disposiciones no favorables y restrictivas de derechos individuales contenido en el artículo 9.3 CE.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, las garantías de la expropiación constituyen un derecho de configuración legal y por ello susceptible de modulación o eliminación, debiendo resaltarse que el legislador, con la nueva redacción dada a los artículos 54 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa por la Ley 38/1999, se limita a modular el derecho de reversión, y ello con el alcance retroactivo que determina su disposición transitoria segunda, como luego veremos.

De acuerdo pues con la doctrina jurisprudencial citada, el legislador tiene la facultad de modular el contenido del derecho de reversión, y así lo hizo en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que dio nueva redacción a los 54 y 55 de la LEF.

A los efectos que interesan en este recurso, el artículo 54.2 LEF quedó así redactado por la disposición adicional quinta de la Ley 38/1999:

No habrá derecho de reversión, sin embargo, en los casos siguientes:

- a) Cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social. En este supuesto la Administración dará publicidad a la sustitución, pudiendo el primitivo dueño o sus causahabientes alegar cuanto estimen oportuno en defensa de su derecho a la reversión, si consideran que no concurren los requisitos exigidos por la ley, así como solicitar la actualización del justiprecio si no se hubiera ejecutado la obra o establecido el servicio inicialmente previstos.
- b) Cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio.

No cabe plantearse si la aplicación de este precepto afecta o no a las expropiaciones anteriores a la ley 38/1999, porque la propia norma ha establecido los efectos retroactivos de la nueva norma, al señalar en su Disposición Transitoria 2.^a que “... Lo establecido en la disposición adicional quinta no será de aplicación a aquellos bienes y derechos sobre los que, a la entrada en vigor de la Ley, se hubiera presentado la solicitud de reversión...”.

En el caso de autos, el derecho se ejercitó en el año 2002, como indica la sentencia impugnada, por lo que la normativa aplicable era la LEF en la redacción dada por la ley 38/1999».

Continúa el Tribunal Supremo estableciendo que:

«La vulneración que del artículo 9.3 de la Constitución aducen los recurrentes se sostiene en que el derecho de reversión no es una expectativa de derecho.

Al efecto parece necesario precisar, como hacíamos en nuestra sentencia de 19 de noviembre de 2010, antes citada, sobre un supuesto similar derivado de la misma expropiación, que el que el derecho de reversión constituya un derecho de naturaleza autónoma, susceptible de transmisión

por actos intervivos o mortis causa conforme se expresa en la sentencia de 24 de enero de 2002 de esta misma sección, citada por los recurrentes, no está reñido con su consideración como derecho susceptible de modulación.

Sin duda no es apropiado el término “expectativa”, sinónimo de expectativa, ilusión, confianza, posibilidad, perspectiva, etc., para calificar un derecho reconocido para el futuro, para cuando se dé el supuesto de hecho que habilita a ejercitar con éxito el derecho de reversión, esto es, la desafectación, pero con independencia de la idoneidad del término, lo que es claro es que el derecho de reversión hasta el momento de ejercitarlo puede ser condicionado por el legislador sin que, en consecuencia, pueda acogerse, frente a la denegación del derecho de reversión instado, la alegación relativa a la irretroactividad de las leyes restrictivas de derechos».

CONTRATACIÓN

Validez de los análisis realizados en los laboratorios homologados por el Ministerio de Defensa.

STS, sección 7.^a, de 6 de julio de 2011. Recurso: 735/2008. Ponente D. NICOLÁS ANTONIO MAURANDI GUILLÉN.

Esta sentencia se considera de interés por cuanto aún impugnándose una contratación realizada por el Ministerio del Interior, sin embargo se entra a estudiar la validez de los análisis realizados en los laboratorios homologados por el Ministerio de Defensa. En este sentido, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimaba el recurso contra una resolución del Ministerio del Interior que declaraba desierto un concurso en relación con un contrato de suministro al no cumplir ninguna de las ofertas presentadas los requisitos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas, para ello se consideró que el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas confiere a la Administración la facultad de declarar motivadamente desierto un concurso si bien dicha motivación, en los casos de que se trate del incumplimiento de requisitos técnicos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas, impone la necesidad de justificar con una prueba inequívoca de ese carácter técnico que no se alcanzaron dichos requisitos.

Así, el Tribunal Supremo considera como dato relevante:

«El principal alegato realizado en el apartado de “hechos” de dicha demanda para justificar su pretensión consistió en denunciar la inexactitud

de ese informe de la Administración que había señalado que la resolución resultante de la medición había sido de 2,78 pl/mrad, frente al exigido en el PPT de que fuese de 3pl/mrad.

Se decía, a efectos de lo anterior, que el TPYCEA que había realizado el informe técnico no se encontraba homologado (hecho segundo de la demanda), que el único laboratorio homologado por el Ministerio de Defensa para verificar las prescripciones técnicas del PPT era el Laboratorio del Centro de Investigación de la Armada (LCIDA), y que las personas que habían realizado el informe, don Carmelo y don Herminio, no tenían la titulación necesaria para realizar las mediciones por no ser ni siquiera Diplomados en óptica (hecho cuarto)».

A partir de aquí tal como se expone en el fundamento jurídico 4.º:

«La cuestión central de la actual casación es decidir si en el caso litigioso hubo, en la decisión de la Administración de declarar desierto el concurso, una motivación aceptable que permita considerar que cumplió con las exigencias que a estos efectos establece el artículo 88.2 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio [TR/LCAP].

Lo más concretamente suscitado por el recurso de casación, como resulta de su planteamiento antes expuesto, es el soporte objetivo que ha de tener la valoración técnica en que la Administración apoyó su decisión para que tal valoración pueda encarnar válidamente la motivación exigida por ese artículo 88.2 del TR/LCAP.

El punto de partida para resolver esa fundamental cuestión debe ser este: que la facultad de declarar desierto el concurso, reconocida por ese repetido artículo 88.2 del TR/LCAP, exige ser motivada; y esa motivación, cuando se trata del incumplimiento de requisitos técnicos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas, impone la necesidad de justificar con una prueba inequívoca de ese carácter técnico que no se alcanzaron dichos requisitos.

Esa clase de motivación que resulta necesaria no es de apreciar en la decisión administrativa aquí controvertida y, por el contrario, la recurrente sí aportó numerosas justificaciones de gran verosimilitud que no fueron eficazmente combatidas por la Administración; y las razones que conducen a esta conclusión son estas:

1. La Administración, en el proceso de instancia, prácticamente se limitó a invocar genéricamente la discrecionalidad técnica que le asistía en cuanto a los métodos de comprobación que por ella fueron utilizados respecto al material ofertado, pero no rebatió eficaz-

mente las alegaciones que la recurrente realizó en contra de dichos métodos de comprobación, ni esos justificantes que acompañó para apoyarlas, y tampoco dicha Administración aportó una prueba que permitiera desmentir o descalificar la crítica que había sido dirigida a sus informes técnicos.

2. En los mismos términos se ha venido a pronunciar la sentencia recurrida que, por otra parte, realiza razonamientos que no son asumibles.

No puede compartirse la dispensa que viene a otorgar a la Administración de la necesidad de expresar, frente a las detalladas y precisas críticas que la recurrente hizo al concreto método de comprobación cuya utilización le fue comunicada, qué otros concretos métodos de comprobación pudieron haberse empleado de manera adicional con aquel, o cuáles eran los justificantes que permitían considerar técnicamente aceptable el que fue objeto de polémica por parte de la recurrente.

Y aunque es correcta su afirmación de que un testigo no puede sustituir al jefe del Servicio de Contratación, olvida la sentencia de instancia que, tratándose de decisiones administrativas que comportan la necesidad de una valoración técnica, esta valoración ha de estar debidamente justificada para que la decisión administrativa pueda ser considerada debidamente motivada».

Resolución de contrato de suministro

SAN, sección 5.^a, de 3 de noviembre de 2011. Recurso: 916/2008. Ponente D. JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ.

Se analiza en esta sentencia la resolución de un contrato de suministro amparada en la causa prevista en la letra g) del artículo 111 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, consistente en «el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales», y la incautación de la garantía definitiva.

Tal como se contiene en los fundamentos de esta sentencia:

«... la discrepancia radica en la conformidad de las herramientas multitiempos suministradas por el adjudicatario con el pliego de prescripciones técnicas, razón por la cual cobra importancia la prueba pericial practicada en el proceso, en el que, además de haberse ratificado a presencia judicial el informe aportado por la parte recurrente en la vía administrativa, hay

un dictamen emitido por un perito designado por este tribunal, respecto del que las partes tuvieron la oportunidad de solicitar las aclaraciones que consideraran oportunas, sin que interesaran alguna.

La valoración de estos dictámenes, en especial, del aportado directamente en la vía judicial, ha de realizarse, conforme dispone el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “según las reglas de la sana crítica”, si bien advirtiendo que la prueba pericial no es una prueba tasada (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1991), de manera que las conclusiones de los peritos han de ser examinadas depurando sus razonamientos (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1988), ponderándose a tenor de su fuerza convincente (sentencias del mismo alto tribunal de 2 de noviembre de 1989, de 3 de octubre de 1991 o de 31 de mayo y de 5 de junio de 1991).

En el supuesto de autos, la sección estima que el dictamen emitido por D. M., designado perito por este órgano judicial, reviste la solidez suficiente para desvirtuar la conclusión en la que se amparan los actos impugnados.

Por un lado, ostenta la titulación requerida por el artículo 340.1 de la citada ley procesal civil en atención a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de este, pues es Ingeniero Industrial.

Por otro lado, en el dictamen expone con claridad los sistemas analíticos empleados y las distintas pruebas practicadas, que resultan adecuados a la pericia, sin perjuicio de que, para determinadas comprobaciones haya acudido al Centro Nacional de Investigaciones Metalúrgicas, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, refiriéndose también a los aspectos más controvertidos, como a la dureza, a la calidad de las fundas exteriores o a la linealidad de las herramientas, efectuando personalmente las operaciones de pliegue y de cierre, habiendo empleado para ello siete unidades, procedentes de cada una de las cajas que conforman la partida, que la sección estima suficientemente representativas.

Antes de entrar en el contenido concreto del dictamen ha de repararse en que, aunque la Administración afirma que las herramientas no se ajustan al pliego de prescripciones técnicas, una de las quejas que se plasman en los distintos informes obrantes en el expediente administrativo consiste en que lo suministrado no coincide con la muestra aportada al concurso –se llega a considerar defecto crítico, y, por consiguiente, determinante del rechazo, la “diferencia de los destornilladores respecto a la muestra previa”–, pero, a tenor de la cláusula segunda del contrato suscrito, el contratista quedaba obligado “a entregar al Ministerio de Defensa los suministros anteriormente especificados, con estricta observancia de lo establecido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares

y de prescripciones técnicas”, siendo únicamente el incumplimiento de estos pliegos el que podría dar lugar a la resolución, pero sin que baste cualquier incumplimiento, sino que, como requiere la causa de la letra g) del artículo 111 de la Ley de Contratos, ha de afectar a una obligación esencial, que, en el caso examinado, ha de relacionarse con la aptitud de las herramientas para su función.

Es aquí donde cobra toda su importancia el referido dictamen pericial, comprensivo de tres extremos:

- En la exposición del primer extremo se va indicando, entre otras cuestiones, que las características de las herramientas examinadas, en cuanto a peso y medidas, “están dentro de la tolerancia que para este tipo de herramientas se precisa”; que, en cuanto a la linealidad, una vez desplegadas, “es correcta ya que tienen una pequeña leva que obliga a un esfuerzo superior al de desplegado para que queden fijadas y no se plieguen espontáneamente durante su uso”; para concluir “que las herramientas multiuso son aptas conforme al pliego de prescripciones técnicas”.

Especial atención merece la dureza y la funda exterior.

En cuanto a la dureza del acero, que el punto 2.2.1.2 del pliego de prescripciones técnicas requiere “mínimo 47 (Rockwell C)”, el perito afirma que “la dureza media de las herramientas multiuso que son objeto de este informe cumple con la condición de dureza superior a 47 Rockwell C”, pero, según resulta de las pruebas realizadas por el mencionado Centro Nacional de Investigaciones Metalúrgicas, algunas piezas no llegan a ese nivel de dureza, siendo significativo que el reparo opuesto por el laboratorio militar en cuanto al alicate esté debidamente contrastado, pues ninguna de dichas piezas –la 2– en las herramientas analizadas alcanza el nivel exigido –43, 34, 34, 42, 43, 46 y 36, respectivamente–. No obstante, dejando al margen si el nivel mínimo de dureza se requiere en toda la herramienta o en cada una de las piezas que la componen, lo cierto es que se trataría, a lo sumo, de un defecto mayor que, según el propio pliego de prescripciones técnicas no impediría la aceptación. De hecho, el informe del laboratorio militar, pese a apuntar el defecto mayor en dureza, propone la aceptación.

Con respecto a la funda exterior, en el primer informe general del órgano técnico de la Administración se apreció un defecto mayor, pero no figura en el segundo informe general, por lo que parece descartado, de ahí que no sea necesario su examen, aparte de que, como tal defecto mayor, al igual que sucede con el problema de dureza, tampoco impide la aceptación, como igualmente lo entendió el propio laboratorio militar.

- En el segundo extremo se afirma que “no hay diferencia en las alienaciones de los destornilladores con el mando, excepto en el denominado pieza 9 [...] ya que esta pieza es, por su construcción, imposible de alinear con el mango”, añadiendo que “este perito también ha realizado dicha operación [de pliegue y cierre] siguiendo el manual de uso de las herramientas multiuso y no ha podido apreciar ningún problema en el cierre de las herramientas”, aunque, precisa, “haciendo un intento de recogida del conjunto sin haber guardado todas las herramientas previamente sí que he notado que la herramienta no se pliega sin esfuerzo” –lo que tiene importancia dado que el órgano técnico de la Administración detectó “dificultad para plegar y desplegar la herramienta”–, para concluir que en el informe del órgano técnico de la Administración se refieren “defectos que no están contemplados como tales, ya que no se nombran, en el citado pliego de prescripciones técnicas”.
- En el tercer y último extremo se manifiesta la conformidad con el informe aportado por el adjudicatario en la vía administrativa, afirmando “que las herramientas multiuso son aptas para el fin al que se destinan tanto en su funcionalidad como en los requisitos establecido en el pliego de prescripciones técnicas”.

De todo ello se deduce que las herramientas multiuso reunían las condiciones del pliego de prescripciones técnicas, sin que, por consiguiente, pueda admitirse el incumplimiento contractual imputado al adjudicatario, siendo improcedente la resolución del contrato por la causa invocada, lo que conduce a la estimación del recurso contencioso-administrativo y de las pretensiones del demandante».

RESPONSABILIDAD CONTABLE Y PATRIMONIAL

Responsabilidad contable

STS, sección 7.^a, de 21 de julio de 2011. Recurso: 1018/2008. Ponente D. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS.

Se analiza en esta sentencia un interesante caso de responsabilidad contable entrando el tribunal en la distinción entre la responsabilidad contable como una subespecie de la civil, y propiamente civil, ya que si bien las dos se imputan sobre el manejo de fondos y caudales públicos, la responsabilidad contable surge, en todo caso, en el contexto de la enco-

mienda a ciertas personas de la gestión de fondos públicos, sin perjuicio del supuesto especial de los perceptores de subvenciones u otras ayudas del sector público.

El recurso de casación se interpone por el abogado del Estado contra la sentencia dictada el 24 de julio de 2007 por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación núm. 26/05, promovido contra la sentencia de 7 de abril de 2004, dictada en primera instancia por la Sección de Enjuiciamiento de dicho Tribunal de Cuentas (Departamento 2.º), que resolvió el procedimiento de reintegro por alcance n.º B-98/96.

En este sentido, la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (Departamento Segundo), en el procedimiento de reintegro por alcance n.º B-98/96, el 7 de abril de 2004 dictó sentencia con el siguiente fallo:

«ESTIMAR parcialmente la demanda interpuesta por el abogado del Estado, a la que se ha adherido el ministerio fiscal y, en su consecuencia:

PRIMERO. Declarar como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos del Ministerio de Defensa el de DOS MILLONES CUATROCIENTOS CUATRO MIL CUARENTA Y OCHO EUROS CON OCHENTA Y DOS CÉNTIMOS (2.404.048,82), equivalentes a CUATROCIENTOS MILLONES DE PESETAS (400.000.000 Ptas).

SEGUNDO. Declarar como responsable contable directo del alcance a DON C.

TERCERO. Declarar como responsables contables subsidiarios a DON G en la cuantía de CUATROCIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS NUEVE EUROS CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS (480.809,68 euros), equivalentes a OCHENTA MILLONES DE PESETAS (80.000.000 Ptas) cuya exigencia procederá cuando no haya podido hacerse efectiva la responsabilidad del declarado como responsable directo DON C. y a DON N. por importe de CUATROCIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS NUEVE EUROS CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS (480.809,68 euros), equivalentes a OCHENTA MILLONES DE PESETAS (80.000.000 Ptas), hoy fallecido, sin que exista transmisión de dicha responsabilidad contable subsidiaria, con motivo de su fallecimiento a sus herederos, al haberse renunciado expresamente la herencia, por lo que procede dar traslado de esta sentencia a la Delegación de Hacienda de Madrid a los efectos de lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2091/71, de 13 de agosto.

CUARTO. Condenar a DON C. al reintegro del importe del principal.

QUINTO. Condenar también a DON C. al pago de los intereses legales calculados con arreglo a lo establecido en el fundamento de derecho noveno de esta Resolución y a DON G. al pago de los intereses legales de la partida en la que se le declara como responsable subsidiario contando,

en su caso, como “dies a quo”, la fecha en que fuera requerido el pago de los mismos.

SEXTO. Declarar la falta de legitimación pasiva de los demandados DON P. J., DON C., DON G., DON N., DON T., DON R. Y DON J. M.

SÉPTIMO. Dar traslado de esta sentencia al Juzgado Militar Central número 1 a los efectos de que proceda a la fijación de las responsabilidades civiles de DON P. J., DON C., DON N. y DON G. por cuanto este Tribunal de Cuentas carece de jurisdicción para ello.

OCTAVO. No efectuar pronunciamiento expreso sobre las costas del procedimiento.

NOVENO. Ordenar la contracción de la cantidad en la que se fijó el perjuicio en la cuenta que corresponda según las vigentes normas de contabilidad pública».

Partiendo de esta sentencia, en donde se cita como antecedentes las sentencias habidas sobre estos hechos en la jurisdicción militar, el Tribunal Supremo, desestimando el recurso del abogado del Estado, determina:

“Una síntesis expositiva de la doctrina jurisprudencial puede concretarse del siguiente modo:

- Los denominados elementos calificadores de la responsabilidad contable son los siguientes:
 - a) En primer lugar, que solo podrán incidir en responsabilidad contable quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.
 - b) En segundo lugar, que no toda acción u omisión contraria a la Ley que produzca menoscabo de caudales o efectos públicos, realizada por quien está encargado legalmente de su manejo, será suficiente para generar responsabilidad contable, ya que se requerirá, además, que resulte o se desprenda de las cuentas, en sentido amplio, que deben rendir todos aquellos que recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos.
 - c) En tercer lugar, que la infracción legal se refiere a las obligaciones impuestas por las leyes reguladoras de la contabilidad pública y del régimen presupuestario aplicable al sector público de que se trate o a las personas o entidades receptoras de ayudas con rango o procedentes de dicho sector.
- El ámbito subjetivo de los posibles responsables contables se define en el art. 2 de la Ley Orgánica 2/1982, según el cual, corresponde al Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran aquellos que tengan a su cargo el manejo de

los caudales o efectos públicos. Asimismo, el art. 38.1 de dicha Ley establece que quien por acción u omisión contraria a la Ley origine el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados, y el art. 15 señala que el enjuiciamiento contable se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos refiriéndose, también, el art. 49.1 de la Ley 7/1988 a quienes tengan a su cargo el manejo de dichos caudales o efectos.

Una interpretación integradora de tales preceptos lleva a entender que la responsabilidad contable está siempre vinculada al manejo de caudales o efectos públicos. Los arts. 15 y 38 de dicha Ley Orgánica hacen girar la responsabilidad contable en torno a los conceptos de caudales públicos o efectos públicos. Así en la medida que se hayan originado daños a los fondos públicos se abre la posibilidad de declarar responsabilidades contables siempre que concurren el resto de requisitos establecidos en la Ley.

Por otra parte, cabe resaltar que ninguno de los preceptos reguladores de la responsabilidad contable se refiere exclusivamente a los funcionarios o autoridades como exclusivos sujetos pasivos. Por el contrario, se habla en todos ellos de personas encargadas de la recaudación, custodia, manejo o utilización de los caudales o efectos públicos.

- Definido así el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable, la participación en la actividad económico financiera de un ente público hace a la persona, sea o no funcionario público, susceptible de ser sujeto de responsabilidades contables, pues la responsabilidad contable deriva no de la forma de personificación, sino del menoscabo de los caudales públicos.

Hay que poner énfasis en que la responsabilidad contable surge, en todo caso, en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de fondos públicos teniendo aquélla dos actos o momentos de vital trascendencia, a saber, el cargo o entrega de los fondos, y la data, descargo o justificación del destino dado a los caudales recibidos. El que recibe fondos debe justificar la inversión de los mismos, respondiendo de ellos en tanto no se produzca la data, bien sea bajo la forma de justificantes adecuados de su inversión, o bien sea bajo la forma de reintegro de las cantidades no invertidas o entrega de las cantidades recibidas en interés de un tercero. Acreditado un cargo y constatada la falta de justificantes o de dinerario, se-

gún los casos, aparece un descubierto en las cuentas, lo que denominamos un alcance de fondos.

Resulta, pues, obligado concluir que solo pueden ser sujeto de responsabilidad contable aquellos que tengan la condición de gestores de fondos públicos, sin perjuicio del supuesto especial de los perceptores de subvenciones u otras ayudas del sector público.

- Si se sostuviese la tesis contraria de que la extensión subjetiva de la responsabilidad contable alcanza a cualquier persona, entonces la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, con la consiguiente invasión en la esfera de competencias de otros órdenes jurisdiccionales. Pero es que, además, dicha tesis aparece corroborada por el art. 39 y siguientes de la propia Ley, en cuanto recogen, como circunstancias modificativas de la responsabilidad contable, conductas típicas de quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; así, las alusiones a la obediencia debida –art. 39.1–, al retraso en la rendición, justificación o examen de las cuentas y en la solvencia de los reparos –art. 39.2–, a la falta de medios –art. 40–.
- A mayor abundamiento, el art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento atribuye a la jurisdicción contable el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra «... todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos...», debiendo comprenderse en dicho concepto tanto los funcionarios como los que no ostenten tal condición, sean o no cuentadantes, y ello porque el término cuentadante es un concepto jurídico determinado que corresponde no solo a los funcionarios encargados de la gestión de ingresos y gastos de la Administración del Estado, y a los Presidentes o Directores de los Organismos Autónomos o Sociedades del Estado, sino también a los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, y a los perceptores de subvenciones corrientes concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sean personas o entidades públicas o privadas.
- Como ha dicho este Tribunal Supremo, la responsabilidad contable no se identifica, de modo necesario, con la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, frente a la Administración, quienes, sin estar vinculados al servicio de la misma o estándolo pero no teniendo a su cargo el manejo de bienes o caudales públicos, causen daños a estos, bien directamente, bien

determinando la obligación de la Administración de indemnizar a terceros. En estos casos, no se estará ante supuesto alguno de responsabilidad contable, sino ante una situación de «responsabilidad civil frente a la Administración pública», para cuya determinación esta, a falta de un precepto legal que la habilite, habrá de acudir a la jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho (sentencia de 7 de junio de 1999).

SÉPTIMO. La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso permite responder a argumentos muy similares a los que de nuevo somete el abogado del Estado a la consideración de esta Sala, pues afirma el recurrente, en primer lugar, que la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios o, simplemente dispares constituye la más grave vulneración del principio de seguridad jurídica que se posibilita cuando se sostiene que corresponde al Tribunal de Cuentas conocer de la parte de responsabilidad imputable a los cuentadantes y a la jurisdicción civil de la correspondiente a los no cuentadantes por los mismos hechos, esto es, por un alcance. Cabe que en ese caso aquel tribunal aprecie, minore o rechace la existencia de responsabilidad contable del cuentadante y que el órgano del orden jurisdiccional civil se pronuncie en sentido antitético, al respecto, del no cuentadante.

El riesgo de pronunciamientos contradictorios al que se refiere el recurrente no puede convertirse en fundamento de anulación de una sentencia cuando no ha existido tal contradicción y tanto la jurisdicción penal como la contable han actuado dentro de los ámbitos de sus respectivas jurisdicciones, en particular la segunda al limitarse a enjuiciar la responsabilidad contable de los que por tener atribuidas funciones de administración o custodia de caudales o efectos públicos ostentan la condición de cuentadantes, dejando fuera la de aquellos que no reúnen esta cualidad.

OCTAVO. En todo caso, para entender el recurso del abogado del Estado conviene precisar las siguientes circunstancias:

1.^a Tras las primeras indagaciones acerca del libramiento del cheque n.º NUM001 luego rectificado por el n.º NUM002 y tras el reconocimiento por el teniente coronel C. del uso indebido de los fondos obtenidos con el cheque, con fecha 18 de mayo de 1994 el juez togado militar central n.º 1 procedió a la apertura del sumario 1/6/94 por un presunto delito contra la Hacienda militar. Posteriormente, pero de forma paralela, tal y como autoriza el art. 18 de la L. O. 2/1982 se abrió el Procedimiento de Reintegro por Alcance N.º B-98/96.

2.^a El 7 de marzo de 1996 se practica por el Sr. delegado instructor de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas acta de liquidación

provisional de presunto alcance, declarándose de manera previa y provisional la responsabilidad contable de D. C. por malversación de caudales públicos y alcance y con fecha 11 de octubre de 1996, el abogado del Estado formula demanda de responsabilidad contable en juicio de reintegro por alcance contra todos los implicados.

3.^a En la causa seguida ante el Tribunal Militar Central que concluyó con la sentencia de 19 de septiembre de 2000, el abogado del Estado ejerció la acción penal por un presunto delito contra la Hacienda militar y la acción civil contra terceros civilmente responsables del art. 122 del Código Penal.

En el examen del planteamiento que defendió el abogado del Estado en dicha causa al folio 27 de la sentencia del Tribunal Militar Central se establece lo siguiente:

«... en primer lugar, señala (el abogado del Estado) que, en representación de los intereses que defiende de la Hacienda pública, ejerce en este acto la acción penal y la civil, a diferencia de la personación inicial que se hizo cautelarmente como personación puramente civil. A estos efectos, se remite a la relación de hechos efectuada por el ministerio fiscal, haciéndola suya y adhiriéndose asimismo a la calificación realizada por el mismo. En cuanto al tema de las responsabilidades civiles, recuerda que, si bien se sigue ante el Tribunal de Cuentas, por estos hechos, un procedimiento de reintegro, con el núm 98/96, y a dicho órgano de la jurisdicción contable corresponde la determinación de la responsabilidad de esta última naturaleza, ello no significa que haya que confundir e identificar responsabilidad contable y responsabilidad civil al ciento por ciento; ambos pueden ser conceptos diferentes o secantes y de hecho hay responsables civiles contra los que nos dirigimos aquí que no están en el procedimiento del Tribunal de Cuentas y, al revés, hay responsables en el Tribunal de Cuentas y que no están aquí, según resulta de la legislación aplicable. Por ello, significa el representante de la Administración, la Sala deberá ver la responsabilidad civil derivada del delito y la correspondiente a los terceros solo responsables civiles, fijando unas cuantías meramente indicativas de responsabilidad civil mínima, supeditado a la declaración del Tribunal de Cuentas en materia de su competencia; en apoyo de su tesis cita la doctrina sentada en la STS Sala 3.^a de 7 de junio de 1999.

En definitiva, tras una serie de consideraciones sobre la naturaleza de la cuenta corriente del Ministerio de Defensa «Depósito regulador de Asistencias» de la que se detrajo el capital inicial, el indudable carácter público de los fondos de aquella y, en fin, sobre los mecanismos de «blanqueo» o afloramiento del llamado «dinero negro», el abogado del Estado solicita

para los procesados las mismas penas que han sido solicitadas por el fiscal y por los mismos conceptos y delitos. Asimismo, pide que se declare por este tribunal la responsabilidad civil solidaria por importe de cuatrocientos millones de pesetas de los cinco procesados, modificando en este punto, a la luz de lo deducido de la vista oral, su petición inicial que circunscribía tal responsabilidad solo a tres de los procesados, todo ello, una vez más, sin perjuicio del alcance contable que fije el Tribunal de Cuentas.

En lo que respecta a los terceros imputados a título exclusivamente de responsables civiles, esta acusación pide a la Sala que fije, por las razones antes expresadas, una responsabilidad mínima en las siguientes cuantías: para don T., al que en el escrito de conclusiones provisionales el representante de la Administración no había exigido responsabilidad civil porque –aduce– en el auto de conclusión de sumario el instructor no lo había incluido, la cantidad de dieciséis millones novecientos cuarenta y cinco mil seiscientos ochenta y una pesetas (16.945.681); a don J. Ml. veinticinco millones de pesetas (25.000.000 a don R., dos millones de pesetas (2.000.000); y a don J. P., un millón trescientas mil pesetas (1.300.000).»

4.^a La sentencia de esta Sala tercera de 7 de junio de 1999 (rec. 6676/1994) a la que se refería el abogado del Estado para fundamentar su planteamiento acusatorio en la causa ante el Tribunal Militar Central abordaba el problema de la compatibilidad entre la jurisdicción contable y la penal y en lo que aquí interesa decía lo siguiente:

«Tampoco puede la responsabilidad contable identificarse, de modo necesario, con la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, frente a la Administración, quienes, sin estar vinculados al servicio de la misma o estándolo pero no teniendo a su cargo el manejo de bienes o caudales públicos, causen daños a estos, bien directamente, bien determinando la obligación de la Administración de indemnizar a terceros. En estos casos, *no se estará ante supuesto alguno de responsabilidad contable, sino ante una situación de responsabilidad civil frente a la Administración pública*, para cuya determinación esta, a falta de un precepto legal que la habilite, habrá de acudir a la jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho, o ante un caso, también, de responsabilidad de autoridades y personal al servicio de la Administración, respecto de cuya determinación esta última se encuentra no solo habilitada, sino obligada a tenor de lo establecido en el art. 145.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según la nueva redacción recibida de la Ley 4/1999, de 13 de enero. En estos casos, la resolución declaratoria pone fin a la vía administrativa –art. 145.4– y, consecuentemente –art.

25.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en vigor–, es impugnabile mediante el oportuno recurso contencioso-administrativo y no es materia, por tanto, de la competencia de la jurisdicción contable. Es por todo ello por lo que, pese a los «aparentes» términos de generalidad con que vienen concebida la responsabilidad contable en el art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, su alcance, por fuerza de la lógica y por respeto a la exclusividad en el ejercicio jurisdiccional que la Constitución reconoce a los distintos órdenes de la jurisdicción ordinaria –art. 117.3– en relación con la competencia atribuida al contencioso-administrativo en los arts. 9.3, y 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de dicha Jurisdicción, no puede traspasar el tipo de responsabilidad que surja de las «cuentas» que, en el sentido más amplio, deban rendir quienes manejen o administren caudales o efectos públicos y derive de una infracción que, asimismo, pueda ser calificada de contable, tal y como exigen los arts. 15.1 de la tan repetida Ley Orgánica 2/1982 –»el enjuiciamiento contable, como Jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, cuestionen, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos»– y como, con toda claridad, explicita el art. 49 de la Ley de Funcionamiento de 5 de Abril de 1988, singularmente el que surja de las infracciones tipificadas en los arts. 140 y siguientes –sobre todo en el 141– de la Ley General Presupuestaria, Texto Refundido de 23 de Septiembre de 1988, cuyo conocimiento, por vía directa o por avocación, corresponde al Tribunal de Cuentas –arts. 143 y 144 de la referida Ley General, en relación con el art. 41.1 de la Ley Orgánica 2/1982–».

5.^a El abogado del Estado, siguiendo esta tesis, que, con fundamento en la existencia de personas que no tienen a su cargo el manejo o cuidado de caudales públicos pero causan daño a estos, diferencia la responsabilidad contable de la civil, ejercitó en la causa penal ante el Tribunal Militar Central respecto de los Sres. D. T., D. J. M., D. R. y D. J. P. exclusivamente la acción civil contemplada en el art. 122 del Código Penal en cuanto dispone que «el que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación», pero la pretensión del abogado del Estado fue rechazada por la sentencia del Tribunal Militar Central de 19 de septiembre de 2000 al entender que la participación de aquellos no fue lucrativa sino onerosa, tras haber percibido una remuneración por los servicios de intermediación financiera que prestaron, planteamiento que el abogado del Estado no recurrió ante la Sala quinta de lo Militar.

En efecto, la sentencia del Tribunal Militar Central (folio 56) advierte que el fallo absolutorio respecto de los acusados como terceros civilmente responsables es «sin perjuicio de lo que pueda resolverse por el Tribunal de Cuentas en ejercicio de su privativa competencia, en el expediente de reintegro por alcance que por estos mismos hechos se sigue ante dicho órgano», y, en principio, podría pensarse que apreciada la inexistencia de responsabilidad civil por faltar un elemento esencial «la participación a título lucrativo» ello no excluye la responsabilidad contable, pero siempre que se den los presupuestos que determinan el ámbito de su jurisdicción, pues la sentencia de esta Sala de 7 de junio de 1999, que invocó entonces el abogado del Estado, ya advertía que la falta de tenencia al cargo de caudales públicos por quien no se halla vinculado a la Administración pero causa un daño a aquellos no integra un supuesto de responsabilidad contable sino de responsabilidad civil frente a la Administración Pública para cuya determinación esta, a falta de un precepto legal que la habilite, habrá de acudir a la jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho.

6.^a En este caso, la Abogacía del Estado no acudió a la vía civil sino que aprovechó la existencia de la causa penal abierta contra los principales responsables por un delito contra la Hacienda militar tipificado en el art. 195.1 del Código Penal Militar y ejercitó —ya hemos visto que sin éxito— en el seno del proceso penal la acción civil que el artículo 122 del Código Penal habilita frente a los terceros civilmente responsables, en este caso, frente a los Sres. D. T., D. J. M., D. R. y D. J. P., concurriendo los siguientes hechos:

- a) Tras la sentencia de la Sala quinta de lo Militar de 22 de mayo de 2001, don P. J. fue condenado como responsable en concepto de cooperador necesario de un delito contra la Hacienda en el ámbito militar y don C., como cómplice del mismo delito. Asimismo se les condena en dicha sentencia al pago de las responsabilidades civiles, conforme a los artículos 106 y 107 del Código Penal anterior (art. 116 del actual) al primero de forma solidaria y al segundo de forma subsidiaria, determinándose las mismas, en su cuantía y en la cuota de que cada uno deba responder, en periodo de ejecución de sentencia a resultas de lo que señale el Tribunal de Cuentas a quien se comunicará esta sentencia.
- b) Don N., y D. G. fueron condenados como autores responsables de un delito continuado contra la Hacienda en el ámbito militar y se les condena solidariamente al pago de las responsabilidades civiles, cuya cuantía y la cuota de que cada uno deba responder se deter-

minarán en periodo de ejecución de sentencia a resultas de lo que señale el Tribunal de Cuentas.

NOVENO. La sentencia recurrida en casación, dictada por el Tribunal de Cuentas, niega la legitimación pasiva de siete por no tener la condición de cuentadantes, argumentando que «si la responsabilidad contable solo puede exigirse a quienes recauden, administren, intervengan, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos, es evidente que debe también concurrir esta circunstancia para que pueda ser considerado responsable el que coopere necesariamente en dicha acción. Por tanto, al no concurrir en ellos (que desempeñaban puestos de trabajo en entidades financieras o mercantiles a través de las cuales se realizaron las operaciones que dieron origen a la malversación y/o eran personas del entorno familiar o de amistad de don C.) la condición de cuentadantes ni de perceptores de subvenciones o créditos del sector público, elemento subjetivo imprescindible para imputar responsabilidad en este orden jurisdiccional, no procede realizar declaración alguna de condena en el proceso contable sobre dichos sujetos.

En el caso examinado, el abogado del Estado no cuestiona la afirmación de la sentencia acerca de que los Sres. don P. J., don Cr., don N., don G., don T., don J. M. y don R. no ostenten la condición de cuentadantes pero insiste en su recurso en que siendo la jurisdicción contable una jurisdicción especial, debe ser la competente para conocer de un caso de coautoría, de conformidad con los preceptos de la L. O. 2/1982 que denuncia como infringidos, citando el artículo 18.2 de la L. O. 2/1982 en cuanto dice que «cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia».

Ahora bien, esto ha de entenderse en el marco del capítulo de la ley en el que se inserta «el enjuiciamiento contable» que se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos y en este sentido, el artículo 15.2 dispone que la jurisdicción contable se extiende a los alcances de caudales o efectos públicos.

Por ello no puede desligarse el art. 18.2 de lo dispuesto en el apartado primero cuando afirma que «La jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal, por lo que el art. 18.2 viene a establecer una particularidad respecto del régimen general de la responsabilidad civil *ex delicto*, en el sentido de que será determinada por la ju-

risdicción contable en el ámbito de su competencia, lo que quiere decir, que esta solo puede concretarla cuando se trate de cuentadantes, lo que no sucede en este caso».

DÉCIMO. Sostiene también el abogado del Estado que los Sres. P. J., C., G., C., T., R. e J. M. son coautores o cooperadores necesarios en los hechos constitutivos del alcance y, por lo tanto, lo es también su condición de responsables directos del mismo de conformidad con el art. 42.1 de la L. O. 2/1982, precepto coincidente con el art. 28 del Código Penal.

Sin embargo, omite el recurrente que los tres últimos fueron absueltos por sentencia firme de la acción civil ejercida frente a ellos y, además, que no resultan equiparables ambos preceptos. Así, el art. 28 del Código Penal a la hora de delimitar, dentro de las personas criminalmente responsable de un delito o falta quienes son autores, equipara al autor material y al cooperador necesario. Por el contrario, el art. 42.1 de la L. O. 2/1982 considera responsables directos a quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución, pero siempre que el autor de la conducta tenga la condición de cuentadante pues así se deduce de los art. 39.1, 39.2 y 40 de dicha ley en cuanto solo puede darse respecto de quienes tengan a su cargo el manejo o cuidado de caudales públicos.

UNDÉCIMO. Los razonamientos expuestos conducen a rechazar el motivo promovido por el abogado del Estado, pues no aprecia, en definitiva esta Sala, infracción alguna por la sentencia recurrida de los preceptos citados respecto de la falta de legitimación pasiva de los demandados no cuentadantes y este pronunciamiento se ajusta además a la doctrina jurisprudencial establecida en los precedentes antes citados.

Procede, en consecuencia la declaración de no haber lugar al recurso de casación y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartado 2, de la LJCA, imponer las costas causadas en este recurso al recurrente, con el límite de la suma total de 3.000 euros, en cuanto a honorarios de todos los letrados de las partes recurridas, correspondiendo proporcionalmente a cada uno la cantidad de 1.000 euros».

Prestación de servicios tras sentencia judicial anulatoria

SAN, sección 5.^a, de 30 de noviembre de 2011. Recurso: 139/2011. Ponente D. ÁNGEL NOVOA FERNÁNDEZ.

La sentencia analiza y desestima, revocando la sentencia de primera instancia del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo, la petición de responsabilidad patrimonial, desestimada por el subdirector general de Recursos e Información Administrativa, en la que se pedía indemnización por los años que estuvo prestando el servicio de «oficial de cuartel» que no le correspondía.

Tal como establece la Audiencia Nacional:

«Debe recordarse igualmente que el daño cuyo resarcimiento se pretende no solo debe alegarse, sino también probarse, sin que en nuestro caso exista prueba suficiente de algún perjuicio patrimonial, sin que baste para ello con cifrar a tanto alzado una cantidad por daño moral, profesional y personal soportado, o cuantificar las guardias cuantitativamente en base a convenios colectivos de trabajo de la Administración General del Estado (folios 2 y 3 de la sentencia) conforme se analiza de forma individualizada:

- a) En cuanto a los daños moral, profesional y personal, que se asegura derivan de «estar incluido en unos turnos de guardia que no le correspondían a su empleo de capitán», decir que el daño debe ser, además de antijurídico, «efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas», según exige el artículo 139.2 de la ley citada, y cuando se precisa que el daño debe ser «efectivo» se hace referencia a su producción real, excluyéndose los daños hipotéticos, eventuales, futuros o simplemente posibles, así como los contingentes, dudosos o presumibles, sin que se considere tal la mera frustración de una expectativa. Es decir, el detrimento personal del perjudicado debe ser constatable en la realidad, cierto, lo que evidentemente no se da en el concepto de «estar incluido en un turno de guardia que no le correspondía» por su propia condición de militar y, en último extremo, por haber sido reparado por la propia sentencia del TSJ del País Vasco al excluirle de ese turno.
- b) En orden a las guardias que realizó sin corresponderle (58). Esta sección entiende que no procede indemnización alguna ni siquiera por este concepto, ya que no se ha acreditado la guardia en si misma considerada, haya causado perjuicio o gravamen alguno, por lo que se entiende acertado el criterio del Consejo de Estado y del ministro de Defensa de desestimar la reclamación del actor en base a que no existe una lesión indemnizable».

PERSONAL

Orden Ministerial sobre orden de clasificación para ascensos por el sistema de selección.

STS, sección 7.^a, de 18 de julio de 2011, Recurso: 226/2009, Ponente D. VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS.

En este recurso de casación se entra a examinar la Orden Ministerial 434/10023/2007, de 27 de junio, por la que se fija el número de vacantes a cubrir por orden de clasificación en cada cuerpo, escala, y empleo y el número de retenidos en su empleo, para los ascensos por el sistema de selección durante el ciclo 2007-2008, que había sido confirmada por la sentencia dictada el 29 de octubre de 2008 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección quinta), en el recurso ordinario número 452/2007.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Nacional con base en esta fundamentación:

«La cuestión controvertida en el recurso que nos ocupa viene pues constituida por la necesidad de determinar si la sentencia impugnada, al desestimar el recurso contencioso-administrativo y declarar la expresa conformidad a derecho de la Orden Ministerial 434/10023/2007, de 27 de junio, vulnera los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución en relación con el 3.1.II de la Ley 30/1992, en su redacción dada por la Ley 4/1999.

Respecto al principio de confianza legítima y seguridad jurídica la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en su STC 248/2007, de 14 de diciembre, FJ 5.º, con cita de otras muchas ha manifestado, «ha de entenderse como la certeza sobre la regulación jurídica aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando «la claridad y no la confusión normativa» (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4.º), de tal manera que «solo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica»».

Por su parte la doctrina de esta Sala [por todas sentencias de 3 de mayo de 2011 (rec. Casación n.º 5490/2009)] recuerda, con cita a su vez de la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2006 (RC 5959/2001), el alcance del principio de confianza legítima en los siguientes términos –F.D. 4.º–:

«El principio de buena fe o confianza legítima, principio que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (sentencia de 14-5-1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y que constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, art. 3.1.2).

Así, la STS de 10-5-99, recuerda «la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general»».

Por otra parte, en la STS de 1-2-99, se recuerda que «este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los «actos propios» sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salva-

guardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de esta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999, y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el derecho administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa».

Partiendo de esta doctrina, no puede entenderse vulnerado el principio de confianza legítima por el hecho de que la Orden Ministerial impugnada en el proceso de instancia incrementara el porcentaje de las vacantes de ascenso al empleo militar de coronel del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra, a cubrir por orden de clasificación durante el ciclo 2007/2008 respecto al establecido en ciclos anteriores, puesto que la disposición impugnada respeta escrupulosamente la regulación contenida en el artículo 110.3 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, vigente en el momento en que se dictó, que establecía que «En el sistema por selección (el previsto para los ascensos a los empleos de coronel ex art. 111.2), un porcentaje de las vacantes previstas para cada ciclo de ascensos se cubrirá por orden de clasificación, (...) y el resto ascenderá por orden de escalafón, añadiendo en su párrafo tercero que (...) El número de vacantes para el ascenso a cubrir por orden de clasificación en cada Escala y empleo de las previstas para el ciclo de ascensos y el número de los retenidos en su empleo se fijarán por el ministro de Defensa, a propuesta del jefe del estado mayor del ejército correspondiente, sin precisión o limitación alguna –a diferencia de lo que ocurría con la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional precedente– respecto al número de plazas a cubrir por uno u otro sistema.

En este sentido asiste la razón al recurrente cuando aduce que no depositó su confianza en un acto o precedente contrario a norma imperativa, pues las órdenes precedentes a la impugnada en el proceso de instancia

se mantenían también dentro de los parámetros establecidos por la Ley 17/1999 citada, pero no puede obviarse, de acuerdo con los criterios expresados en la exposición de motivos de la mencionada Ley (apartado V), que la regulación de los sistemas de ascenso persigue la finalidad de « (...) asegurar que los Ejércitos dispongan de los mejores profesionales en los empleos más elevados de cada escala, con las aptitudes y edades adecuadas, para conseguir la máxima eficacia de las Fuerzas Armadas, lo que justifica de forma suficiente el margen de discrecionalidad concedido a la Administración a la hora de fijar los porcentajes a cubrir por clasificación y por escalafón, atendiendo a las necesidades organizativas específicas del ciclo que se regula, que evidentemente no tienen por qué coincidir con las existentes en ciclos precedentes, razón por la que debemos rechazar los argumentos del recurrente relativos a que del acto precedente no resulta contradicción con el fin o interés tutelado por la norma.

Por último resta añadir dos precisiones. La primera, ya referida con anterioridad, es la relativa a que el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada –como aquí sucede– en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general. En igual sentido la sentencia de esta Sala de 15 de abril de 2002 (Rec. Cas. 10381/1997 –F.D. 8.º–) afirma que «(...) no pueden apreciarse los necesarios presupuestos para la aplicación del principio invocado en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias (...), como parece pretender el aquí recurrente. La segunda es que las disposiciones previas de la Administración, en las que el recurrente funda la vulneración del principio de confianza, legítima no produjeron –a diferencia de lo acontecido en los supuestos resueltos por las sentencias de 6 de octubre de 2003 (R.C. nº 1155/1998) y 12 de junio de 2006 (R.C. nº 5290/2000) que por ello no resultan de aplicación– actuación o decisión alguna por su parte de la que hoy se le derive un perjuicio, puesto que con independencia de las por supuesto legítimas expectativas del recurrente, sobre el particular no existe un derecho absoluto, automático y predeterminado en el tiempo a la obtención del ascenso, como se desprende de la regulación del mismo, contenida en los artículos 109, 112, 113, 115 y 118 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas entonces vigente, de los que se deduce que se encuentra condicionado al cumplimiento de ciertas condiciones establecidas en la Ley (tiempo de servicios, función y en su caso de mando y evaluación de los militares de carrera que se encuentren en las zonas de escalafón predeterminadas).

Por todo lo expuesto, no incurriendo la sentencia impugnada en las infracciones denunciadas, procede la desestimación del recurso de casación”».

Consideración de acto de servicio y declaración de inutilidad permanente para el servicio

SAN, sección 5.^a, de 26 de octubre de 2011. Recurso: 92/2011. Ponente D. JOSÉ MARÍA GIL SÁEZ.

Se analiza en esta sentencia la consideración o no como acto de servicio a los efectos de la declaración de inutilidad permanente para el servicio.

La Audiencia Nacional, rechazando la consideración de relación con el servicio, determina:

«La cuestión esencial que plantea la parte apelante en este recurso deriva de estimar que la patología psíquica, determinante de la incapacidad permanente para el servicio, tiene su origen en la relación de causa a efecto entre las vicisitudes sufridas por el recurrente, que hemos indicado mas arriba, y su prestación de funciones a las Fuerzas Armadas.

A cuyo fin, tal y como lo declara el artículo 47.2 del Real Decreto Legislativo 670/87, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, esta Sala ha declarado, entre otras en sentencia de 17 de septiembre de 1998, recurso 2349/95, que «La situación jurídica, cuyo reconocimiento se pretende, exige que se dé el nexo causal entre el accidente o el riesgo y el acto militar, su ocasión o consecuencia. Es decir que el militar se inutilice en acto de servicio, o con ocasión y consecuencia del mismo, y que el evento determinante del hecho sea accidente o riesgo específico del cargo» (STS de 11 de julio de 1983, 10 de marzo de 1990 y 20 de abril de 1992, entre otras). Tal es en definitiva lo que exige el art. 47.2 del R. D. Legislativo 670/87 de 30 de abril, «Que la incapacidad, sea por accidente o enfermedad en acto de servicio o como consecuencia del mismo. En caso de la enfermedad causante de la inutilidad, esta deberá constar como adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado».

A la luz de estos postulados el elemento determinante de la relación de causalidad entre el servicio y la inutilidad proviene, en base a que la enfermedad determinante de la inutilidad permanente ha sido adquirida directamente o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado.

Y en el concreto supuesto, como el caso de autos, en el que se pretende establecer como causa del origen de la enfermedad mental invalidante en la incoación de expedientes sancionadores al recurrente, esta Sala mantiene como criterio prioritario, tal y como hemos declarado en sentencias

de fechas 13 de junio, 18 de julio de 2002 y 13 de mayo de 2009, «ni dicho expediente disciplinario ni todas las circunstancias que lo han rodeado pueden considerarse que sean *acto de servicio* o *consecuencia del servicio* en los términos establecidos en la norma de referencia. Aunque se admitiera que es con motivo u ocasión de dicho expediente disciplinario cuando se origina al apelante su enfermedad —que se insiste, no se ha considerado probado que sea así—, no por ello puede aceptarse que la enfermedad deriva de un acto de servicio, sino todo lo contrario, ya que el expediente se instruye precisamente para dilucidar la existencia y alcance de una conducta vulneradora de las normas reguladoras del servicio e imponer, en su caso, la sanción disciplinaria correspondiente», concluyéndose que no es acto de servicio soportar un expediente disciplinario, sin perjuicio de que si tal actuación administrativa resulta ser antijurídica, se puedan reparar los daños causados por la vía correspondiente de la responsabilidad patrimonial».

«TERCERO. Asimismo, para el examen del fundamento de la presente apelación procede traer a colación la doctrina sentada por esta misma Sala y Sección en sentencias precedentes.

En el ámbito de la segunda instancia, en cuanto que la misma implica la revisión de la fundamentación fáctica y jurídica efectuada por un órgano jurisdiccional de la pretensión procesal deducida por una parte, es preciso dejar sentado, como premisa rectora de reexamen de la cuestión debatida, que en la valoración de la prueba practicada en el curso del proceso debe primar el criterio objetivo e imparcial del juzgador de instancia, sobre el juicio hermenéutico, subjetivo y parcial, de la parte apelante, de modo que es necesario acreditar una equivocación clara y evidente en el juicio valorativo del órgano jurisdiccional para acoger este motivo de apelación, sin que sea suficiente una mera discordancia del juicio valorativo de la prueba practicada determinante de la decisión recurrida.

Y asimismo, ha de tenerse presente, que el Tribunal Constitucional en, entre otras, sentencia 34/1995, de 6 de febrero, ha reiterado la legitimidad de la llamada *discrecionalidad técnica* de los órganos de la Administración, en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo, de forma que las modulaciones que encuentra la plenitud del conocimiento jurisdiccional solo se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Presunción *iuris tantum* que puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del poder razonable que se presume en el órgano calificador.

CUARTO. A la luz de estos principios procede examinar la cuestión debatida en el presente recurso de apelación.

El juez *a quo* ha determinado que no existe relación de causalidad entre la patología que padece el apelante y el servicio, en base al dictamen de la Junta Médico Pericial Ordinaria n.º 13, de fecha 9 de mayo de 2007, obrante al folio 77 del expediente administrativo, que diagnostica al recurrente «Trastorno de la Personalidad», añadiendo que «...enfermedad se manifestó clínicamente o se agravó desde hace varios años, aunque su origen es básicamente disposicional, con respuestas desadaptativas en relación a sus rasgos previos de personalidad», disponiendo que «se trata de un trastorno común, no profesional».

El juzgador de instancia ha valorado el dictamen pericial aportado al proceso jurisdiccional, que, por cierto no ha sido emitido por un médico psiquiatra, sino por un psicólogo, concluyendo que la enfermedad no ha sido adquirida directamente por consecuencia u ocasión del servicio, sino de trastorno larvado en su propia personalidad.

Conclusión que es idéntica para esta Sala, el juicio valorativo efectuado por el Juez a quo de la prueba pericial practicada en el proceso, esta Sala lo estima adecuado, sin que aparezca error o equivocación alguna, pues es claro y preciso que la enfermedad psíquica del recurrente, no tiene su origen, directo e inmediato, en la mera prestación del servicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas; su etiología es básicamente disposicional, esto es, dependiente de rasgos constitucionales del sujeto y cuya descompensación clínica frente a las exigencias del entorno es imprevisible, estas descompensaciones no están en relación directa con las exigencias del entorno sino con el grado de tensión emocional que ante ellas genere el sujeto por sus propias características psíquicas, de modo y forma que es la propia naturaleza intrínseca del paciente la que determina el origen de la enfermedad, pues otras personas ante similares situaciones estresantes no les produce dicha enfermedad, es la psicovulnerabilidad del paciente la que determina la existencia del padecimiento crónico generador de la enfermedad invalidante; por ello en estos supuestos no es factible proyectar el concepto jurídico de «acto de servicio».

Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, y exclusión de la licenciatura en Biología

STS, sección 7.^a, de 21 de noviembre de 2011. Recurso: 130/2010. Ponente: D. PABLO MARÍA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

Se resuelve en esta sentencia la impugnación realizada por el Consejo General de Colegios Oficiales de Biólogos contra el Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, promoción y ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, que excluía la licenciatura en Biología dentro de las que posibilitan el acceso a los Cuerpos Generales de los Ejércitos así como al Cuerpo Militar de Sanidad. El Tribunal Supremo, partiendo de la amplia discrecionalidad con que cuenta el Gobierno en la delimitación de las titulaciones que dan acceso a los centros militares de formación, descarta que el uso de esa facultad infrinja ningún precepto legal, ni resulte arbitrario, ya que la decisión adoptada por la Administración tiene como base un elevado número de informes, considerándose que el criterio de la Administración en esta materia es especialmente cualificado y que el hecho de que dicha licenciatura confiera capacidades profesionales para realizar alguna actividad propia de las Fuerzas Armadas, no supone que su exclusión sea arbitraria, ya que de lo que se trata es de decidir si la preparación global adquirida se ajusta al perfil profesional que deben tener los militares profesionales. Asimismo, descarta la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En el fundamento jurídico quinto se contiene el fundamento de decisión del tribunal en el siguiente sentido:

«El recurso debe ser desestimado por los mismos argumentos de fondo que hemos utilizado para desestimar también otro recurso en el que se han planteado cuestiones semejantes a las aquí suscitadas. Se trata de los recogidos en la sentencia de 30 de noviembre de 2011 (recurso 134/2010).

El punto de partida es el artículo 56.3 de la Ley 39/2007 que remite al reglamento la determinación de la titulación que debe poseerse para ingresar en los centros docentes militares de formación y la consiguiente afirmación de que el Real Decreto 35/2010 y, en particular, su artículo 17 y el anexo II, han sido dictados en virtud de esa habilitación legal, tal como lo advierte su preámbulo cuando dice:

«(...) en el capítulo II se sientan los procedimientos de ingreso en los centros docentes militares de formación y se definen las titulaciones y límites de edad, aspectos éstos que los artículos 56 al 61 de la Ley de la carrera militar encomiendan a la potestad reglamentaria».

A partir de esa premisa, es menester tener presente que, en el ejercicio de la potestad reglamentaria conferida expresamente por una Ley para establecer las titulaciones que permiten acceder a los centros docentes militares de formación, el Gobierno goza de una amplia discrecionalidad, ciertamente sometida a control jurisdiccional, si bien con el límite que para el mismo sienta el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción. Es decir,

los órganos jurisdiccionales no pueden determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general ni determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

En este contexto, hemos de decir que la exclusión de los licenciados en Biología impugnada por el Consejo General recurrente solo podría ser invalidada en el caso de que fuera contraria a un precepto legal o por ser inequívocamente arbitraria. Sucede, no obstante, que no se da ni lo uno ni lo otro.

No hay, en efecto, norma legal que obligue a incluir en la relación recogida en el anexo II de este Real Decreto 35/2010 a los licenciados en Biología. La Ley 39/2007, como hemos visto, no tasa las titulaciones a exigir sino que deja al reglamento su establecimiento y por lo que hace a la tacha de arbitrariedad, hemos de señalar, para descartarla, cuanto sigue.

La discrecionalidad concedida para fijar las titulaciones necesarias para acceder a los Cuerpos militares mencionados ofrece a la Administración un gran margen de decisión a la hora de elegir cuáles se acomodan tanto al plan de estudios y a las enseñanzas que han de ser cursadas en los centros docentes militares de formación cuanto a las concretas capacidades que han de poseer los militares de los Cuerpos para los que se exige una determinada titulación. Dado que la decisión la adopta la Administración desde la amplia visión que tiene de las necesidades de las Fuerzas Armadas y de los intereses generales concernidos, ha de considerarse que su criterio en esta materia es especialmente cualificado. Sobre todo en lo que hace a la determinación del conjunto global de conocimientos precisos para acceder a dichos centros docentes militares de formación. Junto a ello, el expediente pone de manifiesto que el Real Decreto ha sido dictado después de recabarse un elevado número de informes en los que se ha apoyado. Esta circunstancia pone de relieve que la Administración no ha ejercido su discrecionalidad de una manera gratuita o inmotivada.

El hecho de que los licenciados en Biología posean capacidades profesionales para realizar algunas de las actividades que son propias de las Fuerzas Armadas, como dice la demanda, no es bastante para calificar como arbitraria la exclusión de esa titulación. No lo es porque no se trata de establecer si esas capacidades son o no útiles en esos términos sino de decidir si la preparación adquirida a través de ella se ajusta debidamente al perfil profesional global que se quiere para los militares profesionales que han de integrarse en los diferentes cuerpos y escalas de la Carrera Militar. Tampoco se puede acoger el reproche relativo a las especialidades del Cuerpo Militar de Sanidad porque el Real Decreto exige para acceder a ellas el título que se corresponde exactamente con su contenido. Esto

no puede considerarse irracional, sino coherente. Y, naturalmente, la mera discrepancia frente a la opción seguida por el Reglamento desde perspectivas de oportunidad política o de perfectibilidad técnica no es bastante para anularlo pues lo impide la discrecionalidad técnica que legalmente tiene concedida la Administración para elegir una solución entre la pluralidad de alternativas existente.

Descartada la tacha de arbitrariedad, tampoco pueden prosperar las restantes. En efecto, no hay vulneración del principio de igualdad porque, siendo las titulaciones elegidas por el Real Decreto distintas de la licenciatura en Biología no cabe hablar de términos de comparación válidos para apreciar una discriminación contraria a dicho principio constitucional. Del mismo modo, hemos de rechazar que haya habido infracción de los principios de mérito y capacidad porque el Real Decreto no prescinde de ellos sino que, en el ejercicio de la ya recordada discrecionalidad, se limita a concretar las titulaciones que individualizan las circunstancias de mérito y capacidad que entiende necesarias en esos cuerpos y escalas.

Por último, aunque no la aduce como vulneración autónoma del ordenamiento jurídico, hay que decir, respecto de la falta de audiencia al Consejo recurrente, que no era preceptivo concedérsela. Por eso, el Consejo de Estado, en su dictamen, dice que el Real Decreto se ha elaborado de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 24 de la Ley del Gobierno».

Curso de aptitud para ingreso en la escala auxiliar y asignación de empleo y antigüedad

SAN, sección 5.^a, de 21 de diciembre de 2011. Recurso: 1731/2009. Ponente D. JOSÉ MARÍA GIL SÁEZ.

Examina la Audiencia Nacional, confirmando la Resolución del general de Ejército jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra, dictada por su delegación por el general director de Personal del Ministerio de Defensa, por la que se desestimaba el recurso de alzada contra la resolución del general jefe del Mando de Personal, una denegación de asignación de empleo y antigüedad, en relación con la obligatoriedad de realización del curso de aptitud para ingreso en la escala auxiliar y la disposición adicional décima de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre de la Carrera Militar.

Tal como se contiene en la sentencia citada:

«La disposición adicional décima de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, recoge unas reglas relativas a la «reordenación

de los escalafones de las Escalas auxiliares y del Cuerpo auxiliar de especialistas del Ejército de Tierra», limitando su ámbito de aplicación, en el apartado 1, a «los oficiales de las Escalas auxiliares de infantería, caballería, artillería, ingenieros, intendencia, sanidad, farmacia y veterinaria y del Cuerpo auxiliar de especialistas del Ejército de Tierra que se encontraban en servicio activo en cualquier empleo el día 21 de abril de 1974, fecha de entrada en vigor de la Ley 13/1974, de 30 de marzo, de organización de las Escala básica de suboficiales y especial de jefes y oficiales del Ejército de Tierra», pero excluyendo a «los que no realizaron o no superaron el curso de aptitud para el acceso a las Escalas auxiliares y al Cuerpo auxiliar de especialistas».

Los demás apartados de la disposición adicional décima contienen reglas precisas para efectuar la reordenación.

Así, el apartado 2 de la indicada disposición adicional señala, en la letra a), que la reordenación se efectuará, en relación con «los oficiales y suboficiales en servicio activo y en reserva, con independencia de su empleo», «por cursos de aptitud para el acceso a las citadas escalas y, dentro de cada curso, por la puntuación en él obtenida», añadiendo, en la letra b), un criterio corrector, cual es el «más favorable derivado de la ejecución de las sentencias jurisdiccionales sobre ordenamiento de escalafones».

Nótese que, así como el apartado 2 se refiere a los militares en servicio activo y en reserva, el apartado 4 afecta a los «oficiales en retiro a la entrada en vigor» de la Ley, permitiéndoles solicitar en un plazo determinado «el empleo y la antigüedad asignados al que les siguiera en el curso de aptitud» que se encuentre en activo o en reserva, con diferentes límites.

Además, el apartado 5 precisa que «la aplicación de estas medidas al personal procedente de reserva transitoria quedará supeditada a que las fechas de antigüedad en los empleos resultantes de la reordenación sean anteriores a la fecha en que cada uno se integró en la reserva transitoria [...]».

En cumplimiento de la disposición adicional décima, se aprobó la reordenación definitiva de las Escalas Auxiliares del Ejército de Tierra, lo que se efectúa por Resolución 562/17850/08, de 22 de octubre de 2008, en la que se publica la reordenación definitiva del Cuerpo Auxiliar de Especialistas del Ejército de Tierra, al amparo de la disposición adicional décima de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, en la que no aparece el recurrente.

El recurrente, como el mismo reconoce, y se desprende de su trayectoria profesional, que se ha hecho constar en el primer antecedente de hecho de esta sentencia, pertenecía al Cuerpo de Mutilados de Guerra y su

ascenso al empleo de teniente auxiliar de Infantería e ingreso en la Escala Auxiliar se produjo en aplicación del artículo 19 y 23 de la Ley 5/1976 de 11 de marzo, de Mutilados de Guerra por la Patria y con el artículo 70 del Reglamento del Benemérito Cuerpo de Mutilados, aprobado por Real Decreto 712/1977, de 1 de abril, sin que haya realizado el Curso de aptitud para el ingreso en las Escalas Auxiliares, razón por la cual la Administración ha rechazado la inclusión en la reordenación, siendo esta decisión, en principio, conforme a derecho.

SEGUNDO. La pretensión del recurrente se funda, sin embargo, en la alusión a una supuesta discriminación que se produciría al mismo, por cuanto que como mutilado de guerra estaba exento de la realización del curso de aptitud para ingreso en la escala Auxiliar, siendo asimilado en todo lo demás, a dichas escalas, por lo que alega la aplicación al recurrente de la referida disposición adicional 10.^a

No obstante, conviene advertir que la actuación administrativa se enmarca dentro de los presupuestos jurídicos fijados por la referida disposición adicional décima, que es la que excluye de la reordenación a quienes «no realizaron o no superaron el curso de aptitud», por lo que el trato diferente sería imputable al legislador, no a la Administración.

Ahora bien, los supuestos de hecho confrontados son diferentes, debiendo tenerse en cuenta que, según ha declarado el Tribunal Constitucional, «es claro que no cabe exigir igualdad de trato al legislador cuando este establece consecuencias jurídicas diversas de situaciones que estaban originariamente en una situación jurídica distinta» (sentencias 148/1996, de 25 de noviembre, y 32/2001, de 12 de febrero). En este sentido, cabe citar lo expuesto por esta misma Sección respecto de supuestos similares: «[...] el actor solicita una determinada equiparación con antiguos compañeros suyos que, a virtud de las sucesivas reformas legales militares, han seguido caminos diferentes, con la perspectiva de que las Fuerzas Armadas han sufrido un proceso prolongado en los últimos años, con tres leyes generales militares y una acentuada reducción de efectivos, que ha precisado una nueva reestructuración en la organización del Ejército español. Consecuencia de ello, es que las expectativas de la carrera profesional se han modificado radicalmente, debiéndose tener en cuenta que el régimen jurídico de tal modificación es totalmente legítimo, desde el momento que el funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente, y por ello, modificable por uno y otro instrumento normativo, como ocurre en el caso que tratamos. Así las cosas, el interesado ha seguido opcional

y voluntariamente un camino profesional acogiéndose a determinadas previsiones legales que le han permitido llegar al empleo de teniente [...] y estar ahora en situación de reserva posterior a reserva transitoria. Las personas incluidas en la Resolución 562/04144/08, de 10 de marzo, con las que pide equipararse se han acogido a un régimen legal diferente: el de la disposición adicional décima de la Ley 39//2007. Y de esta forma, han podido llegar al empleo de comandante» (así, sentencia de 2 de diciembre de 2009, recaída en el recurso número 994/2008).

Nótese, además, que el curso de aptitud es el que determina la reordenación, como lo revela el apartado 2 de la misma disposición adicional décima, cuando indica que tal reordenación se efectuará «por cursos de aptitud para el acceso a las citadas escalas y, dentro de cada curso, por la puntuación en él obtenida», o el apartado 4, que para reordenar los «oficiales en retiro» también contempla el «curso de aptitud para el acceso a dichas escalas», lo que haría inviable la pretensión del actor de escalafonarse sin haber realizado el curso de aptitud».

JURISDICCIÓN MILITAR Y CUESTIONES PROCESALES

Servicios prestados como juez togado militar

STS, sección 7.^a, de 1 de diciembre de 2011. Recurso: 170/2011. Ponente D. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS. Voto particular a dicha sentencia.

Se analiza en esta sentencia cómo deben computarse los años prestados como juez togado militar a los efectos del ingreso en la carrera judicial por el turno de juristas de reconocido prestigio. Sobre esta cuestión la sentencia llega a la conclusión de que no pueden considerarse como funciones judiciales sino como años de servicio como funcionario de carrera en cualesquiera otros cuerpos de las administraciones públicas para cuyo ingreso se exija la posesión del título de licenciado en Derecho e impliquen intervención ante los tribunales de Justicia.

Se reproduce el acertado voto particular en contra del criterio del ponente y de la sentencia citada:

«VOTO PARTICULAR FECHA: 2/12/2011

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. magistrado D. José Díaz Delgado en la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2011, dictada en el recurso de casación 170/2011, al que se adhiere el Excmo. Sr. magistrado D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Discrepo de la sentencia dictada en el recurso 6206/2004, de fecha 27 de mayo de 2009, con todo respeto al voto mayoritario, por los siguientes fundamentos:

ÚNICO. Como sostiene el abogado del Estado y así se recoge en el fundamento cuarto de esta sentencia, no puede negarse que el actor, en su condición de juez togado, durante el tiempo que ejerció como tal, realizaba funciones jurisdiccionales y que esa función, en el ámbito de la jurisdicción militar pertenece al poder judicial del Estado. Esta misma conclusión se sostiene por el acuerdo recurrido, que en este punto discrepa de la diferenciación que el tribunal calificador hace entre funciones jurisdiccionales y judiciales.

Como también recuerda el abogado del Estado, la cuestión, más allá de la llamada discrecionalidad técnica, es de mera legalidad, y consiste en determinar si los servicios prestados por el actor en calidad de juez togado han de ser incardinados en el apartado f) del artículo 313.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que considera como mérito para los concursos de méritos para ingreso en la Carrera Judicial, a que se refiere el artículo 311 de dicha norma, los «años de ejercicio efectivo de funciones judiciales sin pertenecer a la Carrera Judicial y número de resoluciones dictadas, valorándose además la calidad de las mismas», o por el contrario como sostiene el acuerdo recurrido que ratifica el criterio del Tribunal Calificador y que ampara esta sentencia, dichos méritos han de ser valorados al amparo de lo previsto en el apartado e) del artículo 313.2 de dicha Ley Orgánica que prevé como tal el de los «años de servicio como funcionario de carrera en cualesquiera otros cuerpos de las Administraciones Públicas para cuyo ingreso se exija expresamente estar en posesión del título de Doctor o Licenciado en Derecho e impliquen intervención ante los Tribunales de Justicia, en la Carrera Fiscal o en el Cuerpo de Secretarios Judiciales, destinos servicios y funciones desempeñadas en los mismos».

Pues bien, si en el artículo 313.2. f) se habla de funciones judiciales y resoluciones judiciales, en el apartado e) se habla de funciones «de intervención ante órganos judiciales», pero no del ejercicio de dichas funciones. En consecuencia, admitiendo que las bases, no se refieren expresamente a los Jueces Togados Militares que han ejercido funciones jurisdiccionales y han puesto resoluciones judiciales, este mérito ha de incardinarse en el apartado 2.f) del artículo 313 de dicha Ley Orgánica y no en el 2. e), que implica el ejercicio de funciones relacionadas con la jurisdicción, pero no esta misma.

En consecuencia, y siendo decisiva la valoración de este mérito para que el actor hubiera pasado la fase de concurso de méritos, entiendo que el recurso debió estimarse».

Competencia para resolver la asignación inicial del nuevo componente singular del complemento específico a un concreto puesto de trabajo

ATS sección 1.^a, de 08 de septiembre de 2011. Recurso: 13/2011. Ponente D. JOSÉ MANUEL SIEIRA MÍGUEZ.

Se discute la competencia entre la Sala de la Audiencia Nacional y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la impugnación de una nómina correspondiente al mes de enero de 2007, en relación con el acto de aplicación de la asignación inicial del nuevo Componente Singular del Complemento Específico a un concreto puesto de trabajo, impugnándose el acto de modificación del componente singular del complemento específico del puesto de trabajo.

El Tribunal Supremo, en la cuestión de competencia negativa planteada, determina que corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón resolver el litigio ya que:

«... esta Sala ha señalado reiteradamente que la competencia objetiva viene determinada por el acto administrativo directamente impugnado y no por la disposición que se impugne indirectamente (por todos, auto de 24 de mayo de 2007 –recurso de casación nº 4510/2005–), y en el presente caso lo que se está recurriendo de forma directa es la nómina del mes de enero de 2007, con independencia de que en el fondo lo que esté en juego sea la legalidad de la asignación inicial de los componentes singulares del complemento específico de los puestos militares establecidos en las plantillas de destinos, y, por otra parte, que conforme al artículo 7.1.c) del Real Decreto 1287/2010, de 15 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, corresponde a la Subsecretaría de Defensa «dirigir, coordinar y controlar la política retributiva en el ámbito del departamento y sus organismos autónomos», procede concluir que el conocimiento para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto corresponde, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.i y 14.1. segunda de la Ley Jurisdiccional, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Aragón, al estarse recurriendo directamente un acto de la Administración General del Estado de nivel orgánico inferior a Ministro o Secretario de Estado en materia de personal, cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional».

DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado Mayor del Consejo de Estado

SUMARIO:

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL: 1. Ruptura de tratos precontractuales. 2. Sucesión de empresa y contratación administrativa.

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

1. Ruptura de tratos precontractuales

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de examinar (dictamen 668/2011) la cuestión atinente a la responsabilidad de los daños producidos con ocasión de los tratos encaminados a la celebración –frustrada– de un contrato de compraventa entre la Administración y los particulares; esto es, de daños incardinables en la denominada responsabilidad precontractual.

En nuestro ordenamiento jurídico –frente a otros foráneos–, la responsabilidad precontractual no tiene sustantividad propia. La reparación de los daños derivados de la ruptura de los tratos o de los gastos inútilmente contraídos con ocasión de una negociación fracasada se encauza sin dificultad a través de las cláusulas generales de indemnización; esto es, a través del artículo 1902 del Código Civil –cuando se trata de responsabilidad civil– o a través del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,

de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –cuando se trata de actuaciones imputables a las Administraciones públicas–.

En consecuencia, el Consejo de Estado considera que la tramitación de este tipo de reclamaciones a través del procedimiento previsto en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre es correcta.

Desde que se inicia una negociación para celebrar un contrato, cada una de las partes asume los costes propios precisos para su continuidad. En el caso de que dicha negociación se rompa y no se llegue a perfeccionar el contrato, en determinados casos, cabe que una de las partes pretenda ser resarcida de los gastos inútilmente contraídos.

Nadie está obligado a continuar un curso de negociación comenzado, cualesquiera que fueren las expectativas que la otra parte se haya figurado. Ello es consecuencia de la autonomía negocial y de la protección de la libertad de contratar que reconoce nuestro ordenamiento jurídico (Código Civil, artículo 1255). En consecuencia, no toda ruptura de una negociación genera la obligación de indemnizar los gastos en que ha incurrido la contraparte. Se ha distinguido a estos efectos entre tanteos iniciales –que se concretan en una voluntad de iniciar negociaciones– y tratos preliminares –en que se desarrolla una labor tendente a concertar el contrato–, ciñéndose, en principio, el nacimiento de una eventual obligación de resarcir solo a los tratos. Para que la obligación nazca es preciso que la conducta de una de las partes haya supuesto una violación del arquetipo exigible de buena fe (Código Civil, artículo 7) o que no haya tenido en consideración el deber de contribuir a reducir los costes de la obra durante el proceso de los tratos o tanteos. En otros términos, es necesaria, bien la antijuridicidad de la conducta de una de las partes por haber quebrantado la regla de derecho que le imponía un determinado modo de actuar, bien la producción de un gasto en la contraparte en el que manifiestamente no hubiera incurrido y que no esté obligado a soportar. Además, el enriquecimiento injustificado de una parte, acompañado del correlativo empobrecimiento de la otra, puede justificar la procedencia de resarcir los gastos en caso de ruptura de los tratos –debiendo señalarse que también en este último caso la indemnización debe encauzarse a través del procedimiento del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre–. En conclusión, no todos los gastos en los que se incurre con ocasión de una negociación frustrada son indemnizables, sino solo aquellos que sean antijurídicos y que la contraparte no está obligada a soportar.

2. Sucesión de empresa y contratación administrativa

El Consejo de Estado ha tenido también ocasión de examinar con ocasión de su labor consultiva la cuestión atinente a la sucesión de empresa en relación con el personal de las contratas de la Administración pública.

En efecto, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en sus dos primeros apartados dispone:

«1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio».

El precepto transcrito fue objeto de nueva redacción mediante la Ley 12/2001, de 9 de julio. La modificación hecha tuvo por objeto adecuar la regulación nacional a las previsiones de diversas directivas –en especial, la Directiva 2001/23, de 12 de marzo– y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencias Süzen, de 11 de marzo 1987; Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998; Sánchez Hidalgo, de 10 de diciembre de 1998; Allen, de 2 de diciembre de 1999), como puso de manifiesto la jurisprudencia (por todas, sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de febrero de 2007). Por tanto, a la hora de interpretar el mencionado artículo, ha de atenderse al contenido de las directivas y a la mencionada jurisprudencia europea.

Conforme al mencionado artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, el cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva –en los términos señalados por el número 2– no extingue por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad social del anterior.

A los efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecta a una unidad económica que mantiene su identidad, entendida dicha unidad como un conjunto or-

ganizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica y persigue un objetivo propio (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de marzo de 1997, C-13/95; de 20 de noviembre de 2003, C-340/01; de 15 de diciembre de 2005, C-232/04 y C-233/04).

La sucesión de empresa requiere la concurrencia de tres requisitos (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2002, 12 de diciembre de 2002 y 14 de abril de 2003, entre otras), a saber: uno, subjetivo, consistente en la sustitución de un empresario por otro, sin que sea necesaria la relación contractual entre ambos (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2005); otro, objetivo, que comporta la entrega real de todos los factores esenciales de la empresa precisos para asegurar la continuidad del conjunto de sus elementos; es decir, la cesión de una serie de servicios que constituyen un negocio diferenciado, susceptible de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2005, 12 de diciembre de 2002, 23 de octubre de 2009, 12 de mayo de 2010); y, en fin, un último, de carácter finalista, consistente en la persecución de un objetivo propio.

La previsión contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores resulta de aplicación a las Administraciones públicas en cuanto empleador. Así lo ha declarado la jurisprudencia y lo previene expresamente la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo.

A la hora de interpretar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y en relación con las Administraciones públicas, el Tribunal Supremo ha declarado que la subrogación puede producirse entre Entes públicos que tengan contratado personal laboral a su servicio; así puede darse entre el Estado y las Comunidades Autónomas en los casos de transferencia de servicios del Estado a las Comunidades Autónomas (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1992). Además, ha afirmado que la sucesión de empresa se produce en el caso de extinción o rescate de una concesión administrativa cuando la Administración continúa el servicio —es decir, asume por sí misma la actividad previamente contratada— mediante personal laboral (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1992). Sin embargo, no hay sucesión cuando la Administración asume la prestación del servicio con sus propios funcionarios públicos (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1990).

Por otra parte, el mismo Tribunal Supremo ha dicho que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores exige la transmisión de la empresa o de una unidad de la misma, de tal suerte que la mera prestación contractual realizada por un empresario con sus medios propios a favor de un terce-

ro –como ocurre en la figura de la contrata– queda en principio fuera de su ámbito de aplicación. En consecuencia, el cambio de contratista no es, sin más, una transmisión de empresa. Antes al contrario, en principio dicho cambio no comporta la existencia de una sucesión de empresa salvo cuando dispongan lo contrario la normativa sectorial. En el caso de las Administraciones Públicas, hay sucesión de empresa cuando los pliegos administrativos de contrato así lo prevean expresamente.

En los supuestos de gestión indirecta de obras o servicios por parte de las Administraciones públicas, para la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, es requisito ineluctable la transmisión de los elementos patrimoniales precisos para la explotación y prestación del servicio al contratista (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993 y 23 de febrero de 1994). En definitiva, solo hay sucesión cuando se entrega al contratista o concesionario la infraestructura y demás elementos precisos para desarrollar la actividad contratada.

Ahora bien, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no agota todos los casos de subrogación empresarial. Así, a la vista de la regulación europea, la doctrina y la jurisprudencia (por todas, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de abril de 2010) ha señalado la existencia de otros casos distintos del previsto en el mencionado artículo, a saber: la sucesión empresarial establecida en los pliegos concesionales o contractuales; la subrogación empresarial convencional dispuesta en los convenios colectivos; la sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria; y, en fin, la denominada sucesión de plantillas.

Todos estos supuestos distintos del contemplado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores tienen en común: de un lado, el hecho de no ser necesaria la concurrencia de los requisitos exigidos por el mencionado artículo para que pueda darse la sucesión y, de otro, que a ellos se aplican los efectos previstos por el artículo 44 para los casos de sucesión de empresa en estricto sentido.

La sucesión empresarial se puede producir por disponerlo así los pliegos contractuales o concesionales de la Administración. En este caso, la subrogación en los contratos de trabajo por parte del contratista o concesionario de la Administración deviene una obligación contractual derivada de la formulación de su oferta.

En los supuestos de contrataciones –y siempre que no se reciba del comitente la infraestructura principal para desarrollar el servicio–, conforme lo expuesto al glosar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, no hay en principio sucesión de empresa. Ahora bien, puede producirse la subroga-

ción del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores del antiguo prestatario de los servicios si así viene impuesto por una norma sectorial o por el pliego de condiciones, aceptado por el nuevo contratista (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001, 6 de junio de 2001, 29 de enero de 2002, 18 de marzo de 2002, 12 de diciembre de 2002, 28 de abril de 2009, 21 de enero de 2010, 21 de octubre de 2010, 25 de octubre de 2010, entre otras). En este caso, la subrogación puede establecerse incluso aun cuando no haya transmisión de infraestructura u organización alguna a favor del nuevo prestatario (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1997, 29 de febrero de 2000 y 22 de mayo de 2000) pues no tiene un origen legal sino convencional. De cualquier modo, la subrogación debe estar prevista expresamente en el pliego, ya que no es suficiente la remisión a la norma legal o convencional que la prevea (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de enero de 2003). Además, es solo obligatoria para la empresa pero no para los trabajadores (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2004).

La subrogación empresarial convencional es aquella que viene impuesta por el convenio colectivo aplicable. Se produce aun cuando no haya transmisión de elementos patrimoniales a favor del sucesor y falten las demás exigencias del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Requiere solo la concurrencia de los requisitos pactados en la norma colectiva convenida. Es de interpretación estricta (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1997, 31 de marzo de 1998 y 30 de septiembre de 1999). No cabe apreciarla cuando ni está expresamente establecida en el convenio, ni la empresa subrogada está comprendida en su ámbito de aplicación (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1998). Este tipo de sucesión de empresa resulta también obligada para las Administraciones públicas cuando el personal afectado queda comprendido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo que la contempla, lo que de ordinario se da en el caso de las entidades locales.

La sucesión contractual precisa, por su parte, de un acuerdo entre la empresa cedente y la cesionaria y se da aun cuando tampoco concurren los requisitos legales generales. Constituye en puridad una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del artículo 1205 del Código Civil. En los casos de contrata públicas, la sucesión contractual de empresa entre contratistas prestatarios de servicios a las Administraciones públicas es cuestión ajena a estas. El mecanismo opera entre los mencionados contratistas, sin que dicha operación jurídica incumba a las Administraciones titulares del servicio.

Por último, la sucesión de plantillas –aun no concurriendo tampoco los presupuestos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ni prever la subrogación el convenio colectivo o pliego de condiciones– se produce por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando voluntariamente a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto cuantitativamente (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2006), como cualitativamente (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 31 de octubre de 2007). En este caso, nace para el sucesor en la actividad la obligación de asumir a todos los trabajadores incluso a aquellos que inicialmente no lo habían sido.

La sucesión de plantillas es una figura creada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencias Sūzen, de 11 de marzo 1987; Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998; Sánchez Hidalgo, de 10 de diciembre de 1998; Allen, de 2 de diciembre de 1999) al interpretar diversas directivas –en especial la 2001/23, de 12 de marzo–. Se considera que la sucesión de plantillas es una forma de sucesión de empresas en la que la organización productiva transmitida –y que justifica la subrogación– es la propia plantilla de trabajadores como conjunto de elementos personales organizados. No precisa por tanto de transmisión de ningún elemento patrimonial afecto a la actividad; basta con la transferencia de trabajadores. Configurada así, la sucesión de plantillas es, bien incardinable en el artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores, bien asimilable a la sucesión de empresas.

No puede dejar de señalarse que la figura de la sucesión de plantillas, en cuanto orilla la concepción patrimonialista de exigencia de transmisión de una organización material, permite atenuar y flexibilizar de manera notable los requisitos exigidos por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, traspasando su ámbito y extendiendo el mecanismo subrogatorio a casos tradicionalmente excluidos del mismo. Y así ha ocurrido en los últimos años, en los que la jurisprudencia ha ampliado notablemente a través de esta figura el instituto de la subrogación. La sucesión de plantillas es plenamente aplicable a las Administraciones públicas cuando concurren las circunstancias objetivas que la producen, según se ha declarado por la jurisprudencia comunitaria (sentencias Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998 y Allen, de 2 de diciembre de 1999).

La sucesión de empresas aplicable a las Administraciones públicas en cualquiera de las modalidades antes señaladas suscita una cuestión añadida: la derivada de que, de su aplicación, se puedan violentar los principios de publicidad, mérito y capacidad establecidos como criterios básicos a la hora de seleccionar al personal de las Administraciones públicas.

En efecto, la vigencia de los mencionados principios exige la existencia de procedimientos transparentes y objetivos para seleccionar el personal laboral que se incorpora a las Administraciones públicas. Los principios antes citados y los procedimientos quedan en ocasiones orillados cuando se trata de incorporaciones de personal a las Administraciones públicas producidas en virtud de las distintas formas de sucesión de empresa. En estos casos, las Entidades públicas se ven obligadas a asumir, por aplicación de las previsiones legales antes examinadas, la condición de empresario en relaciones de trabajo concertadas por quienes fueron sus contratistas, sin capacidad alguna para observar los procedimientos de selección prevenidos legal y reglamentariamente.

BIBLIOGRAFÍA

RENCENSIÓN DE LIBROS

VV.AA. Terry D. Gill y Dieter Fleck (Editores). *The Handbook of the International Law of Military Operations*. Oxford University Press, Nueva York, reimpresión (2011) de la primera edición (2010). 657 páginas.

Jerónimo Domínguez Bascoy
Coronel auditor

Dentro del campo de lo que comúnmente conocemos como Derecho Militar, la emergencia, con una cada vez mayor presencia, de esa parcela a la que, por traducción del término anglosajón (*Operational Law*), hemos venido en denominar aquí como «derecho militar operativo», se ha puesto de manifiesto en la aparición de un número creciente de publicaciones militares, así como de estudios doctrinales diversos. La obra que ahora reseñamos, fruto de un proyecto de investigación conjunto del *Amsterdam Center for International Law* y de la *Netherlands Defence Academy*, es, seguramente, el más ambicioso de los intentos hasta el momento realizados con el fin de ofrecer a los interesados en el tema, tanto estudiosos como, principalmente, responsables, de una u otra forma, en el planeamiento y la conducción de operaciones militares, un tratamiento lo más comprensivo posible acerca de los aspectos jurídicos internacionales –sin duda, los más relevantes– de esa emergente disciplina que es el «derecho militar operativo».

Los editores, Terry D. Gill (profesor asociado de Derecho Internacional Público en la Universidad de Utrecht, profesor de Derecho Militar en la Universidad de Ámsterdam y director de la sección de Derecho Militar en la Facultad de Ciencias Militares de la Academia

de Defensa de los Países Bajos) y Dieter Fleck (antiguo director de Acuerdos y Política Internacional en el Ministerio de Defensa alemán y presidente honorario de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra), además de encargarse de redactar personalmente varios capítulos del libro, han conseguido reunir en torno suyo a un buen elenco de autores, cada uno de ellos reconocido experto en el tema sobre el que escribe. Se trata, fundamentalmente, de juristas militares neerlandeses, canadienses, británicos y estadounidenses, así como de profesores universitarios, muchos de ellos anteriormente vinculados como asesores jurídicos a los Fuerzas Armadas de sus respectivos países. Entre ellos, nombres bien conocidos para los interesados en esta materia, tales como los de Charles H.B. Garraway, Wolff Heintschel von Heinegg o Michael N. Schmitt.

La obra responde esencialmente al propósito, manifestado por los editores en el prefacio, de servir como guía práctica para los operadores jurídicos involucrados en el planeamiento y conducción de operaciones militares, aunque también pueda tener utilidad como herramienta para uso docente y como referencia académica. Eso explica que la dedicatoria vaya dirigida a los asesores jurídicos de las Fuerzas Armadas desplegados en operaciones, a los que corresponde llevar a cabo la complicada misión de interpretar y aplicar la ley en las más exigentes circunstancias en que un iusinternacionalista práctico haya de desenvolverse.

La amplia variedad de aspectos jurídico-internacionales de las operaciones militares que se abordan en la obra se pone de manifiesto ya desde el inicial índice de contenidos. Estructurada en cinco partes, concluye con un anexo titulado «*The Manual on International Law of Military Operations*», en el que se condensa la esencia de cada uno de los capítulos en que se dividen esas cinco partes. Se trata con dicho anexo no solo de reafirmar las reglas jurídicas fundamentales aplicables, sino, principalmente, de servir a ese propósito práctico de elaborar una guía orientativa básica para quienes tienen que asesorar en derecho tanto en el planeamiento como durante la conducción de operaciones militares.

En la parte primera de la obra, de carácter introductorio, se tratan aspectos generales del Derecho Internacional de las Operaciones Militares: concepto y fuentes, historia y desarrollo, distinción conceptual entre lo que pudiéramos llamar actividad militar de naturaleza policial (*law enforcement*) y conducción de hostilidades, y, por último, algunos aspectos básicos del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional los Derechos Humanos en tanto componentes fundamentales de ese Derecho Internacional de las Operaciones Militares.

La segunda parte, dedicada a las operaciones militares en el contexto del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas, consta de tres capítulos en los que se abordan las operaciones coercitivas y de imposición de la paz, las operaciones de paz y la conducción de operaciones de paz por organizaciones y acuerdos de carácter regional.

En la parte tercera se estudian aquellas operaciones militares fundadas tanto en el derecho de legítima defensa como en otras posibles bases jurídicas para el uso legítimo de la fuerza, tales como el rescate de nacionales, la intervención humanitaria o la intervención militar a invitación de un gobierno extranjero.

La cuarta parte, que es la de mayor extensión, cubre una amalgama de aspectos diversos de Derecho Militar Operativo, llevando al ámbito doctrinal temas que a lo largo de los últimos años se han ido incorporando, en mayor o menor medida, a publicaciones para uso oficial de las Fuerzas Armadas. Así, entre los dieciséis capítulos en que se divide esta parte, pueden citarse los dedicados a mando y control en operaciones militares, *targeting*, *targeted killings*, operaciones aéreas, operaciones marítimas (con especial consideración de las MIO), dimensión jurídica del uso de fuerzas especiales y de las operaciones de información, detenciones operacionales, persecución de crímenes internacionales, etc.

Por último, la parte quinta cierra la obra con un primer capítulo relativo al papel del asesor jurídico militar en operaciones –antes del despliegue, durante el despliegue y tras el despliegue–, y con un capítulo final de conclusiones, en las que la clásica recapitulación viene precedida de la constatación de que este *Handbook* demuestra la estrecha relación que existe entre la teoría y la práctica jurídicas y la necesidad de combinar adecuadamente ambas para asegurar que las operaciones militares se conduzcan con arreglo a derecho y de que el derecho pueda ser aplicado de modo que tenga en cuenta los retos y realidades operacionales.

Un manual, en suma, muy interesante y útil, que, por lo que respecta al derecho internacional de las operaciones de paz, verá a no mucho tardar un amplio desarrollo en un nuevo manual, fruto de un proyecto de investigación, en esta ocasión auspiciado por la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra, igualmente liderado por Terry D. Gill y Dieter Fleck.

NOTICIAS DE REVISTAS

NOTICIA DE REVISTAS

José Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ

SUMARIO:

A) Cuestiones administrativas; B) Cuestiones de derecho internacional y humanitario de la guerra; C) Cuestiones penales.

A) CUESTIONES ADMINISTRATIVAS

La *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 727-2011, inserta un artículo de Juan María Díaz Fraile, titulado «El derecho de reversión expropiatoria y su inscripción en el Registro de la Propiedad».

En la *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 26/2011, se publican los trabajos relativos a «Los derechos de la ciudadanía ante la Administración electrónica en la legislación española», de Lorenzo Cotino Hueso; «El DNI electrónico: un análisis crítico y global» de Irene Revira Ferrer; «¿Cómo modernizar el proceso electoral? Retos tecnológicos asociados a las TIC» de Javier Guillem Carrau; «Data breach notification, procedimiento sancionador y derecho a no confesarse culpable», de Santiago Farré Tous; y «El deber de diligencia de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información», de Ángela Martínez-Rojas.

En la *Revista de Derecho Urbanístico*, 268/2011, se incluye un artículo titulado «Aspectos generales de la contratación pública en el sector urbanístico» de los que son autores María Fuensanta Gómez-Manresa y Jesús del Olmo Alonso.

B) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO

En el *American Journal of International Law*, vol. 104, núm. 1, de enero de 2010, se incluyen dos artículos de interés.

En el *American Journal of Comparative Law*, vol. LIX, fall 2011, n. 4, se incluye un interesante artículo de Tim Stahlberg, titulado *A paradigm of prevention: Humpty Dumpty, the war on terror and the power of preventive detention in United States, Israel and Europe* en el que se aborda comparativamente el régimen jurídico de las medidas excepcionales adoptadas por los distintos ordenamientos para combatir el terrorismo.

En el *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9 (2011), núm. 1, se publican tres artículos de interés: uno, de Eirik Bjorge, *National supreme courts and the development of ECHR*; otro de Stéphanie Henneke-Vauche, *A human dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence* y un tercero de Andrés Jakab, *Breaching constitutional law on moral grounds in the fight against terrorism: Implied presuppositions and proposed solutions in the discourse on 'the Rule of Law vs. Terrorism'*.

La *Harvard Law Review*, vol. 123, February 2010, n. 4 incluye una nota, sin firmar, *Prosecutorial power and the Legitimacy of the Military Justice System*.

La *Revista de Derecho Político*, número 77/2010, de enero-abril, inserta un artículo de Luis M. Cruz, *El derecho de reparación a las víctimas en el Derecho Internacional. Un estudio comparativo entre el derecho internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos*.

La revista *Foro*, 13-2011 incluye un trabajo de Elena Conde Pérez que examina la Convención sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos (Nueva York, 1973).

Aun cuando excede del ámbito estrictamente jurídico, son de reseñar las *monografías del CESEDEN* números 121, que versa sobre la seguridad, geopolítica y geoestrategia e incluye diversos artículos de los que son autores Carlos Malamud, Emilio Sánchez Rojas, José Ángel Sotillo, Carlota García Encina y Pedro Martínez Lillo; 122, dedicado al tema del islam, que recoge distintos trabajos –algunos de ellos de carácter jurídico– de Eulogio Sánchez Navarro, Jesús Ignacio Martínez Paricio, Javier Álvarez Veloso, Javier Jordán Enamorado, Monserrat Abumalham y Salvador Fontela; y el 123, relativo a examinar la situación de África, abordándose las cuestio-

nes referentes a los conflictos armados africanos, a las migraciones, a la piratería y el robo a mano armada y a la colonización terrorista, siendo los autores de los distintos trabajos Carlos Echevarría, Ricardo Martínez Isidoro, Raquel Regueiro, Pedro A. García Bilbao y Enrique Vega Fernández.

También debe mencionarse el número 153 de los *Cuadernos de Estrategia* (septiembre de 2011), dedicado a las armas de destrucción masiva. Los trabajos de Julio Ortega, Jesús Argumosa, Gonzalo de Salazar, René Pita y Guillermo Velarde examinan las cuestiones relativas a las iniciativas para la lucha contra la proliferación de las citadas armas de destrucción masiva y a las concretas armas nucleares, químicas, radiológicas, de tecnología avanzada y a los agentes biológicos.

C) CUESTIONES PENALES

En la *Ley Penal*, núm. 87, de noviembre de 2011, se insertan dos artículos de interés, de los que son autores Norberto J. de la Mata, *La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo* y Vicente Magro Servet, *Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales*.

NOTICIA DE REVISTAS SOBRE DERECHO MILITAR RECIBIDAS EN LA EMEJ

Marina de Luengo Zarzoso
Teniente (EC-CJM), Secretaria de Estudios de la EMEJ

En la Escuela Militar de Estudios Jurídicos se reciben periódicamente tres revistas dedicadas a tratar sobre temas relacionados con el Derecho Militar: *The Military Law and the Law of War Review/ Revue de Droit Militaire et Droit de la Guerre*, publicada semestralmente por el Centro belga de estudios de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra, bajo los auspicios de Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra, así como *The Army Lawyer* y la *Military Law Review*, publicaciones estas mensual y trimestral, respectivamente, del Judge Advocate General's Legal Center and School del Ejército de Tierra de los Estados Unidos. Analizados los números de las citadas revistas correspondientes al segundo semestre de 2011, se expone brevemente a continuación aquel contenido de las mismas que se considera de mayor interés.

1. *THE MILITARY LAW AND THE LAW OF WAR REVIEW*. N.º 50/3-4 (2011)

El grueso de la parte doctrinal de este número de la revista se centra en el análisis de las decisiones adoptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Al-Jedda* y *Al-Skeini*. Entre los cinco artículos que se dedican al tema, merece ser destacado, en primer término, el titulado «Neither effective control nor ultimate authority and control: attribution of conduct in *Al-Jedda*» («Ni control efectivo ni control y autoridad suprema: atribución de la conducta en *Al-Jedda*»), del profesor asociado del Centro Noruego de Derechos Humanos de la Universidad de Oslo, Kjetil Mujezinovic Larsen. Este artículo analiza dos asuntos tratados por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en los casos *Al-Jedda* y *Al-Skeini*. El caso *Al-Jedda* se ocupa de examinar la legalidad, de acuerdo con la Convención Europea de Derechos Humanos, de las detenciones sumarias practicadas durante la intervención británica en Irak. Una de las preguntas claves en dicho caso es a qué entidad se puede atribuir la detención y el internamiento del querellante: al Reino Unido o a las Naciones Unidas. Si se atribuye al Reino Unido, la responsabilidad bajo la Convención Europea podría ser exigible, mientras que si se atribuye a las Naciones Unidas, tal responsabilidad queda excluida.

En el fallo anterior en el caso *Behrami/Saramati*, el Tribunal había establecido el criterio de «control y autoridad suprema» para atribuir la conducta a una entidad en operaciones militares internacionales. Sin embargo, el Tribunal en el caso *Al-Jedda* consideró que, puesto que las Naciones Unidas no ejercieron «ni control efectivo, ni tampoco control y autoridad suprema», la conducta relevante sería atribuible al Reino Unido. El segundo asunto que aborda el artículo es la posibilidad que tiene el Estado para derogar o dejar sin efecto sus obligaciones bajo la Convención de cara a la conducta extraterritorial del mismo, lo que es tratado en el caso *Al-Skeini*. De acuerdo con el autor del artículo, el fallo puede interpretarse como un paso adelante en aras al posible reconocimiento futuro de un permiso explícito de tales derogaciones extraterritoriales de los estados.

En esta línea, es también interesante el artículo titulado «After Al-Jedda: detention, derogation, and an enduring dilemma» (Después de Al-Jedda: detención, derogación y un eterno dilema), de Heike Krieger, profesor de Derecho Público y Derecho Internacional Público de la Universidad de Berlín. Aborda aquellos aspectos de la referida sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Al-Jedda*, que pueden ayudar a aclarar algunas dudas interpretativas en torno a la relación que existe entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de los Derechos Humanos. Se mantiene que el Tribunal argumentó acertadamente que no podía invocarse la aplicación preferente del Derecho Internacional Humanitario con objeto de considerar inaplicable el artículo 5 de la Convención de Derechos Humanos al caso *Al-Jedda* puesto que el derecho de la ocupación militar no constituía la ley especial aplicable a dicho caso. El artículo analiza fórmulas alternativas para que los estados parte establezcan formas legales de detención sumaria durante las operaciones militares en el exterior y cuando el Derecho Internacional Humanitario no sea de aplicación. En este sentido, los Estados parte en la Convención tendrían, que, o bien obtener una autorización expresa contenida en un mandato del Consejo de Seguridad, o bien tener en cuenta el sistema de derogación excepcional previsto por el artículo 15 de la Convención.

Al margen de ese tema central, en este número se publica también un amplio artículo doctrinal firmado por Radidja Nemar, joven investigadora del Instituto de Investigación Estratégica de la Escuela Militar y doctoranda en Derecho Internacional por la Universidad Paul Cézanne Aix-Marsella III, que lleva por título «Hobbes face à Kant: la justice militaire américaine et la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique suite à Abu Ghraib» («Hobbes frente a Kant: la justicia militar de los Estados Unidos y la doctrina de la responsabilidad del mando tras Abu Ghraib»), en el que se

ofrece un detallado análisis de las investigaciones, debates parlamentarios y acciones adoptadas por el sistema estadounidense de justicia militar tras el citado escándalo.

En cuanto a la parte que la revista dedica al comentario de casos jurisprudenciales y a los más recientes desarrollos del derecho militar, las aportaciones incluidas en este número se refieren: la primera a Holanda y la responsabilidad civil de las Naciones Unidas por Srebrenica ante la justicia holandesa (Otto Spijkers); la segunda, al uso de balas expansivas en operaciones, con atención particular al consenso alcanzado al respecto en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, celebrada en Kampala (Alfons Vanheusden, W. Hays Parks y William H. Boothby), señalándose como en esta Conferencia parece haberse confirmado que la utilización del uso de balas expansivas en determinadas situaciones de conflicto armado puede ir mucho más allá de su uso en situaciones de estricto mantenimiento del orden público, si bien queda claro que este tipo de balas no debería ser nunca el tipo de munición estándar de las fuerzas armadas de los estados, debiendo estar su uso limitado a aquellas circunstancias excepcionales que justifican un modo de proceder determinado; finalmente, se incluye el informe elaborado por la Oficina Jurídica del Elemento de Staff en Europa del Mando Aliado de Transformación acerca de la Conferencia Jurídica anual de la OTAN correspondiente a 2011, celebrada en esta ocasión en Lisboa, entre el 24 y el 27 de octubre del pasado año, y en la que tuvo una participación activa el coronel auditor Jerónimo Domínguez Bascoy, quien actuó como moderador de una mesa redonda sobre el este de África y la lucha contra la piratería, abriendo el debate apuntando problemas de derechos humanos, los retos que plantea la recogida de pruebas y su custodia en el mar y las peculiaridades del uso de la fuerza en este tipo de operaciones.

2. *THE ARMY LAWYER*. NÚMEROS PUBLICADOS EN EL SEGUNDO SEMESTRE DE 2011

De entre los artículos publicados durante el segundo semestre de 2011 en esta revista, ha sido objeto de nuestra especial atención el titulado «Rule of Law in Iraq and Afghanistan» («Estado de Derecho en Irak y Afganistán»), del general de brigada del Ejército de Tierra de los Estados Unidos Mark Martins, aparecido en el número correspondiente al mes de noviembre, y que no es sino la transcripción de la conferencia impartida por el autor en la *Harvard Law School* en abril de 2011 tras recibir la Medalla de

la Libertad. Se aborda aquí la cuestión acerca de la diferencia que existe entre los sistemas legales de estos países y los de Estados Unidos y otras democracias occidentales, y cómo esto influye en las operaciones militares. Para ello, utiliza varios ejemplos de situaciones reales ocurridas en Irak y en Afganistán, las cuales muestran como en numerosas ocasiones los miembros de las Fuerzas Armadas han de hacer grandes esfuerzos para mantenerse dentro de los límites de la ley: ¿puedo disparar a quién me está disparando desde una escuela?, ¿qué ROE debo dar a mis tropas en un *checkpoint*, cuando un suicida acaba de atacar un edificio del gobierno? El artículo concluye remarcando las dificultades con las que se encuentran tanto los asesores jurídicos en operaciones como los miembros de los Ejércitos cuando han de aplicar las leyes en este tipo de contextos, en los que estos países no respetan norma de derecho internacional alguna. Asimismo, apunta que se deben proponer leyes que mejoren este entorno a fin de que los militares que se encuentran sobre el terreno puedan tomar decisiones rápidas y acertadas.

3. *MILITARY LAW REVIEW*. VOLÚMENES 209 Y 210 (OTOÑO E INVIERNO DE 2011)

De los dos volúmenes de esta revista que hemos revisado, resulta a nuestro juicio de especial interés el artículo titulado «The Goldstone Report: Politicization of the law of armed conflicts and those left behind» (El informe Goldstone: la politización del derecho de los conflictos armados y los que se dejan atrás), del comandante del Cuerpo Jurídico del Ejército de Tierra de los Estados Unidos Joshua L. Kessler, aparecido en el volumen 209 (otoño). Se analiza aquí, desde un punto de vista crítico, el conocido como «Informe Goldstone», sobre derechos humanos en Palestina y otros territorios árabes ocupados. Tras hacer un recorrido por la evolución del conflicto árabe-israelí desde sus orígenes hasta la actualidad y analizar el marco normativo aplicable, el autor llega a la conclusión de que el mencionado informe carece de información suficiente para hacer un análisis razonable y objetivo, pasando por alto el aspecto más importante y trágico: los terribles efectos de la insurgencia sobre la población civil, y mostrando un marcado sentimiento político. El autor considera que el informe representa una oportunidad perdida para proporcionar una orientación muy necesaria para aquellos que participan en operaciones de contrainsurgencia, ya que el aumento del terrorismo global y de los conflictos asimétricos traen consigo nuevos desafíos en el campo de batalla. Desde que el terrorismo global

es una amenaza para la seguridad de los EE. UU. y sus aliados, el marco legal para luchar contra las operaciones de contrainsurgencia debe ser una preocupación principal. Para que la ley mantenga su relevancia es necesario que evolucione para satisfacer las necesidades de las naciones que luchan contra esos enemigos. Muchos miembros de la comunidad jurídica internacional han hecho un llamamiento para revisar y modificar el marco normativo a fin de reconocer los desafíos de la guerra asimétrica y dar una respuesta significativa al problema del terrorismo global. Mientras esto no suceda, los estados-nación como Israel o EE. UU. continuarán haciendo lo que sea necesario para cumplir con su obligación de proteger a su población, incluso si eso significa «probar los límites» de la ley internacional existente. Se tiende a imponer requerimientos más estrictos exigidos por el derecho internacional a las Fuerzas de Defensa de Israel (IDF), mientras que se muestra muy poca atención o crítica a los actos u omisiones de Gaza. Esto supone un refuerzo para los actores no estatales, al imponer mayores restricciones legales sobre los actores estatales. El autor concluye que hasta que haya un reconocimiento de que la politización de tales conflictos solo frena el progreso en el tratamiento del terrorismo global, o se promulgue un nuevo marco legal que reconozca los desafíos de este terrorismo global, la población civil continuará sufriendo las trágicas consecuencias de la guerra, y la paz política seguirá siendo un sueño.

INFORMACIÓN

TOMA DE POSESIÓN

Por Resolución 439/18258/11, de 22 de noviembre, fue nombrado director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos (EMEJ) el coronel auditor D. Jerónimo Domínguez Bascoy.

Aunque inicialmente fijado para el día 22 de diciembre de 2011, el acto de su toma de posesión como director de la citada escuela tuvo que posponerse, por problemas de agenda, al 23 de diciembre a las 10 horas.

El acto fue presidido por el director general de Reclutamiento y Enseñanza Militar, D. Javier García Fernández. En la mesa presidencial le acompañaban el auditor general de la Defensa D. Jose Luis Poyato Ariza; el general de división D. Juan Romero Serrano, subdirector general de Ordenación y Política de Enseñanza; y el general consejero togado don Jesús Bello Gil, fiscal togado.

Al acto asistieron, además de los familiares del coronel auditor Domínguez y amigos y compañeros del Cuerpo Jurídico Militar, personal destinado en la Subdirección de Política y Ordenación de Enseñanza, en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, y en el Grupo de Escuelas de la Defensa.

Tras la lectura de la fórmula correspondiente, en la que el director general de Reclutamiento y Enseñanza Militar pedía se reconociera al coronel don Jerónimo Domínguez Bascoy como director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, este asumió el cargo conferido, jurando cumplir fielmente las obligaciones propias del mismo.

Posteriormente, el nuevo director de la EMEJ tomó la palabra para dirigirse a los presentes, comenzando su discurso con el agradecimiento a quienes han depositado en él su confianza, al proponerle y designarle para ocupar un cargo de tanta importancia para el Cuerpo Jurídico Militar. Tampoco olvidó el coronel director en sus palabras a sus predecesores,

algunos de los cuales se encontraban presentes en el acto, para los que tuvo palabras de reconocimiento por la labor realizada y a los que se refirió como modelo a imitar. No pudo evitar, por otra parte, hacer mención a las dificultades presupuestarias actuales, proclamando su firme propósito de tratar de sobreponerse a las mismas recurriendo a aquello que, más que nunca, se impone en estas situaciones: la imaginación.

Finalizado el acto protocolario, se sirvió un desayuno en el *hall* del edificio de la EMEJ con la asistencia de todos los invitados.

María del Valle López Alfranca
Comandante auditor