

REVISTA  
*de* ESPAÑOLA  
DERECHO  
MILITAR

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

n.º 103

---

Madrid (España) • enero - junio 2015 • ISSN: 0034-9399

---



MINISTERIO DE DEFENSA



REVISTA  
*de* ESPAÑOLA  
DERECHO  
MILITAR

**103** ENERO  
JUNIO  
2015

MADRID

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

Edita:



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

© Autores y editor, 2015

NIPO: 083-15-140-0 (edición en papel)

NIPO: 083-15-141-6 (edición en línea)

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Fecha de edición: diciembre 2015

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de los autores de la misma.

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

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



## ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 103 ENERO - JUNIO 2015

### DOCTRINA

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

### ESTUDIOS

- Marcelo Ortega Gutiérrez-Maturana. *El delito informático y su incidencia en el Código Penal Militar*. ..... 15
- Agustín González González. *El Régimen Sancionador en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: una duda razonable*. ..... 59
- Isabel García García. *La protección del periodista: el caso de Siria*..... 93
- Javier Palacios Blanco. *Sistema tradicional de resolución de disputas en Afganistán*. ..... 123

### NOTAS

- Pablo Ramírez Jerez. *Javier Ugarte y Pagés (1852-1919): Auditor General del Ejército, político y académico*. ..... 143

### TEXTOS

#### DOCUMENTACIÓN

- José Leandro Martínez-Cardós Ruiz. *Doctrina Legal del Consejo de Estado*. ..... 165

### BIBLIOGRAFÍA

#### RECENSIÓN DE LIBROS

- Por Joaquín Ruiz Díez del Corral. GARCÍA-MERCADAL GARCÍA-LOYGORRI, Fernando, *Leyes Administrativas de la Defensa*. ... 197
- Por Renato de J. Bermúdez Flores. MILLÁN GARRIDO, Antonio, *Vida y obra de un jurista militar en el exilio*. ..... 199

— Por Francisco Luis Pascual Pascual Sarría. VARIOS AUTORES, <i>Manual de Derecho Operativo</i> .....	203
— Por Francisco Luis Pascual Sarría. GIL HONDUVILLA, Joaquín, <i>La Justicia militar en tiempos de la Guerra Civil: Consejos de Guerra en el Protectorado de Marruecos.</i> .....	207
— Por Francisco Luis Pascual Sarría. MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham, <i>El principio de justicia universal y los crímenes de guerra.</i> .....	211

## NOTICIAS DE REVISTAS

— Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz.....	217
— Por Francisco Luis Pascual Sarría.....	221

## INFORMACIÓN

— Alfonso Barrada Ferreirós. <i>Jornadas de la Fiscalía Jurídico Militar.</i> .....	225
— Javier Aparicio Gallego. <i>El Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio, y de la Aviación Comercial celebró sus xli jornadas</i> .....	229
— Ángel Serrano Barberán. <i>Xx Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra (Praga, 14-18 abril 2015). La Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra</i> .....	235
— Francisco Luis Pascual Sarría. <i>Plan de difusión de la nueva Ley de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas en la Comunidad de Madrid (enero 2015)</i> .....	239

## NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN

# DOCTRINA





## RESÚMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 103 (ENERO - JUNIO 2015)

### «EL DELITO INFORMÁTICO Y SU INCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR». Marcelo Ortega Gutiérrez-Maturana

**Resumen:** Se examina en este trabajo la trascendencia que tiene el uso de las TIC (Tecnologías de la Información y Comunicación) en la comisión de los ilícitos cometidos por militares, competencia de la jurisdicción militar. Como, además de incorporar nuevas formas delictivas con especialidades en su comisión, tienen directa repercusión en la descripción típica y en la forma en que ha de desarrollar la labor investigadora, afectan a la forma en que ha de realizarse la labor instructora, con la incorporación al procedimiento de un elenco de pruebas diferentes de las habituales, tanto en cuanto al fondo como a la forma de obtenerlas. Ello exige la adopción de especiales precauciones para evitar que se frustre la labor investigadora así como la vulneración innecesaria de derechos fundamentales.

**Palabras clave:** *Derecho penal militar, Jurisdicción militar, Ciberdelincuencia, Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC).*

### THE CYBERCRIME IN THE MILITARY PENAL CODE. Marcelo Ortega Gutiérrez-Maturana

**Abstract:** *This document analyzes the importance that the use of ICTs (Information and Communication Technologies) has in the commission of unlawful actions by military personnel, under the jurisdiction of military courts. ICTs imply new criminal acts with specific features related to their*

*commission, they have direct effects in the description of the offences and in the way how the judicial investigation has to be developed, they affect the way the instructor has to undertake the investigation, incorporating into the proceeding a catalogue of evidences different from the usual ones, not only for the evidences themselves, but also because of the way to be obtained, which requires special precautions to prevent the failure of the investigation and the unnecessary violation of fundamental rights.*

**Keywords:** *Military law, Military Jurisdiction, Cybercrime, ICTs (Information and Communication Technologies).*

## **EL RÉGIMEN SANCIONADOR EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA DUDA RAZONABLE.** Capitán interventor D. Agustín González González

**Resumen:** En el presente estudio se pretende, a la vista de la legislación sobre contratación pública, la ley de régimen Jurídico y la jurisprudencia y doctrina patria, analizar el régimen sancionador de esta legislación sectorial, lo que plantea como primera cuestión la de su propia existencia, esto es, si podemos hablar de un verdadero y genuino régimen sancionador en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Para ello, tras fijar el concepto de sanción administrativa recorreremos los preceptos del Texto Refundido que formal o materialmente pudieran ser depositarios de las pretendidas sanciones desde las que levantar un régimen sancionador. En concreto, analizaremos los artículos 212, 213, 60, 156 y 136 del TRLCSP para cerrar el análisis con unas conclusiones a la vista de lo examinado.

**Palabras clave:** *sanción administrativa, penalidades, prohibiciones de contratar, resolución del contrato.*

**Abstract:** The present study aims, in the light of the legislation on public procurement, Regimen Juridico Act and jurisprudence and doctrine homeland, analyze the penalties of this sectoral legislation, posing as a first matter of its own existence, that is, if we can speak of a true and genuine penalties in text consolidated in the law of contracts from the Public Sector. To do this, after fixing the concept of administrative penalty we will visit the precepts of the revised text, in which formal or materially could be depositories of alleged sanctions from which raise a sanctioning regime. In particular, we will analyze articles 212, 213, 60, 156 and 136 of the TRLCSP to close the analysis with conclusions in view of the examined.

**Key words:** *administrative penalty, penalties, prohibitions of contract, termination of contract.*

**LA PROTECCIÓN DEL PERIODISTA: EL CASO DE SIRIA.** Dra. Isabel García García

**Resumen:** Hoy en día los periodistas que trabajan en Siria se encuentran ante grandes dificultades para poder desempeñar su trabajo. Además de la amenaza que viven en un país en conflicto con escasa cultura de libertad de información, los grupos yihadistas utilizan su secuestro y muerte como forma de expandir su retórica. El marco jurídico que regula su protección ha sufrido algunos cambios y la comunidad internacional vuelve a poner de relieve el peligro al que se enfrentan no obstante, el futuro de las medidas que se buscan adoptar aún parece incierto.

**Palabras Clave:** *Periodista/ libertad de información/ marco jurídico/ protección.*

**Abstract:** Today, journalists working in Syria are facing great difficulties to carry out their work. Besides the threat of working in a country in conflict with little culture of freedom, the journalists have to deal with jihadist groups that use kidnapping and murder as a way of expanding their rhetoric. The legal framework, which regulates journalist-protection, has suffered some changes and although the international community is becoming aware of the situation, the future of these measures is still uncertain.

**SISTEMA TRADICIONAL DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN AFGANISTÁN.** D. Javier Palacios Blanco

**Abstract:** Traditional Dispute Resolution Systems in Afghanistan

A traditional system for the resolution of disputes has been in place in Afghanistan for centuries. However, on account of its archaic nature, so far removed from our Western standards, we have never appreciated it as a viable, respectable or useful mechanism. The traditional Afghan system collides with the principles of legality, most particularly with regard to criminal matters, and the monopoly of *jus puniendi* by the State.

But throughout Afghanistan, this system is part of tradition. It is effective, fast and economical, and the Afghan people trust in this system for the resolution of conflicts and disputes. The formal resolution of disputes before the courts following this system is constitutional, legal and respect-

ful of human rights. At the same time, however, it is slow, expensive and difficult for a population that is for the most part illiterate, all of which circumstances also render the system unfair.

Afghans seem comfortable with a fair amount of interaction between the formal and customary systems. The existence of both formal and customary dispute resolution mechanisms does provide some degree of mutual checks.

In view of all the circumstances, mentioned in my article published on CLOVIS (*Traditional Dispute Resolution System in Afghanistan*, MAJ Palacios (DCOS STAB, RoL, ISAF HQ) it seems advisable to set up and implement an Informal or Customary or Traditional Justice Law to link the formal and informal traditional systems together.

### **JAVIER UGARTE Y PAGÉS (1852-1919): AUDITOR GENERAL DEL EJÉRCITO, POLÍTICO Y ACADÉMICO.** Pablo Ramírez Jerez

**Resumen:** El presente artículo analiza la vida y obra de Francisco Javier Ugarte y Pagés, un abogado, escritor y político conservador de la época de la Restauración que desarrolló su vida profesional en el Servicio Jurídico del Ejército, el Congreso y el Senado. Ocupó tres carteras ministeriales y fue miembro de número de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y de la Española. Persona muy religiosa y de gran cultura, dejó una amplia obra escrita, distribuida entre artículos periodísticos, libros de derecho militar, trabajos diversos sobre política contemporánea, la cuestión social y el estado de la justicia en España, narraciones históricas y varios volúmenes de poesía.

**Palabras clave:** Servicio Jurídico del Ejército, Auditores del Ejército, Bibliografía militar, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

**Abstract:** This paper deals with the life and work of Francisco Javier Ugarte y Pagés, a lawyer, writer and politician of the Restoration era in Spain who developed his professional life in the Army Legal Service, the Congress and the Senate. He also held three posts as a Minister and was a member of the Royal Academy of Moral and Political Sciences and the Royal Spanish Academy. He was a very religious person with broad cultural knowledge and left a big written legacy between articles, books about military law, contemporary policy, the social question, the justice system in Spain, historical accounts and some poetical works.

**Keywords:** Army Legal Service, Military Auditors, Military bibliography, Royal Academy of Moral and Political Sciences.

# **ESTUDIOS**



## «EL DELITO INFORMÁTICO Y SU INCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR»

Marcelo Ortega Gutiérrez-Maturana  
*Coronel auditor*

### SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 1.1. «DERECHO INFORMÁTICO». 1.2. LAS TIC (TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN), HITOS EN SU EVOLUCIÓN Y VINCULACIÓN AL SURGIMIENTO DE NUEVAS CONDUCTAS ILÍCITAS O DELICTIVAS. 1.2.1. Años sesenta. 1.2.2. Década de los setenta. 1.2.3. En los años ochenta. 1.2.4. Los noventa. 1.3. SITUACIÓN ACTUAL. 1.3.1. La facilidad en el acceso, búsqueda, intercambio y difusión de información. 1.3.2. El aumento del riesgo de perpetración de actos ilícitos. 1.3.3. La globalización del fenómeno. 1.3.4. El ciberespacio. 1.3.5. Nuevos intereses y bienes jurídicamente protegibles. 1.3.6. Libertad sí, pero no impunidad. 2. CONCEPTO DE DELITO INFORMÁTICO. 3. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS. 3.1. CLASIFICACIÓN TRIPARTITA. 3.1.1. Ciberdelincuencia económica. 3.1.2. Ciberdelincuencia intrusiva. 3.1.3. Ciberespionaje y Ciberterrorismo. 3.2. INSTRUCCIÓN 2/2011, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. 3.2.1. Delitos en los que el objeto de la actividad delictiva son los propios sistemas informáticos o las TIC. 3.2.2. Delitos en los que la actividad criminal se sirve para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TIC. 3.2.3. Delitos en los que la actividad criminal, además de servirse para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TIC, entraña especial complejidad en su investigación que demanda conocimientos específicos en la materia. 4. LA ESPECIALIZACIÓN: REQUISITO PREVIO. 5. PRINCIPAL NORMATIVA EN LA MATERIA. 5.1. EL CONVENIO SOBRE CIBERDELINCUENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA. 5.1.1. Ámbito de la prueba. 5.1.2. Adaptar las medidas procesales tradicionales. 5.2. EL CÓDIGO PENAL. 5.2.1. *Ciberdelincuencia económica*. 5.2.2. *Ciberdelincuencia intrusiva*. 5.2.3. *Ciberespionaje y Ciberterrorismo*. 5.3. LEY 25/2007, DE «CONSERVACIÓN DE DATOS RELATIVOS A LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y A LAS REDES PÚBLICAS DE COMUNICA-

CIONES». 5.4. LEY ORGÁNICA 13/2015, DE «MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA». 6. EL CÓDIGO PENAL MILITAR DE 2015. 6.1. TIPOS PENALES MÁS RELEVANTES. 6.1.1. *Atentados contra los medios o recursos de la Seguridad o Defensa Nacionales*. 6.1.2 *Espionaje y revelación secretos o informaciones relativas a la Seguridad Nacional o Defensa Nacional*. 6.1.3. *Delitos contra la disciplina*. 6.1.4. *Delitos contra la eficacia del servicio*. 6.2. OTROS TIPOS PENALES INCLUIBLES. 7. LAS FALTAS DISCIPLINARIAS MILITARES. 8. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Para situar adecuadamente el objeto de nuestro estudio —ilícitos militares cometidos a través de internet o con ocasión del uso de las nuevas tecnologías— habremos de hacer referencia, en primer lugar al marco en que nos movemos, así examinaremos brevemente: el denominado Derecho Informático, describiremos, siquiera, someramente, la evolución de las conductas delictivas vinculadas a las nuevas tecnologías, para llegar al estado actual de la cuestión, ocupándonos de los aspectos principales que presenta. Una vez en este punto, afrontaremos la conceptualización del Delito Informático y su clasificación, desde un punto de vista, eminentemente, práctico y apegado al objeto de nuestro estudio. Más adelante, nos ocuparemos de un aspecto capital en la materia cual es la necesaria especialización, de los llamados a perseguir estos delitos, en nuestro caso Policía Judicial, Ministerio Fiscal y Jueces, para tras detallar la principal normativa en la materia, entrar, de lleno, en los ilícitos propiamente militares.

### 1.1 «DERECHO INFORMÁTICO»

La delincuencia informática forma parte de lo que se ha denominado «*Derecho Informático*», este es entendido como un conjunto de normas jurídicas que regulan la utilización de los bienes y servicios informáticos en la sociedad, cuya materia incluiría: 1.º el régimen jurídico del software; 2.º el derecho aplicable a las Redes de transmisión de datos; 3.º los documentos electrónicos; 4.º los contratos electrónicos; 5.º el régimen jurídico de las bases de datos; 6.º el derecho de la denominada «*privacy*»; 7.º los



delitos informáticos; y 8.º con carácter residual, otras conductas nacidas del uso de los ordenadores y de las redes de transmisión de datos<sup>1</sup>.

Existían distintas opciones posibles, sin embargo, se ha optado por crear una nueva rama del Derecho dedicada exclusivamente al estudio de estos aspectos, y ello porque la complejidad de las relaciones informáticas, su crecimiento desmesurado o el hecho de que en el estudio de estas nuevas relaciones sea necesaria moverse de una rama del ordenamiento jurídico a otra constantemente (civil, penal, procesal, administrativa o laboral). Esta nueva rama del ordenamiento jurídico regularía las relaciones, cualesquiera, vinculadas con la informática y tendría como característica, precisamente, el hecho de que en la disciplina confluyan normas administrativas, civiles, procesales, penales, laborales, etc.

## 1.2. LAS TIC (TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN), HITOS EN SU EVOLUCIÓN Y APARICIÓN DE NUEVAS CONDUCTAS Y FORMAS DE COMISIÓN ILÍCITAS O DELICTIVAS

Ciñéndonos al marco del Derecho Penal y Procesal, el primer problema con el que nos encontramos a la hora de afrontar el análisis de los delitos informáticos es intentar describir su contenido. No resulta fácil determinar qué debe entenderse por delito informático y qué conductas pueden considerarse incluidas en el mismo; de hecho, ni siquiera la doctrina encuentra un concepto unitario de delito informático y las discrepancias en torno al mismo han llegado incluso a propiciar que algunos autores admitan la imposibilidad de dar una definición del mismo y renuncien a ello<sup>2</sup>. La doctrina ha debatido durante años si nos encontramos ante una categoría que pueda denominarse «*delito informático*» o si, por el contrario, se deben utilizar expresiones que carezcan de un matiz jurídico-positivo, haciendo alusión, más bien, a categorías criminológicas: así las expresiones delincuencia informática, criminalidad informática o delitos informáticos.

En gran parte el problema viene propiciado por la vertiginosa velocidad con la que evolucionan las nuevas tecnologías y el consiguiente cam-

---

<sup>1</sup> Seguiremos en este apartado el desarrollo que propone HERNÁNDEZ DÍAZ, L., «*El delito informático*», Revista Eguzkilore 23, 2009, pp. 227- 243.

<sup>2</sup> En tal sentido, FERREYROS SOTO, C., «*Aspectos metodológicos del delito informático*», en Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático, 9-11, 1996 pp. 407 ss., que, prescinde de una conceptualización, limitándose a enumerar las peculiaridades que presenta el conjunto de comportamientos a que puede venir referida la expresión.

bio y desarrollo constante, igualmente rápido, de las conductas delictivas vinculadas a estas.

Antes de intentar exponer un concepto de delito o delitos informático parece oportuno, que hagamos un repaso, si bien muy general, de las principales etapas por las que ha discurrido la implantación de las nuevas tecnologías y del modo en que, en consecuencia, ha ido apareciendo el nuevo elenco de conductas lesivas de derechos vinculadas con la informática y la telemática.

Utilizaremos, para sistematizar la evolución de las conductas delictivas (o merecedoras de serlo) vinculadas con las TIC, el estudio, sobre la misma, contenido en el «*Informe sobre la situación del crimen organizado en Europa*» realizado por el Consejo de Europa en 2004<sup>3</sup>, distinguiendo las siguientes etapas:

### 1.2.1. Años sesenta

En esa época, inicios de la informática, se produce una ingente acumulación de datos de carácter personal de la ciudadanía por parte de los gobiernos, aun cuando no estaba masificado el uso de los ordenadores, hace que comiencen las preocupaciones en torno al carácter reservado, la acumulación y el uso que podría hacerse de estos datos. Nace así el concepto de «*privacy*» y del derecho a la misma, que va más allá del tradicional de intimidad y que regula la *acumulación en las bases de datos, de carácter informático o no, de información sobre los individuos y el uso que se hace de ella*, así como la capacidad de decisión de cada ciudadano respecto a qué datos referentes a su persona deben ser compartidos o públicos. Ya en los años sesenta comienzan las primeras discusiones en torno a esta cuestión, sobre todo en materia civil y administrativa, planteándose el debate, en los años siguientes, también en términos penales.

### 1.2.2. Década de los setenta

Durante ese periodo, la difusión de los ordenadores en el mundo empresarial supuso que la mayoría de las manifestaciones de la delincuencia

---

<sup>3</sup> Consejo de Europa, «*Organised crime in Europe: the threat of cybercrime. Situation report 2004*», Francia, 2005, pp. 83 a 94.

informática tuviesen relación con la *delincuencia económica*, siendo las más comunes el fraude informático, la manipulación de datos, sabotajes informáticos, espionajes empresariales, etc. Hasta el punto de que en este periodo eran estas nuevas modalidades de delincuencia económica las que integraban el concepto de delito informático; o, al menos, estas eran las principales manifestaciones del mismo.

### **1.2.3. En los años ochenta**

La generalización de los ordenadores personales entre la población trajo consigo, al mismo tiempo, el surgimiento de la piratería del software de los mismos, dando comienzo así a las primeras *infracciones contra la propiedad intelectual* que se generalizarían a finales de los años noventa, extendiéndose además a productos como música, fotografías o películas.

### **1.2.4. Los noventa**

La expansión de Internet en la década de los noventa llevó aparejado el surgimiento de un nuevo método para *difundir contenidos ilegales o dañosos, tales como pornografía infantil o discursos racistas o xenófobos*. Serán precisamente las conductas vinculadas a la difusión de contenidos ilícitos las que más pueden aprovecharse de la enorme implantación que tiene la Red a nivel mundial, así como de sus características técnicas que dificultan su descubrimiento, persecución y prueba.

En este periodo también se consolida la *dependencia que los gobiernos y organismos internacionales tienen de los sistemas informáticos, tanto para su buen funcionamiento como para el almacenamiento de datos importantes y/o secretos* y ello pondrá en el punto de mira para la comisión de delitos que atenten contra la seguridad del Estado, como la comisión de ataques terroristas a través de la Red, a los sistemas informáticos de estos Entes.

## **1.3. SITUACIÓN ACTUAL**

La revolución tecnológica en la que nos hallamos inmersos con la aparición de la última generación de telefonía móvil multifuncional y de aparatos

asistentes personales digitales (PDA) asimismo multifuncionales, y en las que, el clásico intercambio de palabras o pensamientos a través del teléfono o el correo ordinario, ha sido superado, no solo por el intercambio de datos, en gran cantidad y con mayor celeridad, comprendiendo voz, texto, música, fotografías o videos, sino también con la capacidad de producción, procesamiento y transmisión de datos, propia de un equipo informático y utilizando medios telemáticos, con conexión remota al sistema informatizado de nuestra vivienda (domótica), y principalmente a Internet, y, no solo entre personas y ordenadores, sino incluso entre ordenadores sin intervención directa del ser humano, en lo que lo importante es no tanto si se ha establecido una conexión directa entre el emisor y el receptor, sino que los datos entren en la red con una dirección de destino o que puedan ser accesibles para cualquiera que quiera conocerlos u obtenerlos. Siguiendo a ROVIRA DEL CANTO, podemos distinguir como aspectos principales de esta evolución<sup>4</sup>:

### **1.3.1. La facilidad en el acceso, búsqueda, intercambio y difusión de información**

En el último decenio ha aumentado claramente, siendo incluso promovido por la administración y organismos públicos, la facilidad en el acceso, búsqueda, intercambio y difusión de información contenida en redes y sistemas informáticos, superando las distancias geográficas, y ha llevado a un *crecimiento explosivo en la cantidad de información accesible*, así como el conocimiento generalizado de que puede ser obtenida de dichos sistemas, siendo significativa la progresiva generalización en el uso del correo electrónico y el acceso y consulta, a través de Internet, de numerosos sitios o páginas web de distintas partes del mundo.

### **1.3.2. El aumento del riesgo de perpetración de actos ilícitos**

La segunda consecuencia es que, esos progresos, han tenido también su reflejo no solo en los ámbitos civil, social y administrativo, sino tam-

---

<sup>4</sup> ROVIRA DEL CANTO, E., «Las nuevas pruebas telemática y digitales. Especialidad de la prueba en delitos cometidos por internet». Jornadas sobre la prueba en el Proceso Penal. Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, vol. I-2003. C. E. J. A. J. Madrid. 2003.

bién en la delincuencia y criminalidad, propiciando asimismo un aumento del riesgo de perpetración de actos ilícitos. Han aparecido *nuevos tipos de acciones ilícitas, así como nuevas modalidades y peculiaridades en la comisión de delitos tradicionales*, y las conductas criminales pueden ser de mayor entidad y trascendencia puesto que no están restringidas por limitaciones geográficas o fronteras nacionales.

### **1.3.3. La globalización del fenómeno**

La mayor potencia de los sistemas informáticos, sus mayores prestaciones y su generalizada disponibilidad para cualquier persona, unido al crecimiento de las redes y sistemas telemáticos, sobre todo las abiertas, como Internet, la utilización generalizada de terminales móviles de telecomunicación personal, consolidándose asimismo una *«telecomunicación personalizada global de masas»*, y la interconexidad entre sistemas informáticos y de telecomunicación, en lo que se denomina telemática, con desaparición material no ya de las fronteras sino de todo tipo de barreras espacio-temporales, *permitiendo obtener, procesar y transmitir la información en tiempo real en y a cualquier parte del planeta, favoreciendo además la descentralización de la información, la interrelación, incluso simultánea de múltiples sujetos ubicados en distintos lugares lejanos geográficamente entre sí.*

### **1.3.4. El ciberespacio**

Esta coincidencia que apuntamos tiene lugar en un nuevo espacio virtual, el ciberespacio, que llega a producir nuevas formas de realidad y en el que, como afirma MORÓN LERMA<sup>5</sup>, *«lo real puede convertirse en falso, el original, en copia y el ser, en identidad virtual»*, con independencia de un punto concreto del planeta, ha supuesto la producción de cambios tanto respecto al autor como a la víctima de los ataques informáticos y telemáticos, pues *los delitos informáticos hoy en día no solo pueden ser cometidos por cualquiera, sino que también amenazan a cualquier ciudadano*, y ha

---

<sup>5</sup> MORÓN LERMA, E., *«Internet y Derecho Penal: Hacking y otras Conductas Ilícitas en la Red»*, colección RdPP monografía, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 79.

desarrollado nuevos supuestos de comisión delictiva, como, por ejemplo los abusos telefónicos, la interceptación de datos o sistemas de comunicación, las acciones ofensivas contra el honor, la emisión de contenidos ilícitos y nocivos, y las manipulaciones en Internet.

### 1.3.5. Nuevos intereses y bienes jurídicamente protegibles

Actualmente *«lo informático»* se constituye no solo en un medio sino incluso en un objeto potencial para la realización de ilícitos estrictamente telemáticos o cibernéticos. Esa cada vez más frecuente interrelación personal, comercial, e incluso delictiva, de carácter global y transfronterizo, y la existencia de idénticos y *nuevos intereses y bienes jurídicamente protegibles, como la información informatizada, los datos que la representan, los sistemas y redes por donde fluye, se transmite, elabora, procesa, contiene, obtiene y almacena*, para un conjunto cada vez mayor de Estados, constituye el gran reto del cambio social del siglo XXI, y hace necesaria de *armonización internacional de las legislaciones estatales, y no solo la penal sustantiva sino por supuesto también de la procesal en cuanto a la licitud y eficacia de los medios de obtención de pruebas de los delitos cometidos a través de los nuevos sistemas telemáticos y la validez y suficiencia de las pruebas electrónicas y telemáticas*. Y las redes telemáticas e Internet traen consigo un nuevo concepto superador del tradicional delito informático, el de ciberdelito o delito cibernético.

### 1.3.6. Libertad sí, pero no impunidad

Es pertinente traer a colación la máxima, mantenida por ROVIRA DEL CANTO, como respuesta a los posicionamientos doctrinales o sociales contrarios a cualquier tipo de regulación de Internet y que normalmente lleva aparejada un menor desvalor de las acciones ilícitas verificadas en la red y el ciberespacio y por tanto de la Ciberdelincuencia<sup>6</sup>: *«LIBERTAD SÍ, PERO NO IMPUNIDAD»*.

La red Internet no ha sido concebida para el comercio electrónico, los contratos, la venta de contenidos protegidos por los derechos de autor (músi-

<sup>6</sup> ROVIRA DEL CANTO, E., *«Las nuevas pruebas...»*, op. cit., p. 283.

ca, imágenes y películas), las transferencias de capitales y otras operaciones económicas que exigen unas medidas de seguridad específicas. Inicialmente se utilizaba con fines militares y universitarios: la encriptación mediante largas claves, en el primer caso, y la publicación de resultados experimentales y de bases de datos científicos sin codificar, en el segundo, respondían a las necesidades. Más adelante se extendió la utilización «*libertaria*» de Internet, y después con fines comerciales, financieros, tecnológicos, industriales y lúdicos, sin contar los sitios pornográficos, que generan importantes ingresos y, de hecho, junto con los juegos en línea, son fuente de considerables evoluciones tecnológicas, en particular en materia de calidad de imagen y alta velocidad o de sistemas de pago seguros, anónimos o no.

Todos estos modos de utilización siguen coexistiendo y gradualmente surgen otros nuevos. No obstante, partes cada vez mayores de las redes e Internet constituyen los pilares del funcionamiento de la sociedad y de la economía, contribuyen de manera decisiva al desarrollo social y la seguridad nacional y exigen un mayor nivel de seguridad en función de la naturaleza de los datos transmitidos y las operaciones efectuadas, respetando la intimidad de las personas y sin cuestionar el principio básico de Internet, es decir, la libre circulación de información y el intercambio abierto de datos, ideas, resultados científicos, etc. E incluso se ha convertido en un medio a través del cual se realizan acciones de guerra electrónica, o económica, como hemos visto en las informaciones recientes relativas a ataques cibernéticos realizados, presuntamente, por el Ejército de la República Popular China, o, más recientemente, el de la República Popular de Corea, o la interceptación masiva de comunicaciones realizada por la Agencia Nacional de Inteligencia norteamericana<sup>7</sup> o el espionaje generalizado de las delegaciones participantes en la Cumbre del G-20 celebrada en 2009 en el Reino Unido<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> <http://observatorio.cisde.es/?p=7476#more-7476> Ello ha llevado a la Unión Europea junio 12, 2013 Redacción. «La Comisión Europea ha expresado su preocupación por las recientes informaciones que han sacado a la luz los programas de espionaje a gran escala que está llevando a cabo el Gobierno de los Estados Unidos, y que también afecta a ciudadanos de la Unión Europea, y ha puesto en la lista de prioridades de la Comisión la regulación en la materia, ya que la regulación actual es “*desigual*” para los ciudadanos comunitarios y los estadounidenses. Sirva como ejemplo que un ciudadano estadounidense que considere violada su privacidad puede reclamar ante las autoridades europeas, mientras un europeo no puede hacer lo mismo frente la administración estadounidense».

<sup>8</sup> <http://observatorio.cisde.es/?p=7546> junio 17, 2013 Redacción. «Según ha publicado el diario británico «The Guardian» en su página web, el Gobierno del Reino Unido ordenó a sus servicios de inteligencia espionar a los delegados de las cumbres del G-20 en 2009, y también planeaba hacerlo en la cumbre de Commonwealth que se celebró en Trinidad ese mismo año».

Pero libertad, se reitera, no puede significar impunidad. Y ello incluso viene reconocido no solo por los gobiernos y autoridades de los diversos estados, sino incluso por las organizaciones y organismos supranacionales e internacionales como la Unión Europea (UE), el Consejo de Europa, o la ONU. De ello sirve de ejemplo en el marco de la UE, los dictámenes y comunicaciones elaborados sobre los delitos informáticos<sup>9</sup> o sobre la protección de la infancia en Internet, en los que se han expuesto los principios esenciales que respaldan la lucha contra el uso de Internet con fines delictivos o criminales, y en los que aun rechazando la censura, la vigilancia generalizada y los obstáculos a la libertad de expresión y comunicación en la red global se afirma categóricamente que *«la red Internet no está al margen de la ley»*.

En tales términos se han orientado las reformas legislativas, sobre todo las penales, en torno al ámbito económico patrimonial y a la protección de la intimidad y de los datos personales, siendo a este último ámbito al que mayor preponderancia se le ha dado por las legislaciones internas de los Estados miembros de la UE y los del Consejo de Europa, y su consideración como objetivos prioritarios, frente al Derecho anglosajón que ha incidido más en el económico patrimonial.

## 2. CONCEPTO DE DELITO INFORMÁTICO

Siguiendo el criterio de VELASCO NUÑEZ<sup>10</sup>, y teniendo, especialmente, en cuenta su adaptación al objeto de la ponencia utilizaremos un concepto amplio de delitos informáticos, incluyendo tanto el delito tradicional cometido a través de ordenador o Internet (injurias a través de correo electrónico, venta de droga, extorsión o amenazas vehiculizadas a través de Internet, etc.), como el propiamente tal, delito contra la informática —por atacar los datos o sistemas informáticos o las vías telemáticas de comunicación, especialmente a través de Internet—, ya sea bloqueando sistemas (ataques de denegación de servicio o DDoS), destruyendo programas, dañando dispositivos de almacenamiento, alteran-

---

<sup>9</sup> Así el dictamen del Comité Económico y Social sobre la *«Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la Creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de la seguridad de las infraestructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos»* —Europe 2002— (CES 115/2001).

<sup>10</sup> VELASCO NUÑEZ, E., *«Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones Procesales»*. La Ley-Actualidad, 2010.



do datos (fraude), destruyéndolos (sabotaje) o usándolos ilícitamente (piratería, espionaje).

Junto a este concepto meramente instrumental, usaremos igualmente el de delitos telemáticos, tratando de agrupar aquellos delitos que en parte o en el todo se desarrollan a través de las nuevas tecnologías.

### 3. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS

#### 3.1. CLASIFICACIÓN TRIPARTITA

Para delimitar mejor las conductas incluíbles en este concepto tan amplio, que hemos ofrecido, parece adecuado desde el punto de vista expositivo utilizar, la muy extendida clasificación tripartita de los delitos informáticos que se expondrá a continuación:

##### **3.1.1 Ciberdelincuencia económica**

Delitos económico-patrimoniales vinculados a la informática.

Se trata de ataques a bienes jurídicos patrimoniales ajenos, vehiculizados a través de la informática, siempre realizados con la intención, por cualquier medio, de consumir apoderamientos o beneficios económicamente evaluables sobre el patrimonio de terceras personas. Constituyen la mayor parte de los delitos informáticos que se denuncian. En nuestro Código Penal principalmente son: el robo inutilizando sistemas de guardia criptográfica, la estafa informática, la defraudación de telecomunicaciones informáticas, el uso no autorizado de terminales informáticos, daños informáticos, estragos informáticos, contra la propiedad intelectual o industrial informática, espionaje informático de secretos de empresa, publicidad engañosa, manipulaciones en aparatos en perjuicio del consumidor, contra el mercado informático, blanqueo informático de capitales y falsedad documental en soporte electrónico.

##### **3.1.2. Ciberdelincuencia intrusiva**

Atentados por medios informáticos contra la intimidad y la privacidad: se trata de los ataques al bien jurídico privacidad como un concepto que incluyendo el de intimidad, va más allá, pues abarca todas las modalidades

protegidas en el art. 18 CE (el honor, la intimidad personal, la familiar, la propia imagen, el domicilio, el secreto de las comunicaciones o el uso correcto de la informática).

Suponen una cuarta parte de los delitos que se denuncian y, entre otros, se encuentran tipificados en el Código Penal las amenazas y coacciones informáticas, la distribución de material pornográfico y pornografía infantil, el descubrimiento y revelación de secretos, las injurias y calumnias informáticas y la cesión no consentida de datos ajenos.

### 3.1.3. Ciberespionaje y Ciberterrorismo

Ataques por medios informáticos contra intereses supraindividuales: se trata de los ataques más graves, que afectan indiscriminadamente a intereses generales de la población, con la intención de crear pánico y terror, para subvertir el sistema político o de convivencia generalmente aceptado.

Apenas tiene incidencia estadística, pero su realización, por afectar a la población en general, genera una alta intranquilidad y desasosiego.

También podríamos incluir dentro de este grupo, conforme a nuestro Código Penal, la usurpación de funciones públicas, la incitación al odio o el descubrimiento y revelación de secretos relativos a la defensa nacional.

## 3.2. INSTRUCCIÓN 2/2011, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Junto a la clasificación expuesta expondremos por su interés, y por ser la que seguiremos al analizar los tipos penales militares incluíbles dentro de este concepto, la ofrecida en la Instrucción 2/2011, de la Fiscalía General del Estado, *«Sobre el Fiscal de Sala de Criminalidad Informática de las Fiscalías»* de 11 de octubre de 2011 al delimitar el marco competencial del Fiscal de Sala coordinador para la criminalidad informática. Esta, meramente instrumental, cuya adopción explica la propia Instrucción<sup>11</sup> es la que

---

<sup>11</sup> *«Efectivamente junto a tipos penales a través de los cuales el legislador ha protegido específicamente la seguridad de los datos, programas y/o sistemas informáticos, existen otras conductas ilícitas que, afectando a los más diversos bienes jurídicos, se planifican y ejecutan aprovechando las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías de la sociedad de la información y que presentan por tanto, a los efectos de su investigación y/o enjuiciamiento singularidades y dificultades similares a las de los primeramente indicados».* Estas serán incluíbles: *«cuando, en los indicados supuestos, la utilización de dichas tecnologías resulte ser determinante en el desarrollo de la actividad delictiva y/o dicha circunstancia implique una elevada complejidad en la dinámica comisiva y, en consecuencia, una mayor dificultad en la investigación del hecho e identificación de sus responsables. Todas estas*

sigue, relacionándola con su calificación jurídica penal en el actual Código Penal, tras las modificaciones operadas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que adaptaremos a las introducidas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que tipifica, específicamente, numerosas conductas relacionadas con esta materia:

### **3.2.1. Delitos en los que el objeto de la actividad delictiva son los propios sistemas informáticos o las TIC**

– Delitos de daños, sabotaje informático y ataques de denegación de servicios previstos y penados en el artículo 264 a 264 quater y concordantes del Código Penal.

– Delitos de acceso sin autorización a datos, programas o sistemas informáticos previstos y penados en el artículo 197 bis del Código Penal.

– Delitos de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197 del Código Penal cometidos a través de las TIC o cuyo objeto sean datos que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos electrónicos o telemáticos.

– Delitos de descubrimiento y revelación de secretos de empresa previstos y penados en el artículo 278 del Código Penal cometidos a través de las TIC o cuyo objeto sean datos que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos o electrónicos.

– Delitos contra los servicios de radiodifusión e interactivos previstos y penados en el artículo 286 del Código Penal.

### **3.2.2. Delitos en los que la actividad criminal se sirve para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TIC**

– Delitos de estafa previstos y penados en el artículo 248.2 a) b) y c) del Código Penal, siempre que, en los supuestos a) y c) se utilicen las TIC para llevar a efecto la transferencia u operación de cualquier tipo en perjuicio de otro.

---

*circunstancias determinan que el catálogo inicial de delitos a los que se extiende el marco competencial del área de criminalidad informática... quede necesariamente abierto a la posibilidad de hacerse extensivo a otras conductas cuando concurren las circunstancias antedichas que deberán ser analizadas en el momento oportuno». Instrucción 2/2011, de la Fiscalía General del estado, «Sobre el Fiscal de Sala de Criminalidad Informática de las Fiscalías» de 11 de octubre de 2011.*

– Delitos de acoso a menores de 13 años, «*child grooming*», previstos y penados en el artículo 183 bis a 183 quater del Código Penal cuando se lleve a efecto a través de las TIC.

– Delitos de corrupción de menores o de personas discapacitadas o relativas a pornografía infantil o referida a personas discapacitadas previstos y penados en el artículo 189 del Código Penal cuando para el desarrollo y/o ejecución de la actividad delictiva se utilicen las TIC.

– Delitos contra la propiedad intelectual de los artículos 270 y ss. del Código Penal cuando se cometan utilizando las TIC.

### **3.2.3. Delitos en los que la actividad criminal, además de servirse para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TIC, entraña especial complejidad en su investigación que demanda conocimientos específicos en la materia**

– Delitos de falsificación documental de los artículos 390 y ss. del Código Penal cuando para la ejecución del delito se hubieran empleado las TIC siempre que dicha circunstancia fuera determinante en la actividad delictiva y generara especial complejidad técnica en la investigación criminal.

– Delitos de injurias y calumnias contra funcionario público, autoridad o agente de la misma previstos y penados en los artículos 205 y ss. del Código Penal cometidos a través de las TIC siempre que dicha circunstancia fuera determinante en la actividad delictiva y generara especial complejidad en la investigación criminal.

– Delitos de amenazas y coacciones previstos y penados en los artículos 169 y ss. del Código Penal cometidos a través de las TIC siempre que dicha circunstancia fuera determinante en la actividad delictiva y generara especial complejidad en la investigación criminal.

– Delitos contra la integridad moral previstos y penados en el artículo 173.1 del Código Penal cometidos a través de las TIC siempre que dicha circunstancia fuera determinante en la actividad delictiva y generara especial complejidad en la investigación criminal.

– Delitos de apología o incitación a la discriminación, el odio y la violencia o de negación o justificación de los delitos de genocidio previstos y penados en los artículos 510 y 510 bis del Código Penal cometidos a través de las TIC siempre que dicha circunstancia fuera determinante en la actividad delictiva y generara especial complejidad en la investigación criminal.

– Cualquier otro tipo delictivo en cuya ejecución haya sido determinante la utilización de las TIC y en los que dicha circunstancia genere una especial complejidad en la investigación criminal.

#### 4. LA ESPECIALIZACIÓN: REQUISITO PREVIO

El primer rasgo que destaca al afrontar los problemas que plantea la delincuencia informática es la necesidad de poseer un conocimiento especializado para llevar a buen término su investigación. En el ámbito del derecho procesal y de la obtención de pruebas de la comisión de delitos, no solo los delitos informáticos *stricto sensu* se persiguen investigando en dicho entorno, sino que muchos otros delitos también pueden dejar rastros o pruebas en el entorno electrónico, telemático o virtual. Y para realizar investigaciones con fines penales en un entorno electrónico, son necesarios conocimientos técnicos especializados, procedimientos adecuados y facultades legales suficientes.

Muchos Estados, entre ellos el nuestro, han creado departamentos policiales especializados en delincuencia informática —tanto el Cuerpo de Policía Nacional, como la Guardia Civil, entre otros, cuentan con ellos<sup>12</sup>— y fiscales especializados en delitos informáticos, como hemos visto. Incluso, en algunos países, se han preparado diversos manuales con instrucciones técnicas, forenses y de procedimiento sobre la manera de llevar a cabo una investigación para reducir la pérdida de pruebas y garantizar la admisibilidad de estas ante los tribunales.

Algunos departamentos policiales nacionales «patrullan» por Internet, y se han creado programas informáticos específicos para detectar delitos como la piratería informática o la distribución de pornografía infantil, y, dado el enorme volumen de información que contienen las redes telemáticas internacionales, parece indispensable elaborar este tipo de programas informáticos.

Las peculiaridades que más se han puesto de manifiesto, con la progresiva utilización de Internet, desde el punto de vista del ámbito de la prueba, acrecentando consecuentemente la peculiaridad de dificultad en su averiguación y descubrimiento son, en primer lugar, no solo el carácter intangible de los datos y de la información que contienen, sino el carácter

---

<sup>12</sup> Brigada de Investigación Tecnológica de Cuerpo Nacional de Policía, Equipo de Investigación Tecnológica de la Guardia Civil y Unidad de Delitos Informáticos de Mossos d'Esquadra.

eminentemente volátil de los mismos al contenerse en un espacio virtual y en un sistema de continua transferencia y transmisión que permite su supresión, alteración, transformación u ocultación en cualquier momento, con serias dificultades incluso para lograr su conservación o almacenamiento en un soporte, no ya documental ordinario, sino al menos electromagnético. Pero es que aún en este caso, la sencilla falta de visualización de los datos almacenados electromagnéticamente ya dificulta de forma considerable la acreditación del ilícito, pues cualquiera que quisiera comprobarlos y revisarlos, no puede hacerlo directamente sobre los datos que le interesan, sino que siempre debe acudir a los términos del ordenador y a las comunicaciones a través de la pantalla, que, además, pueden haber sido objeto de manipulación.

Además, el distanciamiento temporal y espacial. Internet ha acrecentado el grado de posibilidad de separación temporal entre la comisión de la inicial acción ilícita por el sujeto activo y su materialización final con la obtención del resultado o los efectos perjudiciales o lesivos de la misma. Por otro lado, la característica del distanciamiento espacial, esto es, el que el sujeto se encuentre físicamente distante no solo del lugar donde se materializan los efectos de su comportamiento ilícito, sino incluso de aquel, en donde se encuentra el equipo o terminal informática, desde el que se «lanza» o materializa la acción ilícita, o el servidor que da el acceso a la red a tal acción realizada por el equipo o terminal a instrucción del sujeto activo responsable material. Y todo ello ha dado lugar a serios conflictos competenciales.

## 5. PRINCIPAL NORMATIVA EN LA MATERÍA

### 5.1. EL CONVENIO SOBRE CIBERDELINCUENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA

Los diversos gobiernos nacionales y organismos internacionales trabajan en diversos ámbitos dirigidos a obtener tratados y convenios globales sobre los delitos informáticos. Como exponente más importante de esta tarea cabe destacar en el marco del Consejo de Europa, el *Convenio sobre la Ciberdelincuencia* del Consejo de Europa, suscrito, a fecha de hoy, por 47 Estados, algunos de ellos como EE. UU., Canadá, la República de Sudáfrica, Australia o Japón, no pertenecientes al Consejo de Europa, y abierto a su ratificación en Budapest, Hungría, el 23 de noviembre de 2001. Dicho Convenio que entró en vigor para España, tras su ratificación, el 10 de octubre de 2010, constituye un hito en la lucha coordinada y eficaz contra este tipo de conductas. Siendo el primer instrumento multilateral dirigido a sentar las

bases para afrontar los problemas planteados por la expansión de la actividad criminal en las redes informáticas y telemáticas.

Con carácter general, hemos de hacer las siguientes precisiones:

5.1.1. En el **ámbito de la prueba** partiendo de la base de que la investigación de la cibercriminalidad se lleva a cabo en un medio particularmente volátil, ya el primer título, dedicado a las disposiciones generales, en su artículo 14, al referirse al alcance de las disposiciones procesales, sostiene en su apartado 2, c, la obligación para cada parte de adoptar las medidas necesarias, incluso legislativas, para regular la obtención de pruebas en forma electrónica de un ilícito penal. Y el artículo 15, prevé las condiciones y reservas a efectuar en este ámbito procesal por los Estados firmantes a tenor de sus respectivas legislaciones internas en orden a preservar y respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como el principio de proporcionalidad.

5.1.2. La intención del Convenio es **adaptar las medidas procesales tradicionales**, como el registro y comiso, al nuevo medio tecnológico de la telemática, si bien crea nuevas medidas como la inmediata conservación de datos, en orden a asegurar las tradicionales medidas de almacenamiento, o el registro y comiso de datos, de modo que permanezcan efectivos en este ambiente eminentemente volátil. Reconociendo incluso que los datos en el ámbito de las nuevas tecnologías, informática y telemática, no son siempre elementos estáticos, sino que fluyen en el proceso de la comunicación, el Convenio adapta a tal finalidad otros procedimientos tradicionales de obtención de pruebas en las telecomunicaciones, como la obtención e interceptación en tiempo real de datos de tráfico o de contenido. Y todo ello con la finalidad de permitir la obtención o almacenamiento de datos en una investigación o procedimiento criminal. Claro está que en todos los artículos de esta Sección, viene de continuo la referencia a «*las autoridades competentes y poderes*» el que deban garantizar las medidas y procedimientos señalados para fines de investigaciones y procedimientos específicamente criminales. Y como en muchos países del Consejo de Europa solo los órganos judiciales tienen la facultad de ordenar o autorizar el almacenamiento o creación de pruebas, mientras que en otros tal capacidad o facultad les viene concedida asimismo a los Fiscales o a autoridades gubernativas, incluso administrativas, tal término conceptual comprende a toda aquella autoridad que por su legislación nacional tiene la capacidad de ordenar, autorizar o acordar la ejecución de medidas procesales de ob-

tención, almacenamiento y creación de pruebas en el marco de investigaciones o procedimientos específicamente criminales.

## 5.2. EL CÓDIGO PENAL

Las reformas más importantes, en lo que nos afecta, han sido las modificaciones del **Código Penal**, introducidas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que tipifican específicamente, determinadas conductas relacionadas con la materia a las que ya hemos hecho referencia anteriormente y que sintetizaremos en la siguiente clasificación:

### 5.2.1. Ciberdelincuencia económica

Art. 238.5 CP. Robo inutilizando sistemas de guardia criptográfica.

Art. 248.2 CP. Estafa informática, en su doble modalidad de:

– Estafa por ingeniería social: a través del engaño a personas (*phishing*, cartas nigerianas, estafas de ONG, timo del Gordo, ventas de segunda mano, falsas subasta e-Bay, etc.).

– Estafa por ingeniería informática: a través de manipulación informática o artificio semejante.

Art. 255 CP. Defraudación de telecomunicaciones informáticas.

Art. 256 CP. Hurto de tiempo informático, o uso no autorizado de terminales informáticos.

Arts. 264 y ss. CP. Virus o daños informáticos, cuando se produce sobre datos. Cuando los daños persiguen a los sistemas informáticos (no a los datos en sí mismo) estamos ante un *sabotaje informático* que se castiga, también, como delito de estragos, art. 346 CP, o si fuera con intencionalidad terrorista, mediante el art. 571 CP.

Art. 270.3 CP. Contra la propiedad intelectual informática, en cualquiera de sus modalidades creativas (protección penal de los derechos de autor) y 271 CP.

Arts. 273 a 276 CP. Contra la propiedad industrial, con protección penal.

Arts. 278 a 280 CP. Espionaje informático de secretos de empresa.

Art. 282 CP. Publicidad engañosa.

Art. 283 CP. Manipulaciones en aparatos en perjuicio del consumidor.

Art. 286 CP. Contra el mercado informático.



Art. 298 CP. Recepción de cableado, equipos o componentes... de servicios de telecomunicaciones.

Art. 301 CP. Blanqueo informático de capitales.

Art. 390 CP. Falsedad documental, cuando el soporte sea de naturaleza informática.

### **5.2.2. Ciberdelincuencia intrusiva**

Arts. 169 y 172 CP. Amenazas y coacciones informáticas.

Art. 183 ter. CP. Utilizar internet, teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación para contactar con un menor a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189 o realizar actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor.

Arts. 186 a 189 CP. Distribución de material pornográfico y pornografía infantil.

Arts. 197 a 200 CP. Descubrimiento y revelación de secretos, que es el delito informático intrusivo por excelencia.

Arts. 205 a 216 CP. Injurias y calumnias informáticas, con el art. 211 que las reputa hechas con publicidad en atención al medio por el que se propagan.

Arts. 417, 418 y 423 CP. Cesión no consentida de datos ajenos, a través de la infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos para su venta, hecha por empleado público, que la tiene funcionalmente prohibida.

### **5.2.3. Ciberterrorismo y Ciberespionaje**

Art. 402 CP. Usurpación de funciones públicas mediante correo electrónico.

Arts. 598 y 603 CP. Descubrimiento y revelación de secretos relativos a la defensa nacional.

5.3. LEY 25/2007, DE «CONSERVACIÓN DE DATOS RELATIVOS A LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y A LAS REDES PÚBLICAS DE COMUNICACIONES»

La ley es respetuosa con los pronunciamientos que, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, ha venido emitiendo el Tribunal Constitucional, articulándolo a través de dos garantías: en primer lugar, que los datos sobre los que se establece la obligación de conservación son datos exclusivamente vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet, pero en ningún caso reveladores del contenido de esta; y, en segundo lugar, que la cesión de tales datos que afecten a una comunicación o comunicaciones concretas, exigirá, siempre, la autorización judicial previa.

Enumera en su artículo 3, de manera precisa y detallada, el listado de datos que quedan sujetos a la obligación de conservación en el marco de las comunicaciones por telefonía fija, móvil o Internet<sup>13</sup>, e incluye dentro de su ámbito de aplicación los datos necesarios para identificar el origen y

---

<sup>13</sup> Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Artículo 3 *Datos objeto de conservación*

1. Los datos que deben conservarse por los operadores especificados en el artículo 2 de esta ley, son los siguientes:

a) *Datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación:*

1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:

- i) Número de teléfono de llamada.
- ii) Nombre y dirección del abonado o usuario registrado.

2.º Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:

- i) La identificación de usuario asignada.
- ii) La identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía.
- iii) El nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono.

b) *Datos necesarios para identificar el destino de una comunicación:*

1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:

- i) El número o números marcados (el número o números de teléfono de destino) y, en aquellos casos en que intervengan otros servicios, como el desvío o la transferencia de llamadas, el número o números hacia los que se transfieren las llamadas.
- ii) Los nombres y las direcciones de los abonados o usuarios registrados.

2.º Con respecto al correo electrónico por Internet y la telefonía por Internet:

- i) La identificación de usuario o el número de teléfono del destinatario o de los destinatarios de una llamada telefónica por Internet.
- ii) Los nombres y direcciones de los abonados o usuarios registrados y la identificación de usuario del destinatario de la comunicación.

c) *Datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de una comunicación:*

destino de la comunicación, así como la identidad de los usuarios o abonados de ambos (nombre y dirección), los que permiten determinar el mo-

- 
- 1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: la fecha y hora del comienzo y fin de la llamada o, en su caso, del servicio de mensajería o del servicio multimedia.
  - 2.º Con respecto al acceso a Internet, al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet:
    - i) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a Internet registradas, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección del Protocolo Internet, ya sea dinámica o estática, asignada por el proveedor de acceso a Internet a una comunicación, y la identificación de usuario o del abonado o del usuario registrado.
    - ii) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de correo electrónico por Internet o del servicio de telefonía por Internet, basadas en un determinado huso horario.
- d) Datos necesarios para identificar el tipo de comunicación:*
- 1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: el servicio telefónico utilizado: tipo de llamada (transmisión de voz, buzón vocal, conferencia, datos), servicios suplementarios (incluido el reenvío o transferencia de llamadas) o servicios de mensajería o multimedia empleados (incluidos los servicios de mensajes cortos, servicios multimedia avanzados y servicios multimedia).
  - 2.º Con respecto al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet: el servicio de Internet utilizado.
- e) Datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación:*
- 1.º Con respecto a la telefonía de red fija: los números de teléfono de origen y de destino.
  - 2.º Con respecto a la telefonía móvil:
    - i) Los números de teléfono de origen y destino.
    - ii) La identidad internacional del abonado móvil (IMSI) de la parte que efectúa la llamada.
    - iii) La identidad internacional del equipo móvil (IMEI) de la parte que efectúa la llamada.
    - iv) La IMSI de la parte que recibe la llamada.
    - v) La IMEI de la parte que recibe la llamada.
    - vi) En el caso de los servicios anónimos de pago por adelantado, tales como los servicios con tarjetas prepago, fecha y hora de la primera activación del servicio y la etiqueta de localización (el identificador de celda) desde la que se haya activado el servicio.
  - 3.º Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:
    - i) El número de teléfono de origen en caso de acceso mediante marcado de números.
    - ii) La línea digital de abonado (DSL) u otro punto terminal identificador del autor de la comunicación.
- f) Datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil:*
- 1.º La etiqueta de localización (identificador de celda) al inicio de la comunicación.
  - 2.º Los datos que permiten fijar la localización geográfica de la celda, mediante referencia a la etiqueta de localización, durante el período en el que se conservan los datos de las comunicaciones.
2. Ningún dato que revele el contenido de la comunicación podrá conservarse en virtud de esta ley.

mento y duración, el tipo de servicio y el equipo de comunicación utilizado por los usuarios que, cuando se trate de un equipo móvil, también abarcará los datos necesarios para su localización. Todos estos datos deberán conservarse doce meses, computados desde la fecha en la que se produjo la comunicación, no pudiéndose conservar ningún otro que pudiera revelar el contenido de la misma.

En todo caso, la cesión de tales datos por las operadoras se subordina conforme al art. 1.1 de la ley a «*la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales*». En definitiva, con el marco jurídico vigente, toda investigación policial o del Ministerio Fiscal para el esclarecimiento de un hecho delictivo que requiera la cesión de alguno de los datos almacenados por las operadoras necesitará autorización del Juez de Instrucción<sup>14</sup>.

#### 5.4. LEY ORGÁNICA 13/2015, DE «*MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA*»

Constituye un hito en la regulación procesal de la materia pues como explica en su exposición de motivos: «*La Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. Renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos. Los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros*».

Los principios en que se basa la reforma aparecen recogidos en el nuevo artículo 588 bis a. «**Principios rectores.** 1. *Durante la instrucción de las*

---

<sup>14</sup> Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010 «*es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo*». Así, el Ministerio Fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre.

*causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de **especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida**. 2. El principio de **especialidad** exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto... 3. El principio de **idoneidad** servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad. 4. En aplicación de los principios de **excepcionalidad y necesidad** solo podrá acordarse la medida: a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida. 5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán **proporcionadas** cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho».*

La ley establece en materia de *intervención de comunicaciones telefónicas y telemáticas* un criterio más amplio que el antes expuesto, así dispone, en su artículo 588 ter. a. **«Presupuestos. La autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.<sup>15</sup> de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación»**. Enumeración basada, principalmente, en el medio empleado para la comisión del delito, que, a nuestro juicio, deberemos conjugar, a la hora de aplicarla con los *principios rectores* enunciados en el artículo 588 bis a., recogidos en el párrafo precedente.

---

<sup>15</sup> «Artículo 579. ... 1.º Delitos dolosos castigados con **pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión**. 2.º Delitos cometidos en el seno de un **grupo u organización criminal**. 3.º Delitos de **terrorismo**».

Respecto a la incorporación al proceso de los *datos electrónicos de tráfico o asociados*, la reforma acoge el criterio fijado por la Ley 25/2007, exigencia de autorización judicial para su cesión, su incorporación al proceso solo se autoriza cuando se trate de la investigación de un delito que, por razones vinculadas al principio de proporcionalidad, sea de los que justifican el sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones. Se da un tratamiento jurídico individualizado al acceso por agentes de policía al IMSI, IMEI, dirección IP y otros elementos de identificación de una determinada tarjeta o terminal, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. También se regula el supuesto de la cesión de datos desvinculados de los procesos de comunicación concernientes a la titularidad o identificación de un dispositivo electrónico, a los que podrá acceder el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial en el ejercicio de sus funciones sin necesidad de autorización judicial.

Establece, asimismo, la citada ley en su artículo 588 ter. e.) el denominado «**Deber de colaboración**. 1. Todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones. 2. Los sujetos requeridos para prestar colaboración tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades. 3. Los sujetos obligados que incumplieren los anteriores deberes podrán incurrir en delito de desobediencia».

Por último, señalar que la ley introduce, una pluralidad de medios de investigación, entre ellos el agente encubierto informático<sup>16</sup>, o el registro remoto sobre equipos informáticos que facilitaran, notablemente, la investigación de los delitos cometidos mediante el uso de las TIC, regulando, asimismo, los requisitos materiales y formales que les son de aplicación.

---

<sup>16</sup> De una parte se prevé la posibilidad de que los agentes encubiertos puedan obtener imágenes y grabar conversaciones, siempre que recaben específicamente una autorización judicial para ello; y de otra, se regula la figura del agente encubierto informático, que requiere autorización judicial para actuar en canales cerrados de comunicación (puesto que en los canales abiertos, por su propia naturaleza, no es necesaria) y que a su vez, requerirá una autorización especial para intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación.

## 6. EL CÓDIGO PENAL MILITAR DE 2015

La Ley Orgánica 15/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar (en adelante CPM), entró en vigor el 15 de enero de 2016, conforme establece su disposición final octava. A diferencia de su predecesor, CPM 1985, recoge delitos, genuinamente, informáticos, principalmente, mediante remisión a su regulación en el Código Penal (*delitos en los que el objeto de la actividad delictiva son los propios sistemas informáticos o las TIC*). Junto a ellos, nos encontraremos, siguiendo el criterio amplio que hemos adoptado (el contenido en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2011), que habrán de incluirse:

– *aquellos en los que la actividad criminal se sirve para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TIC.;*

– *aquellos en los que la actividad criminal, además de servirse para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TIC, entraña especial complejidad en su investigación que demanda conocimientos específicos en la materia;*

– *cualquier otro tipo delictivo en cuya ejecución haya sido determinante la utilización de las TIC y en los que dicha circunstancia genere una especial complejidad en la investigación criminal.*

Examinaremos algunas de las conductas descritas en los tipos contenidos en el CPM, para delimitar si cumplirían alguno de los criterios adelantados, a fin de incluirlos dentro de la categoría de delitos informáticos, así:

### 6.1. TIPOS PENALES MÁS RELEVANTES

Con arreglo a la experiencia acumulada, en la aplicación del antiguo CPM, el núcleo fundamental de delitos cometidos a través de las TIC en el ámbito de la Jurisdicción Militar se centraría en los siguientes preceptos:

#### **6.1.1. *Atentados contra los medios o recursos de la Seguridad o Defensa Nacionales***

Dentro del **TÍTULO I. Delitos contra la seguridad y defensa nacionales**

##### ***Artículo 27***

*El militar que, con el propósito de atentar contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales, cometiere alguno de*

*los delitos previstos en los **artículos 264 a 266** del Código Penal será castigado con la pena de ocho a veinticinco años. la misma pena se impondrá al que cometiere este delito en situación de conflicto armado o estado de sitio, cuando no tenga la condición militar.*

Las conductas que aparecen citadas en dichos preceptos, del Código Penal, son, entre otras: los delitos de **daños, sabotaje informático y ataques de denegación de servicios** previstos y penados en los artículos 264, 264 bis y 264 ter, que contendrían los siguientes supuestos:

*Borrado, daño, deterioro, alteración, supresión o hacer inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, con o sin afección al sistema informático de una infraestructura crítica o creación de una situación de peligro grave para la seguridad del Estado, de la Unión Europea o de un Estado Miembro de la Unión Europea.*

*O, sin estar debidamente autorizado, obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema informático ajeno: a) realizando alguna de las conductas a que se refiere el artículo anterior; b) introduciendo o transmitiendo datos; o c) destruyendo, dañando, inutilizando, eliminando o sustituyendo un sistema informático, telemático o de almacenamiento de información electrónica.*

*O, producir, adquirir para su uso, importar o, de cualquier modo, facilitar a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores: a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores; o b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información.*

Quedará excluida la aplicación del Código Penal Militar a los supuestos contenidos en el artículo 264 quater, al no ser aplicable, en esencia, a la persona jurídica responsable la condición de «militar», que exige para el autor el artículo 27 CPM.

Tampoco, serán aplicables los preceptos castrenses, en el caso de que no hallemos ante un delito de terrorismo del artículo 573 del Código Penal<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> **Artículo 573. 1.** *Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico*



### **6.1.2 Espionaje y revelación secretos o informaciones relativas a la Seguridad Nacional o Defensa Nacional**

Incluiremos aquí los contenidos en el artículo 26 CPM.

*«El militar que cometiere cualquiera de los delitos previstos en los artículos 277 ó 598 a 603 del Código Penal será castigado con la pena superior en grado a la establecida en el mismo. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena superior en uno o dos grados.*

*Si estos delitos se cometieren en situación de conflicto armado o estado de sitio por quien no tenga la condición militar, se castigarán con la pena superior en grado a la prevista en el Código Penal».*

La referencia comprende los siguientes artículos:

#### **Artículo 277**

*Será castigado... el que intencionadamente haya divulgado la invención objeto de una solicitud de patente secreta, en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes, siempre que ello sea en perjuicio de la defensa nacional.*

*Del descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional*

#### **Artículo 598**

*El que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, se procurare, revelar, falsear o inutilizar información legalmente calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad*

---

*y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:*

- 1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.*
- 2.ª Alterar gravemente la paz pública.*
- 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.*
- 4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.*

*2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior ...*

***nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar...***

***Artículo 599***

*La pena establecida en el artículo anterior se aplicará en su mitad superior cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

*1.º Que el sujeto activo sea depositario o conocedor del secreto o información por razón de su cargo o destino.*

*2.º Que la revelación consistiera en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social o de forma que asegure su difusión.*

***Artículo 600***

*1.º El que sin autorización expresa reprodujere planos o documentación referentes a zonas, instalaciones o materiales militares que sean de acceso restringido y cuyo conocimiento esté protegido y reservado por una información legalmente calificada como reservada o secreta...*

*2.º ...el que tenga en su poder objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta, relativos a la seguridad o a la defensa nacional, sin cumplir las disposiciones establecidas en la legislación vigente.*

***Artículo 601***

*El que, por razón de su cargo, comisión o servicio, tenga en su poder o conozca oficialmente objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta o de interés militar, relativos a la seguridad nacional o la defensa nacional, y por imprudencia grave dé lugar a que sean conocidos por persona no autorizada o divulgados, publicados o inutilizados...*

***Artículo 602***

*El que descubriere, violare, revelare, sustrajere o utilizare información legalmente calificada como reservada o secreta relacionada con la energía nuclear....*

### **Artículo 603**

***El que destruyere, inutilizare, falseare o abriere sin autorización la correspondencia o documentación legalmente calificada como reservada o secreta, relacionadas con la defensa nacional y que tenga en su poder por razones de su cargo o destino...***

Los preceptos citados, cuyo contenido es más amplio que el que recogían los artículos 53 a 56 y 116 del CPM 1985, dan protección a información clasificada, relativa a la seguridad nacional o defensa nacional, lo que nos conduce a la normativa que regula los secretos oficiales, Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de los secretos oficiales, modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre y su Reglamento aprobado por Decreto 242/1969, de 20 de febrero. Cuya anunciada reforma no termina de llegar, pese a su inadaptación al momento actual.

En el ámbito del Ministerio de Defensa es importante hacer referencia a la hora de determinar la gravedad de las conductas a las normas sobre materias clasificadas, bien jurídico protegido por los preceptos indicado. En efecto; de acuerdo con la normativa actualmente vigente en esta materia, concretamente el apartado sexto, punto 4, del texto por el que se regula la vigente Política de Seguridad de la Información del Ministerio de Defensa, aprobado por Orden Ministerial 76/2006, de 19 de julio, y desarrollado por la Instrucción 41/2010, de 7 de julio, del secretario de Estado de Defensa, cabe distinguir entre los documentos militares: clasificados y los no clasificados. Respecto a los primeros, existen cuatro grados de clasificación: 1) *SECRETO*, 2) *RESERVADO*, 3) *CONFIDENCIAL* y 4) *DIFUSIÓN LIMITADA*. Los numerados 1) y 2), para «materias clasificadas» en sentido estricto, cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueden dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado; y los grados 3) y 4), referidos «materias objeto de reserva interna», cuyo conocimiento por personas no autorizadas pudiera afectar a la seguridad del Ministerio de Defensa, amenazar sus intereses o dificultar el cumplimiento de su misión. Por su parte, la información no clasificada puede ser dividida, dependiendo de su ámbito de distribución, en dos categorías: 1) Información de *USO OFICIAL*, cuya distribución está limitada al ámbito del Ministerio de Defensa, o a personas u organismos que desempeñen actividades relacionadas con el mismo; y 2) información de *USO PÚBLICO*, cuya distribución no está limitada.

La «*Información de USO OFICIAL*», si bien es cierto que no está «clasificada» y no lleva sello, marca o distintivo alguno, puesto que solo la clasificada lo lleva, no puede al no tratarse de «*Información de USO PÚBLICO*», ser difundido de manera indiscriminada en una

web abierta en la que cualquier individuo puede entrar desde un ordenador portátil en cualquier parte del mundo y navegar libremente por ella (otra cosa, como es lógico, es la utilización de MESINCET a través de la red INTRANET de los Cuarteles Generales o del propio Ministerio de Defensa, solo accesible a través de ordenadores enlazados mediante servidor oficial y con las debidas restricciones y controles de seguridad: identificación con IP y contraseña de cada usuario autorizado, entre otras). Dice a este respecto la Orden Ministerial, anteriormente citada, en su apartado séptimo, punto 1, que *«para el acceso a información clasificada de DIFUSIÓN LIMITADA o inferior [que es el supuesto de la no clasificada], no se requerirá habilitación personal de seguridad específica. Se permitirá el acceso cuando “la persona sea conocedora de sus responsabilidades, y tenga necesidad de conocer dicha información para el desempeño de sus cometidos oficiales»*<sup>18</sup>.

La exigencia de la obligada discreción aparece reforzada por la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, *«de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas»*, que se ocupa en su artículo 21 del *«Deber de reserva»*, estableciendo que:

*«1. El militar está sujeto a la legislación general sobre secretos oficiales y materias clasificadas.*

*2. Guardará la debida discreción sobre hechos o datos no clasificados relativos al servicio de los que haya tenido conocimiento por su cargo o función, sin que pueda difundirlos por ningún medio ni hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros o en perjuicio del interés público, especialmente de las Fuerzas Armadas».*

---

<sup>18</sup> Auto de fecha 7 de septiembre de 2010, del Juzgado Togado Central n.º1 en Diligencias Previa 1/05/10, que acuerda el archivo de las actuaciones *«En definitiva, el documento en cuestión no debió nunca ser volcado en una web pública, ni siquiera de una Asociación de Suboficiales cuyos miembros, como profesionales de la milicia, pudieran justificar su interés por conocer los informes, escritos, notas o documentos que allí se contienen, puesto que tal Asociación privada no está, como entidad con personalidad jurídica propia, entre los destinatarios del “Mensaje de FUTER” ni consta que haya solicitado y obtenido de la autoridad competente. La Asociación de Suboficiales de las Fuerzas Armadas debió comprobar previamente y pudo haberlo hecho sin más dificultad que preguntárselo a FUTER directamente, tampoco aparece que el presunto error, negligencia o ligereza que supuso tal difusión, ni en la persona desconocida que dio traslado del documento a ASFAS ni en aquélla que volcó tal documento en la página, web, posiblemente sin malicia ni intención espuria sino por creer honestamente que se trataba de información “inocua” al no estar clasificada, posea entidad suficiente para ser considerado constitutivo de ilícito penal».*

### **6.1.3. Delitos contra la disciplina**

El primero que hemos de examinar es el delito de **sedición militar** tipificado en el:

#### **Artículo 38 CPM**

*«Los militares que, mediante concierto expreso o tácito, en número de cuatro o más o que, sin llegar a este número, constituyan al menos la mitad de una fuerza, dotación o tripulación, se negaren a obedecer o no cumplieren las órdenes legítimas recibidas, incumplieren los demás deberes del servicio o amenazaren, ofendieren o ultrajaren a un superior...».*

#### **Artículo 39 CPM**

Segundo párrafo *«Las demás reclamaciones o peticiones colectivas, así como las reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio, si pusieran en grave riesgo el mantenimiento de la disciplina, serán castigadas con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión; pudiendo, en otro caso, sancionarse en vía disciplinaria militar».*

#### **Artículo 40 CPM**

*«2. La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en este Capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos».*

Las TIC posibilitan la realización de algunas de las conductas tipificadas, favoreciendo la ocultación de la identidad de los proponentes, o mediante la utilización del correo electrónico, en forma anónima o inidentificada o procedimientos similares<sup>19</sup>.

Aunque el texto típico parece exigir la presencia corpórea, no es descartable que para llegar a alcanzar el *concierto expreso o tácito* o para la celebración de las *reuniones clandestinas* a que se refieren los artículos 38 y 39 CPM, se puedan hacer uso de las TIC, ya sea mediante mensajería o transmisiones «on line» o por, algún otro sistema de comunicación interactiva, como la videoconferencia.

Dentro de los **delitos de Insubordinación**, abordaremos en primer lugar el delito de insulto a superior.

---

<sup>19</sup> Diligencias Previas 25/06/13, incoadas con fecha 26 de abril de 2013 contra autores desconocidos en averiguación de la posible comisión de un delito de sedición.

### **Artículo 43 CPM**

*«El militar que, sin incurrir en los delitos previstos en el artículo anterior, coaccionare, amenazare, calumniare o injuriare gravemente a un superior (...), por escrito o con publicidad...».*

Es, sin duda, la de más frecuente comisión, de las conductas examinadas, y reviste multitud de variantes. Existe una extensa Jurisprudencia, tanto en la Jurisdicción Militar como en la Ordinaria, sobre la materia. El principal problema que plantea es la determinación última del autor material final de la conducta delictiva, sobre todo, cuando se trata de una terminal particular compartida o un cibercafé unido a la dificultad de investigación que implica su escasa penalidad.

El delito de **abuso de autoridad** aparece tipificado en el:

### **Artículo 45 CPM**

*El superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave a un subordinado, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho...*

### **Artículo 47 CPM**

*El superior que **tratare a un subordinado de manera degradante, inhumana o humillante**, o realizare actos de agresión o abuso sexuales, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo, sin perjuicio de las que correspondan por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal.*

### **Artículo 48 CPM**

*El superior que, respecto de un subordinado, realizare **actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional**, le amenazare, coaccionare, injuriare o calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, o realizare **actos que supongan discriminación grave por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social...***

Incluiremos junto a ellos por razones de oportunidad los tipos contenidos en los artículos:

Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares

***Artículo 49 CPM***

*El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, maltratare de obra a otro militar, le tratase de manera degradante, inhumana o humillante, o realizare actos de agresión o de abuso sexuales...*

***Artículo 50 CPM***

*El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, impidiere o limitare arbitrariamente a otro militar el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare o coaccionare, le injuriare gravemente o le calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, realizara actos que supongan grave discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social...*

***Artículo 65 CPM***

*1. El militar que en el ejercicio del mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaliéndose de su empleo, cargo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. Todo ello sin perjuicio, en su caso, de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos, conforme al Código Penal.*

Junto al contenido en el artículo 43 CPM, constituye el núcleo fundamental de la delincuencia cometida mediante TIC en la Jurisdicción militar. Vivimos en un momento en que, en pro de la seguridad pública colectiva, se ha comenzado a instalar numerosos sistemas digitales de almacenamiento de datos que, como ya hemos expuesto, merman de forma importante la privacidad de los ciudadanos. Ello también ocurre, en el ámbito del Ministerio de Defensa y, el CPM, abre la vía al castigo de las conductas intrusivas o dañosas realizadas mediante las TIC, susceptibles de ser incluidas en los tipos descritos en los artículos 45 o 65 CPM, dentro de las que cabe incluir las posibles intromisiones que se pueden hacer a la intimidad de los militares, por vía de acceso ilegítimo a sus datos informáticos, cuya protección resulta de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, «de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas», que se ocupa en su artículo 10. Del «Derecho a la intimidad y dignidad personal».

*«1. El militar tiene derecho a la intimidad personal. En el ejercicio y salvaguarda de este derecho se tendrán en cuenta las circunstancias en que tengan lugar las operaciones.*

*También tiene derecho al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio, incluido el ubicado dentro de unidades, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico.*

*Se deberá respetar la dignidad personal y en el trabajo de todo militar; especialmente frente al acoso, tanto sexual y por razón de sexo como profesional.*

*2. Las revistas e inspecciones deberán respetar en todo caso los derechos contenidos en el apartado anterior.*

*Como norma general, el registro personal de los militares, de sus taquillas, efectos y pertenencias que estuvieren en la unidad requerirá del consentimiento del afectado o resolución judicial. No obstante, cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo o por razones fundadas de salud pública o de seguridad, el jefe de la unidad podrá autorizar tales registros de forma proporcionada y expresamente motivada. Estos registros se realizarán con la asistencia del interesado y en presencia de al menos dos testigos o sólo de éstos, si el interesado debidamente notificado no asistiera.*

*3. Los datos relativos a los miembros de las Fuerzas Armadas estarán sujetos a la legislación sobre protección de datos de carácter personal. A tal efecto los poderes públicos llevarán a cabo las accio-*



*nes necesarias para la plena efectividad de este derecho fundamental, especialmente cuando concurren circunstancias que pudieran incidir en la seguridad de los militares».*

La falta de tipos específicos, no es óbice para que diversos tipos del CPM, en los que se castiga el abuso de autoridad, puedan ser utilizados para castigar al superior que accediese, de forma ilegítima, a los datos informáticos privados de un subordinado, o en el ámbito de la Unidad, mediante emails, chats u otros medios de comunicación de carácter público o restringido (por ejemplo grupos de WhatsApp) realizara alguno de los comportamientos descritos, pues esta agresión a su intimidad, podría ser calificada, dependiendo del supuesto de hecho, como delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, artículos 49 y 50 CPM, o conforme a los tipos contenidos en los artículos 45 a 48 CPM, siempre y cuando dada la relación entre superior y subordinado, la conexión de los hechos con el servicio y la finalidad perseguida con la intromisión, fuera posible determinar un abuso en el ejercicio del mando, lo que nos llevaría a una vulneración de bienes jurídicos de naturaleza militar en unos tipos penales pluriofensivos en los que se protegen no solo derechos personalísimos de la persona como son su intimidad personal, su propia imagen, el honor, sino también la disciplina<sup>20</sup>.

Estas modalidades de abuso podrían, en función de su contenido o reiteración, llegar a revestir las características del trato degradante al que se refiere el artículo 47 CPM<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> El Derecho Militar no regula ningún tipo penal, específico, cuya finalidad sea proteger la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, sin embargo, si se analizan las figuras delictivas expuestas, vemos que el sujeto activo de las mismas puede ser un «hacker» o particular con conocimientos informáticos y medios técnicos, pero también es fácilmente imaginable que miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil que disponen de esos conocimientos y medios técnicos puedan realizar esas conductas por extralimitación de sus funciones o por una utilización ilegítima de los medios a su cargo.

<sup>21</sup> Así, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 3.º del Convenio de Roma (SSTEDH de 18.01.78; 25.04.78; 25.02.82; 28.05.85; 27.08.92; 09.12.94; 28.11.96 y 10.05.01) resoluciones todas ellas en las que el TEDH perfila el concepto de «trato degradante» en los supuestos de afectación de la dignidad, en la existencia de humillación ocasionada por la conducta que los origina y en los efectos psicológicos desfavorables para la víctima; describiendo que los malos tratos «han de revestir un mínimo de gravedad», significando que «la apreciación de ese mínimo es cuestión relativa por su propia naturaleza, que depende del conjunto de los datos del caso, y especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima, etc., debiendo analizarse también el hecho de que los tratos degradantes creen en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resis-

Conforme a la reiterada Jurisprudencia, establecida por la Sala Quinta, para estimar que existe «trato degradante», en el ámbito militar, debemos hallarnos ante cualquier atentado a la dignidad de la persona que lesione su integridad moral de forma grave de manera que, objetivamente, pueda generar sentimientos de humillación y vejación, debiendo tenerse, especialmente, en cuenta el contenido de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, que establece en su artículo 11, lo siguiente, acerca del militar:

*«Ajustará su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados. La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tienen obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos».*

Cuando se trate de militares de igual empleo, se podrá acudir a lo dispuesto en los artículos 49 y 50, en los que no se exige que exista relación jerárquica.

En el caso de que esa intromisión ilegítima sea realizada por el subordinado, no parece oportuno acudir a los tipos de insulto a superior en los que se recogen como conductas típicas *coaccionar, amenazar, injuriar en su presencia por escrito o con publicidad al superior, poner mano en arma ofensiva, ejecutar actos o demostraciones con tendencia a maltratar de obra al superior o realizar de forma efectiva ese maltrato*, conductas que, analizadas, literalmente, hacen complicado incluir en ellas la acción del subordinado que realiza una intromisión ilegítima en la intimidad del superior. Lo más plausible, a nuestro juicio, sería hacer uso de los artículos 49 y 50 CPM.

#### **6.1.4. Delitos contra la eficacia del servicio**

Recogidos en los siguientes:

---

tencia física o moral». Esta jurisprudencia europea ha sido luego ratificada por el Tribunal Constitucional (SS de 29.01.08; 11.04.08 y 27.06.90 y por esta Sala de lo Militar en numerosas Sentencias 30.10.90; 14.09.92; 23.03.93; 12.04.94; 29.04.97; 25.11.98 y 20.12.99, entre otras), haciendo siempre hincapié en que la humillación o degradación del superior y el desprecio al valor fundamental de la dignidad humana han de ser valorados para la configuración del tipo delictivo del artículo 106 CPM en su modalidad de trato degradante.

### **Artículo 73 CPM**

***El militar que, en situación de conflicto armado o estado de sitio y por imprudencia grave, causare los daños previstos en los artículos 264 a 266 del Código Penal, ocasionare que los medios o recursos de la Defensa o Seguridad nacionales caigan en poder del enemigo, perjudicare gravemente una operación militar, será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión. Fuera de la situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.***

Nos remitimos a propósito de este artículo a lo ya expuesto acerca del artículo 27 CPM, por remitirse a los mismos preceptos del Código Penal.

### **Artículo 75 CPM**

*Será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión el militar que:*

- 1.º Ejecutare o no impidiere en lugar o establecimiento afecto a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil actos que puedan producir incendio o estragos, u originare un grave riesgo para la seguridad de la fuerza, unidad, establecimiento, buque de guerra, buque de la Guardia Civil o aeronave militar...***
  
- 3.º Incumpliere, con infracción de lo establecido en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, sus deberes militares fundamentales, o los deberes técnicos esenciales de su función específica, ocasionando grave daño para el servicio, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal. Cuando los hechos descritos en este apartado se cometieren por **imprudencia grave**, se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión o multa de dos a seis meses.***

Los autores de los tipos descritos pueden, perfectamente, servirse para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TIC, pudiendo en tales casos, además, entrañar una especial complejidad su investigación y exigir conocimientos específicos en la materia, entrando, por tanto, dentro del concepto de delitos informáticos que hemos adoptado.

## 6.2. OTROS TIPOS PENALES INCLUIBLES

Junto a los antes señalados hay otros tipos que, asimismo, se encontrarían dentro de la clasificación que hemos adoptado, aunque nos limitaremos a mencionarlos, dada su escasa presencia estadística. Señalar, como principal argumento para su inclusión el hecho de que para su investigación, según la forma comisiva utilizada, pudieran requerirse especiales conocimientos sobre las TIC. Entre ellos podemos mencionar los siguientes:

*«Artículo 24. Traición militar En los supuestos de 3.º Propalare o difundiere noticias desmoralizadoras o realizare cualesquiera otros actos derrotistas. 4.º Ejecutare actos de sabotaje, dificultare las operaciones bélicas o de cualquier otro modo efectivo causare quebranto a los medios o recursos afectos a la defensa militar.*

*Artículo 25. Espionaje militar. El extranjero que, en situación de conflicto armado, se procurare, difundiera, falseare o inutilizare información clasificada como reservada o secreta o de interés militar susceptible de perjudicar a la seguridad o a la defensa nacionales, o de los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional, ...*

*Artículo 28. El militar que denunciare falsamente la existencia, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil, de aparatos explosivos u otros similares o entorpeciere intencionadamente el transporte, aprovisionamiento, transmisiones o cualquier clase de misión militar...*

*Artículo 29. El que penetrare o permaneciere en un centro, dependencia o establecimiento militar contra la voluntad expresa o tácita de su jefe, o vulnerare las medidas de seguridad establecidas para la protección de aquellos....*

*Artículo 30. Incumplimiento de bandos militares en situación de conflicto armado o estado de sitio».*

Habrà de estarse al contenido de los bandos para determinar si, la comisión de los delitos incluidos en ellos, es susceptible de hacerse mediante la utilización de las TIC.

**Artículo 51. Cobardía.** 1. *El militar que por temor a un riesgo personal (...) realizare actos susceptibles de infundir pánico o producir grave desorden entre la propia fuerza...*

**Artículo 55. Deslealtad.** *El militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa o expidiere certificado en sentido distinto al que le constare... Mediante utilización de las TIC.*

**Artículo 79. Delitos contra otros deberes del servicio.** *El militar que usare pública e intencionadamente uniforme, divisas, distintivos o insignias militares, medallas o condecoraciones que no tenga derecho a usar ,...*

Realizando la conducta descrita, en actividades de carácter público y abierto, ya sea en: portales; foros; webs; Blogs; Facebook; u otros medios de similar difusión general y pública en la red.

**Artículo 81. Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar**

1. *El militar que, simulando necesidades para el servicio o derechos económicos a favor del personal, solicitare la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta ...*

**Artículo 82**

1. *El militar que cometiere los delitos de hurto, robo, apropiación indebida o daños previstos en el Código Penal en relación con el equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino ...*

**Artículo 83**

*El militar que, prevaliéndose de su condición, se procurase intereses en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración militar o cometiese el delito previsto en el artículo 441 del Código Penal...*

**Artículo 84**

*El particular o empresario que, en situación de conflicto armado o estado de sitio, habiendo contratado con la Administración Militar, incumpliere en su integridad las obligaciones contraídas o las cumpliera en condiciones defectuosas que desvirtúen o impidan la*

***finalidad del contrato, cuando resulten afectados los intereses de la Defensa nacional...***

***Artículo 85***

***El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio en el ámbito militar en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo o reciba, adquiera u oculte tales efectos...***

La utilización de las TIC, está hoy presente en todas las actividades económicas: pasaportes; dietas; asignación de créditos; pagaduría; contratación; contabilidad; etc., que se realizan en el ámbito de la defensa, como también sucede en la vida civil, ya sea por la presentación o libramientos de documentos en soporte electrónico, intercambio de correos electrónicos sobre los mismos o sobre contratos u operaciones que se realizan, o también por el archivo temporal o final de toda la documentación económica tramitada en soportes digitales, siendo por ello imprescindible para su adecuada investigación especial conocimientos sobre TIC.

## 7. LAS FALTAS DISCIPLINARIAS

La Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas de 4 de diciembre de 2014, si bien solo en un caso, menciona la posible comisión telemática (*Artículo 6. número 4. Expresar públicamente opiniones que, relacionadas estrictamente con el servicio en las Fuerzas Armadas, no se ajusten a los límites derivados de la disciplina, realizadas cualesquiera de ellas de palabra, por escrito o por medios telemáticos*), incorpora una gran cantidad de faltas disciplinarias susceptibles de cometerse mediante las TIC.

No obstante, lo dicho hasta el momento, a propósito de los delitos, difícilmente sería aplicable a las faltas disciplinarias, pues, en ellas, no existe la posibilidad de solicitar la cesión de los datos identificativos, por parte de las operadoras, al subordinarse esta conforme al art. 1.1 de la ley a «*la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales*». La limitación de la autorización al caso de los delitos graves conforme al criterio del artículo 33 CP podría dejar impunes múltiples delitos, ya no digamos faltas disciplinarias, cometidos por Internet o

telefonía, supondría cortar de raíz la posibilidad de investigar conductas que utilizando tecnologías de la información y la comunicación y teniendo gran trascendencia social, no alcanzan por la penalidad asignada el rango de delito grave<sup>22</sup>. En definitiva, con el marco jurídico vigente, toda investigación policial o del Ministerio Fiscal para el esclarecimiento de un hecho ilícito que requiera la cesión de alguno de los datos almacenados por las operadoras impondrá de forma incuestionable autorización del Juez de Instrucción.

Hemos de señalar, no obstante, que en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario para la Guardia Civil, se incluyen supuestos específicos de ilícitos informáticos disciplinarios estos son como:

– **Faltas graves artículo 8**, números:

16. *Instalar u ordenar la instalación de videocámaras fijas o medios técnicos análogos para fines previstos por la Ley, sin cumplir todos los requisitos legales.*
17. *Incumplir las condiciones o limitaciones fijadas en la resolución por la que se autorizó la obtención de imágenes y sonidos por el medio técnico autorizado.*
18. *Utilizar u ordenar la utilización de videocámaras móviles, sin cumplir todos los requisitos exigidos por la Ley.*
19. *Conservar las grabaciones lícitamente efectuadas con videocámaras o medios técnicos análogos por más tiempo o fuera de los casos permitidos por la Ley, o cederlas o copiarlas cuando la Ley lo prohíbe.*
20. *Cualquier otra infracción a la normativa legal sobre utilización de medios técnicos de captación de imágenes y sonidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.*

– **Faltas muy graves artículo 7**, números:

20. *Permitir el acceso de personas no autorizadas a las imágenes o sonidos obtenidos por cualquier medio legítimo o utilizar aquéllas o éstos para fines distintos de los previstos legalmente.*

---

<sup>22</sup> La jurisprudencia del TS ha establecido que una medida de investigación judicial que afecta tan directa y gravemente a la intimidad de las personas solo puede encontrar su justificación, en el ámbito del proceso penal, cuando lo que se persiga sea un delito grave, en el bien entendido de que no solo ha de tenerse en cuenta la gravedad de la pena, sino también su trascendencia y repercusión social (SSTS n.º 740/2012, de 10 de octubre; 467/1998, de 3 de abril; 622/1998, de 11 de mayo).

21. *Reproducir las imágenes y sonidos obtenidos con videocámaras para fines distintos de los previstos legalmente.*
22. *Utilizar los medios técnicos regulados en la normativa legal sobre videocámaras para fines distintos de los previstos en ésta.*

Por último llamar la atención sobre las conductas constitutivas de ilícito disciplinario, en que su calificación no es parangonable con la alarma que pueden producir, como: obtener y publicar fotografías de bajas propias u hostiles, conductas exhibicionistas o agresivas en recintos militares, hechas en principio para el autor o un grupo limitado de personas pero que al entrar por cualquier medio en la red alcanzan una repercusión desmesurada.

## 8. CONCLUSIONES

El vertiginoso ritmo de evolución, en el campo en que nos movemos, hace difícil adaptar la norma penal y procesal a la realidad cambiante a la que ha de ser aplicada, ello exigirá tipos penales que sin alejarse de la necesaria precisión en la tipificación de las conductas (principios de tipicidad y legalidad penal), ofrezcan posibilidad de adaptarse a las nuevas formas de comisión delictiva, así como, normas procesales que avalen métodos de investigación más ágiles y eficaces, en la línea de los introducidos por la L. O. 13/2015, que, con salvaguarda de los derechos en juego, permitan la adecuada persecución de los delitos cibernéticos, los existentes y los que vayan surgiendo, evitando cualquier situación de impunidad.

La especialización. Entendiendo como tal, en una jurisdicción como la nuestra, ya de por sí especializada, no la adscripción más o menos exclusiva de personal a esta función, lo cual no parece necesario, sino el favorecimiento de una mayor formación del mismo en la materia, para que cuando nos encontremos ante un delito cometido mediante las TIC, que debamos investigar, sepamos cómo hacerlo, qué instrumentos técnicos tenemos y hasta dónde se puede llegar en la investigación con los medios existentes.

Parece más adecuado, adoptar un punto de vista amplio a la hora de enfocar el delito informático, pues, en definitiva, tal y como hemos intentado explicar se trata de delitos, en su mayoría muy conocidos, pero cuya especialidad está a la hora de probar la vinculación del autor al hecho, la prueba que recae sobre las TIC presenta un plus de dificultad, ya sea por la aludida dificultad de identificar al autor como por la necesidad de actuar con criterios distintos a la hora de determinar y reflejar en los autos, as-



pectos de la conducta típica como su gravedad, los daños producidos o la publicidad alcanzada.

La protección jurídico penal de los medios asignados a las Fuerzas Armadas, iniciada por el CPM, debe incrementarse en razón de la progresiva importancia de las TIC, para su normal funcionamiento, pues constituyen el nervio esencial de su operatividad, y, ello pone de relevancia la necesidad de una máxima protección frente a ataques tanto exteriores, como los efectuados desde el interior aun cuando estos puedan tener origen en conductas culposas o negligentes.

Por último, y dada la constatación de la cantidad de ilícitos disciplinarios, de importante trascendencia, que se cometen mediante el uso no autorizado de *smartphones*. Sería conveniente reflexionar sobre la necesidad o no, de que estos dispositivos acompañen al soldado en todo momento de su vida militar, haciendo posible, mediante la subida a la red de contenidos de muy diverso cariz, con escasa conciencia de su relevancia social y, en algunos casos, incluso, penal, una retransmisión en vivo y en directo de los momentos más delicados de la vida de las unidades, sobre todo en situaciones de conflicto.

## BIBLIOGRAFÍA

– CHICHARRO LÁZARO, ALICIA, *La labor legislativa del Consejo de Europa frente a la utilización de Internet con fines terroristas*. IDP: revista de Internet, derecho y política, revista d'Internet, dret i política, n.º 9, 2009.

– DE LA MATA BARRANCO NORBERTO.J, HERNÁNDEZ DÍAZ LEYRE. «*El delito de daños informáticos: una tipificación deficiente*» *Estudios penales y criminológicos*, n.º 29, 2009, pp. 311-362.

– DÍAZ GÓMEZ, ANDRÉS, «*El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest*». Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR 8, diciembre 2010, pp. 169-203.

– HERNÁNDEZ DÍAZ, LEYRE. «*El Delito Informático*», Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n.º 23, 2009, pp. 227-243.

– ROVIRA DEL CANTO, ENRIQUE. *Las nuevas pruebas telemática y digitales. Especialidad de la prueba en delitos cometidos por internet*. Conferencia presentada en el Consejo General del Poder Judicial. Jornadas sobre la prueba en el Proceso Penal. Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, vol. I-2003. C. E. J. A. J. Madrid, 2003.

*Marcelo Ortega Gutiérrez-Maturana*

- ROVIRA DEL CANTO, ENRIQUE. *Delincuencia Informática y fraudes informáticos*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- VELASCO NÚÑEZ, ELOY. *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones Procesales*. La Ley- Actualidad, 2010.

## **EL RÉGIMEN SANCIONADOR EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA DUDA RAZONABLE**

Agustín González González  
*Capitán interventor*  
*Doctor en Derecho*

### *SUMARIO:*

INTRODUCCIÓN.- EL ARTÍCULO 212 DEL TRLCSP: EJECUCIÓN DEFECTUOSA Y DEMORA.- EL ARTÍCULO 213 DEL TRLCSP RESOLUCIÓN POR DEMORA Y PRÓRROGA DE LOS CONTRATOS.-ARTÍCULO 60: PROHIBICIONES DE CONTRATAR.- Apartado A) Del Art. 60.1 TRLCSP.- Apartado B) Del Artículo 60.1 TRLCSP.- Apartado C) Del Art. 60.1 TRLCSP.- Apartado A) Del Art. 60.2 TRLCSP.- ARTÍCULO 156: FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS.- ARTÍCULO 136. CLAUSULADO DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO.- CONCLUSIONES.

La Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 (en adelante LCSP) no contiene ningún capítulo dedicado al régimen sancionador en el ámbito de la ley. Tampoco lo hará el Texto Refundido de la LCSP que se aprueba por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de septiembre (en adelante TRLCSP).

Sin embargo, y a diferencia de lo que sucedía con el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), no puede decirse ya que el vocablo «sanción» o «sancionador» no aparezcan en su articulado. La redacción del artículo 136 del TRLCSP, a propósito del Clausulado de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado,

impone la inclusión, además de las cláusulas relativas a los extremos previstos en el artículo 26, de una serie de estipulaciones entre las que puede leerse en el apartado f) «*Formulas de pago y, particularmente, condiciones en las cuales, en cada vencimiento o en determinado plazo, el montante de los pagos pendientes de satisfacer por la Administración y los importes que el contratista debe abonar a esta como consecuencia de penalidades o sanciones pueden ser objeto de compensación*». Y en el h) «*Sanciones y penalidades aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato*».

Ahora bien, aun suponiendo, sin duda, un elemento que atiza de nuevo el debate abierto sobre la existencia de un régimen sancionador vinculado al incumplimiento contractual por parte del contratista, su soledad en el texto legal más que suponer un giro copernicano respecto de la legislación anterior, parece estar más cercana a ser una muestra más de la imprecisión y la ambigüedad con que el legislador se conduce en esta materia desde hace ya tiempo. A ello volveremos más adelante.

La Exposición de Motivos de la LCSP, como tampoco lo hace la del TRLCSP, nada dice sobre el régimen sancionador, ni entre las razones de las reformas que operan dan cuenta de atender necesidad ni demanda alguna en este asunto. Por única razón de la LCSP de 30 de octubre de 2007, se dirá que «... *aun siendo la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE, el motivo determinante de la apertura de un nuevo proceso de revisión de nuestra legislación de contratos públicos, este punto de partida no ha operado como límite o condicionante de su alcance...*», para justificar diversas modificaciones que se ofrecen «*en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias*». Nada más se añade. El resto de la Exposición desgana algo más el calado de la reforma, que la propia Exposición agrupa en cinco bloques: 1) la delimitación de su ámbito de aplicación, 2) la singularización de las normas que derivan directamente del derecho comunitario, 3) la incorporación de las nuevas regulaciones sobre contratación que introduce la Directiva 2004/18/CE, 4) la simplificación y mejora de la gestión contractual, y 5) la tipificación legal de una nueva figura, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Ni una sola palabra sobre el régimen sancionador. En esto la LCSP no hace cosa distinta de la que en su momento hizo el TRCAP de 2000, cuya Exposición de Motivos se limitó a vincular algunos de los efectos del incumplimiento o infracción de las normas de la ley a los principios de objetividad y libre competencia<sup>1</sup>. Por su parte la Exposición de

---

<sup>1</sup> En efecto, en la Exposición de Motivos del TRCAP podía leerse que «*Una de las más importantes enseñanzas de esa experiencia es la de la necesidad de garantizar plenamente*

Motivos del TRLCSP apenas refiere al mandato integrador recibido del legislador como consecuencia de las modificaciones introducidas en la materia por la legislación posterior a 2007, la mayor parte de ellas nacidas bajo el apremio de la difícil coyuntura económica que aún hoy se hace sentir.

Lo cierto es que la ausencia, cuando menos nominal, de un pretendido régimen sancionador o de la previsión legal de sanciones asociadas al incumplimiento de sus normas, no es admitida pacíficamente por los autores. En efecto, la LCSP contiene en algunos de sus preceptos medidas y actuaciones administrativas que desde una óptica material pueden ser considerados sanciones, mientras que en otros, y a pesar de la letra de la ley, es dudosa la consideración jurídica como sanción de las consecuencias legales previstas para los incumplimientos.

Esta indeterminación ya se pudo apreciar en los mismos trabajos preparatorios de la LCAP, en el que mientras en la redacción del anteproyecto no se aludía a sanciones o potestades sancionatorias, el Ministerio de Relaciones con las Cortes a propósito de la redacción del artículo 95 (actual artículo 212 TRLCSP), realizaba la siguiente observación:

*«La justificación de lo que se acaba de apuntar radica en que es peligroso cara a una política sancionadora, que los órganos de contratación puedan actuar gracias a la opción abierta que les brinda el proyecto con criterios distintos, lo cual podría dar lugar a situaciones de evidente desigualdad entre los contratistas en el marco de las relaciones punitivas de la Administración, según que los órganos de contratación adoptasen un criterio más o menos flexible».*

La solución que se dé a la cuestión de si el vigente TRLCSP contiene, sino un régimen sancionador propiamente, si al menos una previsión de ciertas sanciones, no ha de ser materia azarosa puesto que de aquella

---

*la transparencia de la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia. En este sentido, sin ánimo de agotar la enumeración de medidas que incluye la Ley, deben destacarse todas las normas de publicidad de licitaciones y adjudicaciones, a las que en gran parte ha servido también de fundamento la normativa comunitaria, la regulación más detallada de las causas que constituyen prohibición de contratar y determinantes de la suspensión de clasificaciones y sus respectivos efectos y, sobre todo, la nueva configuración que se da al actual Registro de Contratos, al que se dota expresamente de carácter público y que permitirá a todos los interesados un exacto conocimiento de todos los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y el de las empresas con quienes se celebren».*

respuesta dependerá tanto el régimen procedimental<sup>2</sup> de aquellas como la observancia de las garantías constitucionales de todo cauce sancionador.

En cualquier caso, y pese a que no sea objeto de análisis en este trabajo, parece conveniente un acercamiento al concepto mismo de sanción administrativa.

Dentro del Derecho Sancionador, —dice PEMÁN GAVÍN<sup>3</sup>— la teoría de la sanción ha tenido, al menos hasta la fecha, un alcance mucho más limitado que en el Derecho Penal. El Derecho Penal ha formulado de una forma sistemática los diferentes aspectos que configuran una teoría completa de las consecuencias del delito, tales como la definición de la pena, el fundamento y fines de la misma, o las clases de penas. Asimismo, el Derecho Penal ha elaborado un sistema preciso de criterios para la determinación de la pena tanto en un plano legal como en el orden judicial. En fin, el régimen jurídico de las medidas de seguridad y la responsabilidad civil derivada del delito han sido objeto asimismo de una sistematización clara y precisa. Por su parte, el Derecho Sancionador se encuentra en un estado de estructuración teórica y legal claramente deficiente, ya que no ha desarrollado un verdadero régimen jurídico de las sanciones que paralelamente al Derecho Penal distinga entre sanciones en sentido estricto y medidas de seguridad o entre sanciones principales y accesorias.

Entre los autores encontramos quienes como SUAY RINCÓN<sup>4</sup> postulan una noción amplia de sanción y quienes por el contrario se muestran partidarios de una conceptualización más estricta, ceñida al dictado constitucional del artículo 25.1 CE y la redacción del art. 129.2 LRJAP.

Desde una perspectiva amplia se contempla la sanción administrativa como toda retribución afflictiva prevista por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de una conducta, de suerte que todo grava-

---

<sup>2</sup> El Real Decreto 1398/1993,1 reglamento que desarrolla el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tras establecer en su artículo 1.1 que «La potestad sancionadora se ejercerá mediante el procedimiento establecido en este Reglamento, en defecto total o parcial de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas...», en los supuestos que se mencionan, en su apartado 3.º del mismo artículo, párrafo 2.º establece que «Las disposiciones de este Reglamento no son de aplicación ni tienen carácter supletorio respecto del ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual». Con ello, y a falta de una regulación específica por la LCSP y su desarrollo reglamentario dejan huérfana procedimentalmente la pretendida potestad sancionadora en el derecho administrativo contractual.

<sup>3</sup> PEMAN GAVIN, IGNACIO, El Sistema sancionador español: (hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas). CEDECS 2000.

<sup>4</sup> SUAY RINCÓN, J. *Sanciones Administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1989, p. 55.

men, incluso toda decisión desfavorable para el administrado, integraría el concepto de sanción, esté o no vinculada a la comisión de una infracción administrativa.

La perspectiva restrictiva del concepto de sanción nace en el art. 25.1 CE cuando dice que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. Se consagran en el texto constitucional los principios de legalidad sancionadora y tipicidad de las sanciones administrativas. Esta declaración se reitera en el apartado 2.º del artículo 129 de la LRJAP-PAC, al prescribir que únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley.

No hay lugar a dudas de que tanto en uno como en otro texto se anuda la sanción a la infracción administrativa y ambas, infracciones y sanciones, son anudadas a su vez al principio de legalidad sancionadora.

BERMÚDEZ SOTO<sup>5</sup> enumera como elementos que integrarían esta concepción estricta de las sanciones administrativas las siguientes:

- Vinculación a una infracción administrativa, ya que solo son sanciones administrativas aquellas retribuciones negativas previstas como tales por el ordenamiento jurídico.
- Consagración en el Ordenamiento Jurídico, pues la sanción debe venir establecida como tal en el ordenamiento.
- El administrado solo puede ser sancionado tras haber sido considerado responsable de la comisión de la infracción en un previo procedimiento administrativo sancionador, sin que sea posible constitucionalmente imponer sanciones de plano.

De la integración de estos elementos este autor propone el siguiente concepto:

*«Aquella retribución negativa prevista por el Ordenamiento Jurídico e impuesta por una Administración pública por la comisión de una infracción administrativa».*

Entre los autores es generalmente aplaudida la definición de la sanción administrativa como un *«mal infligido por la Administración -privación de*

---

<sup>5</sup> BERMÚDEZ SOTO, J. *Elementos para definir las sanciones administrativas*, Revista Chilena de Derecho, número especial 1998, pp. 323-334.

*un derecho (sanción interdictiva) o imposición de una obligación (sanción pecuniaria)- como consecuencia de una conducta ilegal»* (GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>6</sup>), y por ello es claro que la previa ilegalidad debe localizarse específicamente en una tipificación como infracción administrativa, por aplicación del principio de tipicidad penal a la potestad sancionadora de la Administración, aplicación que por otra parte ha sido reiteradamente declarada por nuestros Tribunales. Si no hay tipificación anterior expresa, la conducta posterior del administrado, aunque suponga incumplir un deber, podrá tener otras consecuencias restrictivas o negativas para su esfera jurídica pero difícilmente se estará en presencia de una sanción administrativa.

La doctrina *iuspublicista* viene distinguiendo, desde el último tercio del siglo XIX, entre sanciones administrativas y otras decisiones restrictivas de derechos adoptadas por la Administración en el seno de concretas relaciones jurídico-públicas frente al incumplimiento por el particular de los deberes que le incumben. Se trata en este segundo caso, de declaraciones de caducidad o revocaciones (parciales o totales) de licencias, autorizaciones y concesiones administrativas. Esta distinción elemental entre sanción y revocación o caducidad, ha sufrido el embate de la vis expansiva del art. 25.1 CE. En efecto, dado que solo las sanciones administrativas están garantizadas por el derecho fundamental a la legalidad sancionadora, y dado también que solo en estos casos hay amparo ante el Tribunal Constitucional, no es extraño que este haya ampliado progresivamente los contornos del concepto de sanción administrativa hasta amparar otras medidas restrictivas impuestas por la Administración. El punto de llegada ha sido un amplísimo concepto de sanción administrativa, desconocido en nuestra tradición jurídica y que no diferencia entre realidades jurídicas notoriamente distintas.

Por último, respecto al carácter formal o material de las sanciones administrativas, como señala una sentencia el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala 3.ª sección 3.ª, de 3 de abril de 1990), los actos administrativos y, en concreto, las sanciones administrativas no dependen de la denominación que se les dé en la norma, sino de su auténtica naturaleza y características, y de las consecuencias que derivan de su contenido. Se trata, en definitiva, de adoptar un concepto material de la sanción administrativa, porque si se atiende a un criterio meramente formal, al nomen con que aparezca en la ley, el legislador podrá eludir las exigencias constitucionales establecidas para las sanciones administrativas con el simple mecanismo de una inadecu-

---

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, ESCALANTE JOSE ANTONIO Código de las Leyes Administrativas y anexo (12.ª ed.) CIVITAS EDICIONES S. L.



cuada calificación. Empero, como advierte esta misma sentencia, si por el contrario se parte de la relativa indiferencia de toda medida que afecte a los interesados y se toma solo en consideración el aspecto «cuantitativo» o la intensidad del gravamen impuesto aunque este persiga otra finalidad, el procedimiento sancionador terminará ampliando su campo de exigencia (que es una exigencia con relevancia constitucional, no solo una cuestión de legalidad ordinaria dada la aplicación de los principios del art. 24 de la Constitución a las sanciones administrativas).

A lo largo de este estudio, trataré cada uno de los preceptos de la ley que de un modo u otro pudieran integrar, formal o materialmente, un concepto de sanción administrativa destilado del TRLCSP. Ello nos llevará al examen del contenido de los artículos 212, 213, 60, 154 y 120.

## EL ARTÍCULO 212 DEL TRLCSP: EJECUCIÓN DEFECTUOSA Y DEMORA

El apartado cuarto de este precepto concede a la Administración la posibilidad de optar entre la resolución del contrato o la imposición de las penalidades pecuniarias que este precepto establece<sup>7</sup>. En el caso de que la Administración opte por la resolución se procederá a la fijación de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, que se ejecutará mediante la incautación de la garantía, quedando subsistente la responsabilidad del contratista en lo que aquellos excedieren su importe, según el artículo 225.3 de la TRLCSP<sup>8</sup>. El apartado siguiente aclara que *«En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de*

---

<sup>7</sup> Art. 212.4 LCSP *«Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato.*

*El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente».*

<sup>8</sup> Art. 225.3. *«Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada».*

*la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable».*

Por lo que respecta a las penalidades pecuniarias, la regla general es que se deja al pliego de cláusulas administrativas particulares y, en definitiva, al órgano de contratación que lo aprueba, la fijación de las penalidades que considere necesarias para la correcta ejecución del contrato en atención a las especiales características del mismo y justificándolo en el expediente.

A falta de tal previsión en el Pliego, el legislador opta por establecer una penalidad diaria en proporción directa con el precio del contrato. Esta solución es introducida en la legislación sectorial que nos ocupa tras la reforma que introdujo la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, ya que en la redacción originaria de la Ley 13/1995, de 18 de mayo la imposición de penalidades se establecía de acuerdo a una escala progresiva en función del precio del contrato, lo que fue objeto de severas críticas por la Doctrina.

El apartado quinto prevé el caso de que incurrido en mora el contratista y habiendo decidido la Administración la imposición de penalidades en lugar de la resolución del contrato, aquellas penalidades alcancen al menos el 5% del importe del contrato o un múltiplo de este. En este caso la Administración puede optar de nuevo por la resolución del contrato o por la imposición de nuevas penalidades. Los autores se han planteado que debe entenderse por nuevas penalidades, proponiendo RUIZ OJEDA<sup>9</sup>, entre otros, una interpretación integradora de los apartados 4.º y 5.º.

Según estos autores resulta evidente que la resolución del contrato y la imposición de penalidades es incompatible, puesto que no pueden ser impuestas cumulativamente. La imposición de penalidades impide acordar la incautación de la garantía y la determinación de otras indemnizaciones, que es el efecto propio de esa modalidad de extinción del contrato en el que la resolución por incumplimiento consiste. Pero una vez elegida la continuación del contrato con la imposición de penalidades, si el monto de las mismas alcanza un múltiplo del 5 por 100 del importe del contrato, la Administración podrá acordar la resolución, lo cual significa que la Administración percibiría el monto de las penalidades que correspondiesen, junto con la incautación de la garantía, y en su caso, con las indemnizaciones que excediesen el importe de la misma. La otra opción que concede el apartado 5.º es la continuación del contrato, lo cual supondrá, en todo caso, la obligación por parte del contratista de abonar las penalidades pecunia-

---

<sup>9</sup> RUIZ OJEDA, ALBERTO. Derecho de la Contratación Pública y Regulada, Thomson Civitas 2004.

rias correspondientes, y la imposición de penalidades nuevas. Habría que entender por tales, penalidades diferentes a las reguladas por el apartado 4.º que, obviamente, habrán de venir establecidas por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Con respecto a la naturaleza de las penalidades por demora, la discusión sobre si se trata de sanciones administrativas en sentido propio, que de serlo, no estarían sometidas a la LRJAP-PAC, ya que expresamente las excluye de su ámbito de aplicación en el art. 127.3, nace de dos circunstancias innegables, que son, por una parte, que se trata de castigos económicos vinculados a una conducta irregular o no ajustada a lo pactado del contratista, y por otra, que vienen establecidos además en una norma con rango legal que actúa *ope legis*, sin necesidad de que el contrato las recoja.

No son pocos los autores<sup>10</sup> que defienden su carácter sancionador. Así SUAY RINCÓN<sup>11</sup>, con cita de JUARISTO SÁNCHEZ<sup>12</sup>, afirma:

*«La opinión más extendida es la de que se trata de auténticas sanciones pecuniarias. Desde esta perspectiva, debe tenerse presente que el artículo 25 de la Constitución refuerza las exigencias en materia sancionadora. En cualquier caso también avala esta tesis el hecho de que las penalidades por demora no excluyen otras cláusulas penales que la administración puede tratar de incorporar al contrato al amparo de la libertad de pactos en materia contractual».*

CARBONERO GALLARDO<sup>13</sup> esgrime en su argumentario la finalidad de las penalidades por demora en los siguientes términos:

*«no tiene, pues, la cláusula penal una simple función liquidatoria que permita establecer previamente el importe del daño, ni mucho menos se concibe como facultad del deudor que le permita liberarse de una obligación pagando una pena».*

Frente a esta doctrina otros autores como HUERGO LORA<sup>14</sup> entienden por el contrario que tales multas o penalidades no pueden considerarse sanciones administrativas en el entendimiento de que el fundamento jurídico

---

<sup>10</sup> En apoyo de esta tesis, también encontramos a COLMENAR LUIS y COLMENARES SOTO en COLMENAR LUIS, J. y COLMENARES SOTO, P. «contratos de las Administraciones Públicas» Madrid, 1996.

<sup>11</sup> SUAY RINCÓN, J., Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, obra dirigida por RAFAEL GONZÁLEZ-FERRER MORANT. Civitas 1996, p. 398.

<sup>12</sup> JURISTO SÁNCHEZ, R. «La ejecución del contrato de obra pública» Madrid, 1983.

<sup>13</sup> CARBONERO GALLARDO, J. M. «Figuras afines a la sanción administrativa», El consultor, 1999 (20) pp. 3124-3133.

<sup>14</sup> HUERGO LORA, A. «Las sanciones administrativas» IUSTEL Madrid, 2007.

que las soporta no es otro que el consentimiento contractual que presta el contratista y en ningún caso será ejercicio de potestad unilateral de la administración.

*«Solo a quien asume voluntariamente la decisión de contratar con la administración se le puede imponer esta clase de multas».*

En apoyo de este criterio se aducen además otros argumentos que vedan la consideración como sanciones de estas multas. Así se dice que resulta incompatible con el régimen jurídico de las sanciones el hecho de que su imposición quede a voluntad de la Administración o por ejemplo, que la administración pueda establecer en el Pliego de un contrato multas superiores a las previstas en el LCSP con carácter general, pues en el pliego, que no es ni siquiera un reglamento, no puede delegarse la potestad de fijar sanciones aplicables a una determinada infracción.

No menos relevante es el argumento, también invocado por esta misma doctrina, que sostiene que la conducta que da lugar a la imposición de cualquier sanción ha de estar previamente tipificada como infracción en una norma, cosa que no sucede en el caso que nos ocupa.

En esta misma línea, el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia —SSTS de 22 de noviembre de 1988 y 10 de noviembre de 1990<sup>15</sup>—, entiende que no son manifestaciones de Derecho Sancionador, sino cláusulas contractuales penales de una obligación accesoria; en particular, la sentencia de 10 de noviembre de 1990 afirma:

*«Las consecuencias de una cláusula penal integrada en un contrato no constituyen una manifestación del derecho sancionador, entendido en el sentido de potestad del Estado de castigar determinadas conductas tipificadas como sancionables por la Ley y respecto de las cuales se necesita, para aplicar sanción, una prueba de culpabilidad que permitiera entender que mediante la misma se ha superado el principio de presunción de inocencia. Por el contrario, la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil, en el que se predica el principio de la presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento».*

---

<sup>15</sup> Ver en este sentido, entre otras, las STS de 21 de noviembre de 1988 art. 8942, STS 15 de julio de 1989 art. 5386, STS 10 de febrero de 1990 art. 2143.

En idéntico sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1991 (art. 9226) declara que:

*«La Administración no ejercita en los casos contemplados (retraso en la entrega de construcción de buques) su potestad sancionadora sino en el contexto de la contratación administrativa, haciendo aplicación de las cláusulas contractuales asumidas por las partes, apareciendo el ejercicio de la penalidad o penalidades acordadas insertas en el marco propio de la contratación administrativa, donde como ocurre en el Derecho Civil, las cláusulas penales establecidas en los contratos, a pesar de esa denominación se rigen por las normas reguladoras de las obligaciones y en especial por los de los contratos sinalagmáticos, sin que la posición privilegiada que ocupa la Administración, en la contratación administrativa, altere o desnaturalice las relaciones jurídicas surgidas de la convención aceptada por los contratantes; es decir, que la exigencia o aplicación de una penalidad, contractualmente asumida, no significa que se haya de situar la Administración en el plano del derecho Administrativo sancionador ni que se ejercite la potestad sancionadora, sino que pura y simplemente se da o se exige, el derecho de uno de los contratantes respecto del otro de una de las previsiones contractuales, contenidas en el contrato, poniendo en marcha los mecanismos contractualmente aceptados para el ejercicio de tal derecho, porque la cláusula penal, en un contrato civil o administrativo no ha de suponer necesariamente, la existencia de culpa, sino que puede representar la expresión de una responsabilidad económica de carácter objetivo, voluntariamente aceptada por la parte a quien perjudica, como mecanismo jurídico de corrección de los posibles incumplimientos contractuales, que las partes contemplaron al contratar».*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1999, descarta el elemento de la culpabilidad como criterio para calificar la multa como sanción al manifestar que:

*«Los fundamentos de la Sentencia recurrida se apoyan en un retraso efectivo en el cumplimiento de los plazos de entrega, ampliados como se dijo, para llegar a la conclusión de la procedencia de las penalidades establecidas, al margen de si la demora en la entrega es o no imputable al ahora recurrente, por entender que responden a una cláusula penal y no a una sanción administrativa, y, ciertamente,*

*la efectividad de dicha cláusula no ha de suponer necesariamente la existencia de culpa, al representar la expresión de una responsabilidad económica de carácter objetivo, previamente aceptada, como, además, se desprende del artículo 1.152 del Código Civil, para el que la pena sustituye a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de la falta de cumplimiento, al margen de que dicha entidad hoy recurrente tampoco ha acreditado los hechos justificativos de su retraso».*

Tampoco lo entiende así el Consejo de Europa en su recomendación relativa a las sanciones. El Memorándum explicativo de la Recomendación R (91) 1 de 13 de febrero de 1991, aclara que el principio de legalidad no impide que se fijen sanciones a los contratos, sanciones que no lo son en sentido estricto en cuanto se basen en un auténtico contrato, es decir, en la libertad de las partes.

Ahora bien, como adelantamos, la cuestión de la naturaleza de las penalidades resultará crítica, pues si se acepta la tesis de SUAY RINCÓN y JURISTA en el sentido del carácter sancionador de las mismas, la consecuencia jurídica es la necesidad de cumplimentar el procedimiento sancionador establecido en la LRJAP-PAC, que es norma supletoria del TRLCSP y que nada dice sobre el particular. Sin embargo, el Tribunal Supremo ya ha resuelto que esto no es así. En Sentencia de 30 de octubre de 1995, dirá lo siguiente:

*«Las bases de la argumentación del actor es que la sanción que le ha sido impuesta ha de sujetarse a las prescripciones establecidas en la LPA para el procedimiento sancionador. El complejo de potestades que la Administración ostenta en materia contractual tiene su legitimación en el aseguramiento de los fines públicos que con la actividad contractual se pretende, en cada caso, alcanzar. Entre estas potestades se encuentra también la sancionadora. No siempre, sin embargo, las denominadas sanciones contractuales, tienen la naturaleza de sanciones en sentido estricto. Solamente tienen esta naturaleza cuando la sanción comporta privación de bienes jurídicos que rebasen el ámbito contractual, ... Cuando estas sanciones se imponen, es obligado acudir, para que pueda ser declarada procedente, al procedimiento sancionador general. Por el contrario, cuando la conducta sancionadora se produce en el seno del contrato y el efecto que de ella se deriva se encuentra previsto en el pliego de condiciones, no se está ante una sanción, en sentido estricto, sino ante el ejercicio de un privilegio de*

*interpretación, o, el de decisión ejecutiva, en un aspecto específico, del contrato como es el de las cláusulas penales».*

Debe tenerse presente que la penalidad diaria viene determinada directamente por la ley en una cantidad fija (0,20 euros diarios por cada 1000 euros del precio del contrato, según el párrafo del apartado 4.º del art. 212). Sin embargo, la norma también permite alterar esta cuantía en el contrato, lo que plantea el problema del análisis del principio de legalidad sancionadora en materia de contratación pública. En efecto, si recordamos la redacción del párrafo segundo del apartado 4.º del artículo 212, en él se faculta al órgano de contratación para incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo primero del mismo apartado si las especiales características del contrato así lo aconsejan, justificándolo en todo caso en el expediente.

Este párrafo no recoge una cuantía máxima de penalidad: Con ello resulta que el órgano de contratación podría incorporar una sanción en el Pliego, sin necesidad de someterse a la aplicación del principio de legalidad contenido en el artículo 25 de la Constitución. Y, por mucho que llame la atención, esto es de todo punto de vista lógico, pues las penalidades no tienen carácter sancionador.

El principio de legalidad exige que nadie sea condenado o sancionado por actos u omisiones sobre los que la ley no prevea tanto el tipo del injusto como la pena aplicable. En nuestro caso, tendríamos un supuesto en el que la ley prevé el tipo de injusto pero no el importe de la sanción, el cual se fijaría por el concurso de voluntades entre el contratista y la Administración, por cuanto el primero acepta el contenido íntegro del pliego sin recurrirlo. Y es que el artículo 25 de la Constitución opera como garantía frente a la actividad administrativa de potestas; la ley es una garantía, la mejor garantía posible dentro del principio democrático, pero una garantía pobre puesto que el ciudadano no participa en la elaboración de la ley sino indirectamente por vía de sus representantes parlamentarios. Pero en el concreto supuesto de la contratación administrativa, como quiera que exista acuerdo de voluntades, el contratista presta su conformidad tanto al tipo del injusto como a la sanción que la Administración pueda aplicar. La situación del contratista es, desde esta óptica, considerablemente mejor que la que tendría ante una norma sancionadora general, penal o administrativa, pues nunca sabremos si el contratista está o no conforme con el tipo penal o infracción administrativa recogida por la ley y sus penas, que se imponen por una mayoría más o menos cualificada.

## EL ARTÍCULO 213 DEL TRLCSP RESOLUCIÓN POR DEMORA Y PRÓRROGA DE LOS CONTRATOS

El apartado primero del artículo 213<sup>16</sup> prevé para el caso de que la Administración optase en los supuestos de que trata el artículo 212 que acabamos de ver, por la resolución del contrato, esta se acuerde por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas.

Plantea este precepto si la resolución del contrato por demora imputable al contratista puede ser valorado como sanción administrativa.

El apartado 1.º de este artículo 213 regula el ejercicio por parte de la Administración de sus facultades resolutorias por demora del contratista en la ejecución de su prestación, resolución que puede operar tanto por incumplimiento del plazo total como de los plazos parciales, en las condiciones previstas en el artículo 212. La ley aquí establece, con toda lógica, unos requisitos procedimentales, como son la audiencia preceptiva del contratista —principio fundamental de todo derecho sancionatorio—, que habría de practicarse con carácter previo al dictado de la declaración resolutoria por parte del órgano de contratación, al que debe añadirse el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma para el caso de que el contratista se oponga al ejercicio de la citada facultad resolutoria. Tampoco respecto a la naturaleza de esta potestad existe consenso entre los autores.

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 18 de enero de 2001, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen sobre resolución del contrato de concesión administrativa de utilización de los locales del edificio del Teatro Victoria Eugenia (San Sebastián).

*«Cabe indicar a este respecto que la actuación municipal proponiendo la resolución no es una sanción administrativa sino una lógica correspondencia de la potestad contractual que asiste al ente administrativo contratante (en este caso el Ayuntamiento de San Sebastián), puesto que quien tiene facultad para contratar la tiene para resolver el contrato que ha suscrito, señalando en tal sentido el arriba menciona-*

---

<sup>16</sup> El apartado 1.º del artículo 213 establece que «1. En el supuesto a que se refiere el artículo anterior, si la Administración optase por la resolución ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva».



*do artículo 60.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, entre las prerrogativas de la Administración que:*

*(...) el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta».*

La misma Comisión Permanente del Consejo de Estado, en este caso, en sesión celebrada el día 13 de febrero de 1997 emitió dictamen acordando la resolución del contrato de transporte escolar, Lote n.º 049-448 adjudicado a la empresa... , por el período de septiembre-94 a junio-97, al comprobarse que dicha ruta ha estado subcontratada:

*«Las alegaciones del contratista en nada obstan a lo expuesto, ya que reconociendo la certeza de la subcontratación, se pretende defender su legalidad en base a argumentos carentes de consistencia y ajenos al contrato; incurriendo, también, en el error de plantear su oposición como si tratase de una sanción administrativa, cuando se trata de una resolución de contrato . El carácter y naturaleza jurídica de la potestad administrativa en cuya virtud se declara la prohibición de contratar con la Administración y sus consecuencias legales».*

Ahora bien, el artículo 213 deja sin resolver la cuestión de los efectos de la resolución contractual por demora culpable del contratista, que si hacia su precedente, el artículo 45 de la Ley de Contratos del Estado. Se hace necesario acudir a las reglas generales de resolución contractual contenidas en el artículo 225 apartado 3.º, que establece:

*«3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada».*

La regla de este precepto presenta sin embargo, y a los efectos de valorar la existencia de posibles sanciones, la cuestión de la incautación completa y en todo caso de la garantía. El artículo 45 de la vieja Ley de Contratos de 1965 admitió la posibilidad de la no incautación

de la fianza, previsión que no se recoge en el texto vigente. La solución que sí adopta el TRLCSP respecto a la incautación de la garantía definitiva para el caso del incumplimiento culpable del contratista es clara: se trata de una incautación-sanción, si bien relativa, porque minora la indemnización de los daños y perjuicios cuando esta indemnización supere el importe de la garantía constituida. Naturalmente, si la indemnización de daños y perjuicios es inferior a la garantía constituida, la incautación de la garantía supone la pérdida de la totalidad de la garantía, en perjuicio del contratista. Ahora bien, aunque el artículo 225.3 afirma que la indemnización que deberá satisfacer el contratista culpable *«se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía...»*, esta regla tiene una excepción, que surge de la dicción literal del artículo 100 c). En este último precepto se dice que las garantías responden *«De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido»*; ese «puede» hace suponer que el automatismo incautatorio no se produce en todo caso. Y así es puesto que a renglón seguido dice en el mismo apartado *«de acuerdo con lo que en él —el contrato— o en esta Ley esté establecido»*, de donde se deduce que el propio contrato puede excepcionar el régimen del artículo 225.3, y solo en estos casos procederá resolver sobre la no procedencia de la incautación de la fianza. Esta solución aleja del concepto material de sanción administrativa a dicha privación, al que dar como materia de libre disposición entre las partes del contrato.

Así también lo contempla la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que entre otras, dirá en la Sentencia de 21 de diciembre de 2012:

*«En lo que se refiere al motivo quinto- en el que se aduce que no procede la incautación de la garantía de la garantía definitiva, o al menos no en su totalidad, porque concurren los requisitos que para que así deba ser han sido establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado<sup>17</sup>- lo primero que debe decirse es que, no tratándose aquí de ninguna actuación sancionadora sino de la responsabilidad indemnizatoria derivada de un incumplimiento contractual, resultan aquí inaplicables las garantías de presunción de inocencia y culpabilidad reconocidas en los artículos 24 y 25 de la Constitución cuya vulneración es denunciada».*

---

<sup>17</sup> Según la mencionada sentencia estos requisitos serían: que el incumplimiento imputable al contratista sea parcial; que no se hayan causado perjuicios a la Administración; y que no exista dolo sino mera culpa o negligencia,

En cualquier caso, lo que argumentamos para las multas convencionales en el artículo 212 es igualmente trasladable a este apartado de la incautación de la garantía en el caso de resolución por incumplimiento culpable del contratista, más aun si tomamos en cuenta que esta incautación cumple una función resarcitoria de la Administración, lo que excluye aún más que se trate de sanciones.

## ARTÍCULO 60: PROHIBICIONES DE CONTRATAR

El TRLCSP dedica su Título II a la regulación de las partes en el contrato. La ya derogada regulación de «los requisitos para contratar con la Administración<sup>18</sup>» que hacia el TRLCAP ya fue sustituida en la LCSP por un Capítulo, el II cuyo rótulo o ladillo rezaba «Capacidad y solvencia del empresario» cuyas dos secciones trataban sucesivamente de la «Aptitud para contratar con el sector Público» y la «Acreditación de la aptitud para contratar». En la primera sección, y dentro de las preliminares Normas generales, como condiciones de esa aptitud, el artículo 43.1 ( actual artículo 54.1 del TRLCSP) dirá que *«Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas»*.

Esta misma estructura es mantenida primero por la LCSP y más tarde por el Texto Refundido, que tras la declaración del artículo 54, regulará por separado unas normas especiales sobre la capacidad (arts. 57 a 59), las prohibiciones de contratar (arts. 60 y 61), la solvencia (arts. 62 a 64) y la Clasificación de las empresas (arts. 65 a 71). Como única novedad respecto al TRLCAP, tanto la LCSP como el TRLCSP incorporan un tercer capítulo dedicado a la *«Sucesión en la persona del contratista»*

Debemos comenzar diciendo, a riesgo de caer en lo obvio, que salvo que la ley establezca expresa y concretamente otra cosa, a nadie se le puede privar del derecho a postularse a la condición de contratista público.

Conceptualmente, las prohibiciones de contratar se incardinan entre los impedimentos previstos por la ley que apartan a ciertas personas, físi-

---

<sup>18</sup> Conviene advertir que el vigente Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas mantiene en su *TÍTULO II el rótulo de «De los requisitos para contratar con la Administración»*.

cas o jurídicas, públicas o privadas, del sistema de la contratación pública. En efecto, la ley impide a determinados sujetos, por determinados motivos tasados, ligados al comportamiento precedente de los aspirantes o a su situación personal actual, que puedan contratar con los poderes públicos.

Esta imposibilidad legal de contratar por falta de requisitos de capacidad y solvencia, se encuentra, en los casos de vulneración de la restricción impuesta, con la consecuencia de la sanción de nulidad, siendo los contratos eventualmente celebrados nulos de pleno derecho.

Ahora bien conviene distinguir llegados a este punto que mientras la falta de algunos requisitos o condiciones de aptitud son subsanables, otros sin embargo, y entre ellos la mayor parte de las prohibiciones de contratar, constituyen una auténtica pared infranqueable para los incursos en ellas<sup>19</sup>.

En este sentido BERMEJO VERA advierte que:

*«Una declaración de la prohibición de contratar con el sector público constituye la máxima sanción aplicable al empresario, porque implica su expulsión del mercado de la contratación pública mientras permanezca en vigor la prohibición».*<sup>20</sup>

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de septiembre de 1996, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza de estas prohibiciones de contratar, vinculándolas claramente a la capacidad de contratar con las Administraciones Públicas, dejando de lado su pretendido carácter sancionador:

*«No es dudoso que la capacidad para contratar, y todo lo que sobre ella incide, como son las prohibiciones para contratar, constituyen materia reservada en la Ley...Las autoridades administrativas*

---

<sup>19</sup> Conviene traer aquí el Informe que presentó la Confederación Nacional de la Construcción en el procedimiento de elaboración de la LCSP se decía textualmente lo siguiente: «...También sería conveniente establecer clara y expresamente que las prohibiciones de contratar constituyen derecho sancionador, estableciendo el procedimiento específico y determinado para su declaración, tipificando claramente las conductas y la sanción que cada una de ellas conlleva».

<sup>20</sup> Este mismo autor añade que «Cuando, por añadidura, la realización de contratos públicos es objetivo principal de la empresa u ocupa una parte importante de sus actividades, la aplicación de las prohibiciones de contratar podrá significar, de hecho, ya no solamente una reducción de ingresos indispensables para la continuidad de la empresa, sino su irremisible desaparición o extinción. Por ello, la regulación de este tipo de limitaciones a la contratación debe llevarse a cabo con exquisito y absoluto respeto de los principios constitucionales de libertad e igualdad, y con los oportunas fórmulas de ecuanimidad, transparencia y garantías».

*carecen de facultad para incorporar prohibiciones contractuales a los contratos que celebren, por muy razonables que puedan parecer estas. Los Pliegos de cláusulas Particulares tienen un ámbito de actuación más reducido».*

No siempre ha sido unánime nuestro Tribunal Supremo al considerar las prohibiciones de contratar como impedimentos de la capacidad contractual. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2006 parece situarse eclécticamente, sin pronunciarse sobre su naturaleza jurídica, a medio camino entre la sanción administrativa y el requisito de capacidad:

*«(...)Pues Incluso prescindiendo del análisis relativo a la naturaleza de la prohibición de contratar: (...), es lo cierto, que la prohibición de contratar, cualquiera que sea su naturaleza, por aplicación del principio de seguridad jurídica, ha de tener un plazo de prescripción, ya que no es dable admitir que la Administración pueda ejercitar una potestad, que afecta a la capacidad de una empresa para intervenir en la contratación Pública, y que le priva por tanto de un derecho, en cualquier momento y a su libre decisión y sin plazo, y siendo ello así, ante la falta de regulación expresa de la norma que regula las prohibiciones de contratar se habrá de acudir a la integración de tal laguna, como adecuadamente ha hecho y valorado la resolución impugnada (...)».*

Las circunstancias previstas en este artículo 60 implican privación o restricción de un derecho: el de los ciudadanos a participar en los sistemas o procedimientos administrativos de contratación y de obtener, en su caso, la adjudicación de un contrato. Este precepto contiene unas severas reglas de incapacidad específica de Derecho Administrativo dirigidas a una finalidad de elegir un contratista que haga viable la obtención del interés público y asegure el cumplimiento de los principios de buena administración y transparencia administrativa.

El procedimiento para la declaración y los efectos de las prohibiciones para contratar con las Administraciones Públicas se regulan en el artículo 61 de la ley y en los artículos 17, 18 y 19 del Reglamento.

Las prohibiciones del artículo 60 de la TRLCSP están basadas en presupuestos de hecho de muy distinta naturaleza. Así, en algunos casos se conectan con la comisión de ciertas infracciones penales o administrativas; en otros son completamente ajenas al concepto de infracción.

Según VICENTE FENELLÓS<sup>21</sup> se podría decir que estas prohibiciones para contratar tienen su último fundamento en privar a ciertas situaciones personales del administrado del acceso al contrato, por y para eliminar el riesgo que, precisamente, aquellas entrañan para el legislador. Podríamos decir que estamos en presencia de instrumentos preventivos, en aras a la satisfacción del interés general, que integran y delimitan el contenido esencial del derecho a optar a la condición de contratista, de tal modo que los sujetos incurso en tales circunstancias no es que tengan limitada la facultad de contratar, sino que carecen de ese mismo derecho. Como pone de relieve la doctrina, no es posible citar un fundamento único a todas las prohibiciones recogidas en el artículo 20, sino que habrá que buscarlo en el ámbito de cada uno de ellas.

Por lo que refiere al objeto de este estudio, interesan especialmente las circunstancias contenidas en los apartados a), b), y c) del apartado primero del artículo 49 y el a) del apartado segundo, observándose en las demás causas, desde el punto de vista de su fundamento, o bien una identidad esencial con alguna de las anteriores o bien una inexistencia absoluta de relación con aquel objeto.

#### APARTADO A) DEL ART. 60.1 TRLCSP<sup>22</sup>

La prohibición legal establecida en artículo 60.1.a) de la TRLCSP no encuentra su reproducción en la redacción del Código Penal. En efecto, el artículo 39 del mismo, dedicado a las «penas privativas de derechos» no incluye estas prohibiciones como penas accesorias a las penas privativas de libertad que conllevan las figuras delictuales del precepto. Esta ausencia directa, hace que solamente por vía indirecta la aplicación del Código Penal implique la imposibilidad de contratar, como por ejemplo en los casos de ingreso en prisión.

<sup>21</sup> FENELLÓS, VICENTE. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. EDITORIAL COMARES S. L. 2005.

<sup>22</sup> El apartado primero del art. 49 establece como prohibición de contratar «*Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurran las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo.*».

Ahora bien, la comisión de infracciones penales no aleja al penado de la contratación pública por la aplicación de una norma penal. Si ello sucede es en virtud de una previsión legal administrativa que cercena el derecho del condenado a participar en las licitaciones. Es cierto que la prohibición de contratar implica la privación o restricción de un derecho, el de contratar con las Administraciones Públicas, y también lo es que esta privación o restricción es un efecto jurídico que se conecta a la comisión de una infracción penal. Sin embargo, FENELLÓS no considera que la limitación del artículo 60.1. apdo. a) tenga naturaleza de sanción penal, dado que:

- El Código Penal no la incluye como tal.
- No se aprecia la nota de la aflicción, sea con carácter retributivo, o sea con carácter preventivo inherente a toda sanción de naturaleza penal.

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado<sup>23</sup> ha señalado que no existiendo propiamente en Derecho Administrativo una teoría general de la capacidad de obrar de los ciudadanos, al ser la norma jurídico-pública la que en cada caso y para cada tipo de relación jurídica establece los requisitos de capacidad o aptitud para que los particulares puedan entrar en relación jurídica con la Administración, la posibilidad de que aquellos concierten relaciones jurídicas de naturaleza contractual con las Administraciones Públicas viene determinada por la concurrencia de tres requisitos:

- Ofrecer una garantía profesional suficiente (clasificación o solvencia).
- Hallarse en el pleno ejercicio de la capacidad de obrar.
- Reunir las condiciones de moralidad que alejen sombras de sospecha sobre la honradez del contratista.

La prohibición de contratar que nos ocupa incidiría en este último requisito o exigencia, porque tal prohibición no se impone como aflicción o retribución de conductas antijurídicas, como exigiría toda sanción, sino como consecuencia de la pérdida sobrevenida de esas condiciones de moralidad, y ello tanto en el caso de personas físicas como jurídicas.

---

<sup>23</sup> Informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 7 de noviembre de 1995.

APARTADO B) DEL ARTÍCULO 60.1 TRLCSP<sup>24</sup>

Respecto al fundamento de esta causa de prohibición, el legislador ha pretendido evitar la adjudicación de un contrato a un contratista que con posterioridad deviene en situación de insolvencia, lo que supondría a su vez la interrupción del contrato por insuficiencia económico-financiera. Esta causa responde a la falta de fiabilidad en la capacidad del contratista para ejecutar un contrato. Sobre este fundamento se pronuncia también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 29/1993, de 16 de febrero al señalar que:

*«La razón de este tratamiento jurídico que liga a la solicitud de la suspensión de pagos es el que, con carácter general sirve de fundamento a la casi totalidad de los supuestos del citado artículo 9 (actual 60), consistente en el reconocimiento a la Administración de la posibilidad de descartar como contratistas a aquellas personas que, por sus conductas, no son merecedoras de la confianza en que el establecimiento de la relación contractual debe inspirarse, siendo esta circunstancia la que determina la prohibición para contratar se ligue a la mera solicitud de la suspensión de pagos...».*

APARTADO C)<sup>25</sup> DEL ART. 60.1 TRLCSP

En relación a la prohibición contenida en este apartado es revelador el contenido del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 16 de diciembre de 1998, en el que se puede leer:

<sup>24</sup> El apartado 1 del art. 49 LCSP establece como prohibición de contratar la de «Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso».

<sup>25</sup> «Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del mismo, o por infracción muy grave en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental; en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en la Ley 4/1989, de 27 de marzo,



*«En cuanto a la prohibición de contratar la ley no considera como causa de la misma el incumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas, ..., sino la circunstancia de haber sido condenada o sancionada, con carácter firme, por delito o infracción grave en materia de integración laboral de minusválidos, ...».*

Pero tanto esta doctrina de la JCCA respecto al apartado c) como lo antes expuesto sobre el apartado b), es puesto en tela de juicio a la luz del Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública de 2004 publicada por la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda. En él se afirma:

*«La cuestión subsiguiente a examinar es la relativa al carácter y naturaleza jurídica de la potestad administrativa en cuya virtud se declara la prohibición de contratar con la Administración Pública, así como las consecuencias legales que de ello se siguen. Las prohibiciones de contratar, a excepción de aquellas que se aprecian de forma automática por los órganos de contratación y que subsistirán mientras concurren (letras a), b), e), f), i), j) y k)), «requerirá su previa declaración mediante procedimiento, cuya resolución fijara expresamente la Administración a la que afecte y su duración» (artículo 21.1 TRLCAP, en relación al artículo 17 del Reglamento General de la Ley), siendo así que dicha resolución que declara la prohibición para contratar con la Administración despliega sobre la esfera jurídica del contratista dos efectos desfavorables, como son:*

- a) la suspensión de las clasificaciones que hubieran sido concedidas a las empresas durante el plazo de duración de la prohibición. (artículo 21),
- b) la nulidad de pleno derecho de las adjudicaciones acordadas con posterioridad en favor de quien se halle incurso en declaración de prohibición para contratar (artículo 22).

*Precisamente el alcance y trascendencia derivados del ejercicio de esta potestad es lo que exige extremar las garantías jurídicas. Teniendo presente que la resolución administrativa que declara la prohibición*

---

*de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres; en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación».*

*de contratar no pretende sino atribuir consecuencias desfavorables, (esto es, de carga o gravamen) a la verificación de un incumplimiento de las obligaciones impuestas «ex lege» a los contratistas, es imprescindible que su declaración derive de la previa formación de un expediente administrativo con audiencia del interesado en el que se verifique la concurrencia del hecho mismo de la infracción y la determinación del sujeto supuestamente responsable. Parece fundado, en definitiva, afirmar que el ejercicio de esta potestad administrativa participe de los principios y reglas que informan y disciplinan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración».*

Un argumento más que abona esta afirmación de la comisión de Expertos es el hecho de que el alcance de la prohibición se determinara atendiendo, en su caso, a la existencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario y a la entidad o consideración del daño causado a los intereses públicos. (apdo. 4.º art. 19 Reglamento).

RUIZ OJEDA<sup>26</sup> estima, en esta misma línea, que la declaración de una prohibición para contratar con la Administración tiene carácter no solo restrictivo, sino claramente sancionatorio, como sancionatorios son sus efectos. También y por idéntico razonamiento, entiende que han de aplicarse los criterios de graduación que se previenen en el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las AA. PP. (Real Decreto 1398/1993) para fijar administrativamente la duración de las prohibiciones en el caso de que estas no estuvieran previamente señaladas en la resolución judicial o administrativa, ya que tales criterios no han sido desarrollados por el RGLCAP mas allá de las previsiones del apartado 4.º del artículo 19.

La Audiencia Nacional viene considerando que dicha potestad no es sancionadora. En este sentido, por ejemplo, la Sentencia de 16 de diciembre de 1999:

*«TERCERO. Esta Sala en sus precedentes sentencias sobre supuestos parecidos al actual, como son las de 28 Abr. y 30 Jun. 1997 (Recs-1770 y 1386/1993) ha considerado que «no nos encontramos ante el ejercicio de potestades sancionadoras por parte de la Administración, no existiendo un comportamiento infractor de un tipo sancionador administrativo, porque se trata de la pérdida de la confianza de la Administración en el adjudicatario de un contrato administrativo,*

---

<sup>26</sup> Ver núm. 3.

*que determina la consecuencia descrita en la parte dispositiva de la resolución recurrida, cuya eficacia temporal, no constituye sanción alguna.*

*En la demanda se parte por la recurrente de la premisa equivocada de que el artículo 20 de la Ley 13/1995 es una sanción administrativa y por lo tanto las alegaciones que versan sobre dicho presupuesto erróneo deben ser desestimadas. No obstante, según la doctrina, entre otras de la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 28 Mayo de 1999 (R.J. 4.227); se puede dilucidar el presente caso considerando que la presunción de inocencia del recurrente ha sido desvirtuada por la Administración correctamente mediante el conjunto probatorio obrante en el expediente administrativo apareciendo suficientemente acreditado en el mismo las circunstancias previstas en el artículo 20 apdo. c) de la Ley 13/1995, en que incurrió el recurrente, habiéndose demostrado la culpabilidad del mismo, sin que se haya vulnerado por la Administración la aludida presunción de inocencia, con pleno respecto de la aplicación de los principios y de las garantías del artículo 24 de la Constitución».*

En idéntico sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de junio de 1995 declara:

*«No puede atribuirse carácter sancionador ni a la resolución administrativa que declara resuelto el contrato suscrito con la entidad recurrente ni a la resolución posterior de la mesa de contratación, que excluyo con carácter previo a aquella del acto de licitación para la adjudicación de un contrato de obras en virtud de una cláusula que establecía el rechazo de las ofertas de empresas que tengan acreditadas otras obras y sufran retrasos en su ejecución...En definitiva, es evidente que la exclusión de una licitación pública podrá ser todo lo ilegal que se quiera, pero esto no la transforma en una sanción que deba atenerse a las previsiones de legalidad contempladas en el artículo 25.1 de la Constitución Española».*

APARTADO A) DEL ART. 60.2 TRLCSP<sup>27</sup>

Esta causa abarca tanto cuando lo que se resolvió fue un contrato de Derecho Privado como un contrato administrativo. A diferencia de la previsión inicial de la redacción de la ley, no son precisas las resoluciones de dos contratos en un periodo de cinco años, sino que basta una única resolución culpable de la que la Administración puede desconfiar y dudar de la profesionalidad u honorabilidad para futuras relaciones contractuales.

Las causas de resolución de los contratos administrativos en general vienen especificadas en el artículo 223 de la TRLCSP y concordantes, sin perjuicio de las especiales establecidas para cada tipo de contrato, enumerándose como tales:

- La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85.
- La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.
- El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.
- La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del 112.
- La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.
- El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.
- La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.
- Las establecidas expresamente en el contrato.

Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta ley.

---

<sup>27</sup> El artículo 49.2. letra a) establece como prohibición de contratar la de «Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una Administración Pública».

A excepción de los supuestos contemplados en las letras a) y c) no puede excluirse a priori ninguno de los restantes en orden a un supuesto de resolución con culpa del adjudicatario que implique una futura prohibición. Nos encontramos con una causa prohibitiva que depende en gran medida del desarrollo y término de un contrato anterior y cuyo análisis administrativo caso por caso podrá acabar con una decisión invalidante de la capacidad de quién llevo a resolver con su dolo, culpa o impericia un contrato pasado.

Ahora bien en cuanto al carácter culpable, podemos afirmar que la culpa contractual de la que cabe tratar aquí, consiste en una acción u omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación. La esencia de la culpa está en la falta de diligencia y previsión que supone en el autor del acto. En este sentido define la culpa el Código Civil como la «*omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar*» (artículo 1104).

A pesar del tenor literal del precepto, no basta con la mera resolución firme de un contrato anterior celebrado con las Administraciones, sino que es precisa una declaración formal, no apreciándose de forma automática, determinándose el alcance y duración en su caso, a la existencia de dolo o manifiesta mala fe por parte del empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos. Será la propia administración la que señale en este expediente el alcance de la prohibición, afectando la misma únicamente a la Administración que efectuó la declaración, sin perjuicio de su posterior comunicación a la Administración General del Estado para que a la vista de los daños causados a los intereses públicos, declare la prohibición con carácter general.

La competencia para declarar la prohibición, según el artículo 18 del Reglamento, corresponderá a la Administración contratante.

## ARTÍCULO 156: FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS

El apartado cuarto del artículo 156, en su primer párrafo, articula en favor de la Administración la facultad de acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso

hubiese exigido en aquellos casos en que por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado<sup>28</sup>.

En relación con este precepto debe también tenerse presente lo dispuesto en el artículo 103 apartado 4.º del TRLCSP:

*4. La garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación del contrato. En todo caso, la garantía será retenida al licitador cuya proposición hubiera sido seleccionada para la adjudicación hasta que proceda a la constitución de la garantía definitiva, e incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación.*

La resolución del contrato por la no formalización a que se refiere el artículo 156 comprende tanto los supuestos de no formalización por la no constitución de la garantía definitiva como los casos en que habiéndose constituido el contratista no concurre a la formalización del documento contractual.

El TRLCSP determina que tal resolución únicamente puede tener lugar cuando la no formalización sea «imputable» al adjudicatario, expresión que ha sido interpretada de forma gráfica por el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de junio de 2002 en el que dice que no existe esa imputabilidad cuando los motivos del retraso se encuentran fuera del ámbito de control o previsión del contratista:

*«A diferencia del régimen contractual del Código Civil, recogida en su artículo 1124, en el que la existencia o no de culpa constituye un dato definitivo a la hora de acordar esa resolución, la Ley de Contratos del Estado, en coherencia con las exigencias del interés público que presiden la institución contractual administrativa, solo permite la resolución por incumplimiento del plazo por parte del contratista cuando concurre culpa en su actuación o, dicho sea de otro modo, cuando el retraso le es imputable».*

En igual sentido se manifiesta el recurso de casación número 3898/1997 de la misma fecha.

---

<sup>28</sup> El segundo párrafo del mismo apartado, y para el caso de que las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se establece la obligación para la Administración de indemnizar al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar.

Ahora bien, señalan los autores que la referencia contenida en estas sedes a la culpa no hacen referencia al reproche de culpabilidad propio de las sanciones administrativas sino a una culpa meramente contractual, por lo que a los expedientes de resolución de contrato no les son de aplicación la dogmática del Derecho Administrativo Sancionador, y concretamente la constelación de derechos y facultades que para el ejercicio del «ius puniendi» consagran los artículos 24 y 25 de la Constitución Española.

La resolución no es por lo demás, de forma alguna, una consecuencia automática, necesaria e ineludible, de dicha no formalización, sino que el órgano de contratación puede optar por la resolución o por procurar la subsistencia del contrato. Si algo caracteriza a la contratación administrativa es el interés por la preservación del contrato como medio para la más pronta consecución del interés público perseguida a través del mismo.

#### ARTÍCULO 136. CLAUSULADO DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO

Comenzamos el estudio que nos ocupa con la referencia a este artículo 136 del TRLCSP y con él terminaremos. Este precepto impone para los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado la necesaria inclusión, amén de las cláusulas relativas a los extremos previstos en el artículo 26, la estipulación referida, entre otras, a un aspecto significativo a los efectos que nos ocupan, como son las sanciones y penalidades aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato. (Apartado h).

Lo más relevante de este precepto es sin duda la nomenclatura usada por el legislador en la redacción del precepto, usando sin rubor la expresión «sanciones y penalidades» no se sabe si en un intento de dar a las penalidades pactadas en el contrato un carácter afflictivo del que carecen o si se debe tan solo a una imprecisión que le lleva a confundir unas con otras.

Lo cierto es que en este caso del artículo 136 resulte más evidente que en ningún otro precepto la naturaleza puramente contractual de las penalidades convenidas pudiendo traerse aquí las consideraciones hechas a propósito del análisis de los artículos 212 y 213 que no repetiremos. No hay por ello lugar al encaje sin estrepito de las penalidades previstas en este artículo 136 dentro de la categoría de las sanciones.

Sin embargo esta aparente claridad en el supuesto que nos ocupa queda empañada por el uso del término sanción, que no puede ser desconocido

por el aplicador del derecho. La cuestión entonces se reduce a bien considerar que es posible que el texto contractual en el que descansa el acuerdo de colaboración entre sector público y sector privado tiene la virtualidad de introducir verdaderas sanciones o al menos medidas restrictivas de derechos para cuya imposición deberá seguirse un procedimiento sancionador con todas las garantías que le son propias, o bien adoptar un concepto laxo de sanción, que permita incorporar en un mismo plano penalidades y sanciones, en cuyo caso, parecería conveniente que fuese el mismo contrato de colaboración el que estableciera un procedimiento para su imposición. Resulta imposible saber cuál es el ánimo del legislador, puesto que en su articulado no hay referencia alguna a procedimiento de imposición de sanciones ni de carácter general ni como contenido clausular. Como ya decíamos al comienzo de este trabajo, lejos de disipar en aras de la seguridad jurídica las dudas que sobrevuelan a la cuestión que da título a este trabajo, parece venir a atizar un fuego que cada vez arde con mayor velocidad.

## CONCLUSIONES

Resulta fácil convenir en lo embarazoso de ofrecer una respuesta categórica a las disyuntivas que planteamos al comienzo de este estudio. Tal y como allí adelantábamos, ninguna de las previsiones legales presenta diáfana su configuración como sanción. Y por ello no faltan argumentos ni pronunciamientos, doctrinales y jurisprudenciales, que como hemos visto, sostienen la inexistencia de régimen sancionador en el TRLCSP.

Esta posición mantenida por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y por un buen número de autores, se ve sin embargo sacudida en sus cimientos como consecuencia de la Jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional sobre el concepto de sanción administrativa en el ámbito tributario.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que durante largo tiempo mantuvo que una serie de medidas tributarias (calificadas por diferentes normas como «recargos») no constituían sanción administrativa, con la importante consecuencia de no requerir en su imposición un procedimiento en el que fuera posible hacer presente el conjunto de valores y principios presentes en el art. 24 de la Constitución. Era, por tanto, posible que tales recargos fueran exigidos unilateralmente, sin procedimiento contradictorio previo, antes de mediar requerimiento formal de la Administración.



La razón de este proceder, que se aprecia en las SSTC 64/1995, 76/1990, 239/1988, y 181/1999, radicaba en que en tales supuestos, se decía, que se partía de una finalidad diferente de la retributiva que es la propia de la sanción: una finalidad resarcitoria, una finalidad de estímulo positivo para que el ciudadano regularice de manera voluntaria su situación fiscal, o una finalidad compensatoria al erario público por el perjuicio que supone la no disposición tempestiva de los fondos necesarios. Se llegará por esta vía, a afirmar que la función disuasoria no convierte a las medidas empleadas en sanciones, siempre que, en atención a su entidad y consecuencias, se pudieran entender justificadas por finalidades distintas de la de castigar.

Pues bien, en la Resolución del pleno STC 276/2000, de 16 de noviembre de 2000 que determina el contenido de pronunciamientos posteriores<sup>29</sup>, nos encontramos, aunque no por vez primera, con la afirmación de que la «función retributiva» puede no ser cuestión de esencia o función, sino de cantidad, de intensidad o cuantía del recargo. Es el importe, por tanto, la intensidad de la afección del patrimonio del administrado la que puede hacer que la consecuencia de la aplicación de un precepto legal sea vista y examinada como sanción.

En las SSTC 23/2001 y 26/2001, de 29 de enero de 2001 puede leerse:

*«En efecto, según afirmamos en esta Sentencia, (STC 276/2000) a cuya doctrina debemos remitirnos ahora, el recargo del 50 por 100 previsto en el citado precepto legal en tanto que supone una medida restrictiva de derechos que se aplica en supuestos en los que ha existido una infracción de Ley y desempeña una función de castigo, no puede justificarse constitucionalmente más que como una sanción.... Por ello, a estos recargos les resultan de aplicación las garantías materiales y procesales que se deducen de los arts. 25.1 y 24.2 CE lo que, a su vez, nos llevó a declarar la inconstitucionalidad del citado precepto legal al comprobar que, si bien era respetuoso con las garantías de certeza que se derivan del principio de legalidad penal, no podía considerarse, sin embargo, acorde con las garantías que se deducen del art. 24.2 CE, pues, al establecer el recargo del 50 por 100 cuestionado, no sólo no exige expresamente que deba aplicarse respetando estas garantías, sino que, dado su tenor literal, conduce justamente al resultado contrario, esto es, a su imposición de plano».*

---

<sup>29</sup> Entre otros, STC 291/2000, de 30 de noviembre y STC 312/2000, de 18 de diciembre.

Particularmente acertadas parecen las palabras de GARRIDO FALLA en el voto particular disidente que formula el Magistrado en relación con la Sentencia dictada por la Sala Primera de este Tribunal en el recurso de amparo núm. 1608-2000, al que se adhiere el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

*«Si frente a las medidas restrictivas de la actividad empresarial (o del disfrute de la propiedad) los particulares estuviesen protegidos por una reserva de Ley análoga a la del art. 25.1 CE y del amparo constitucional, difícilmente el concepto de sanción administrativa habría llegado a lo que es en la actualidad. Repárese, entonces, en que lo que hoy entendemos por sanción administrativa es el resultado de la ampliación del ámbito de protección de un derecho fundamental (el del art. 25.1 CE) hasta cubrir otros ámbitos de la actividad privada no protegidos por la Constitución con la misma intensidad».*

Esta doctrina del Tribunal Constitucional podría dar pie a que algunas de las actuaciones previstas en el TRLCSP, consecuencia de una infracción de ley y que objetivamente supongan una restricción de derechos les resultara de aplicación las garantías materiales y procesales que se deducen de los arts. 25.1 y 24.2 CE.

Así, por ejemplo, las prohibiciones de contratar contenidas en las letras b), d), f) y g) del apartado 1 del artículo 60, y c) de su apartado 2, no podrían apreciarse de forma automática, tal y como prescribe el artículo 61 o en el caso de la imposición de penalidades previstas en el Pliego de Cláusulas Particulares si estas fuesen notablemente superiores a las establecidas en el artículo 212 TRLCSP, quedarían sujetas indudablemente al principio de proporcionalidad, sustrayéndose así a la libre determinación por el órgano de contratación.

No es objeto de este trabajo el estudio de la delimitación del concepto de sanción administrativa, aunque a la vista está que tampoco es posible profundizar en esta materia de la contratación pública haciendo abstracción de aquel.

Sea como fuere, la legislación de contratos del Estado bien merece una regulación útil y precisa a los órganos de contratación de las Administraciones Públicas para el cumplimiento de su finalidad de satisfacción de necesidades de interés público. Y en particular la articulación de aquellas herramientas que permitan a la Administración velar y, llegado el caso imponer, el cumplimiento de lo pactado en aras de una eficaz inversión y gestión de los recursos financieros del Estado.

No debe desdeñarse la importancia que para las economías nacionales tiene la regulación de la contratación pública. Según el Observatorio de la contratación pública el valor total de los contratos públicos, expresado como porcentaje del PIB, es en nuestro país del 18,5 por ciento<sup>30</sup>. Y por ello, y no solo por una mera cuestión de seguridad jurídica, sino también de eficiencia y racionalidad en el gasto del recurso público, es necesario sentar claramente el régimen de los incumplimientos contractuales, sea o no sancionador.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ SOTO, J. *Elementos para definir las sanciones administrativas*, Revista Chilena de Derecho, Número Especial 1998.
- CANO CAMPOS, T. Presunciones y valoración legal de la prueba en el Derecho Administrativo Sancionador. Ed. Civitas, Madrid, 2008.
- CARBONERO GALLARDO, J. M. «Figuras afines a la sanción administrativa», El consultor, 1999.
- CARRETERO PÉREZ, A. y CARRETERO SÁNCHEZ, A. *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª ed., Editoriales reunidas, Madrid, 1995.
- COLMENAR LUIS, J. y COLMENARES SOTO, P. «contratos de las Administraciones Públicas» Madrid 1996.
- FENELLÓS, VICENTE. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. EDITORIAL COMARES S. L. 2005.
- GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual básico de derecho administrativo*, 2ª ed. Madrid, Tecnos, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 6.ª ed., Madrid, Civitas, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, ESCALANTE JOSE ANTONIO Código de las Leyes Administrativas y anexo (12ª ed.) Civitas ediciones S. L.
- HUERGO LORA, A. «Las sanciones administrativas» IUSTEL Madrid 2007.
- JURISTO SÁNCHEZ, R. «La ejecución del contrato de obra pública» Madrid 1983.
- NIETO GARCÍA, A. *Derecho Administrativo Sancionador*, segunda edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1994

---

<sup>30</sup> <http://www.obcp.es/>.

- RUIZ OJEDA, ALBERTO. Derecho de la Contratación Pública y Regulada, Thomson Civitas 2004.
- SUAY RINCÓN, J. *Sanciones Administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1989.
- SUAY RINCÓN, J. Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, obra dirigida por RAFAEL GONZÁLEZ-FERRER MORANT. Civitas 1996.
- PEMÁN GAVÍN, IGNACIO, El Sistema sancionador español: (hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas). CEDECS 2000.

## LA PROTECCIÓN DEL PERIODISTA: EL CASO DE SIRIA

Dra. Isabel García García

### SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.- II. SIRIA Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN.- III. DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DEL PERIODISTA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.- IV. UN FUTURO INCIERTO.- V. CONCLUSIONES.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### I. INTRODUCCIÓN

El oficio del periodista se ha convertido en uno de los más peligrosos del mundo, tanto es así que el índice de mortalidad alcanzó su punto álgido en el año 2012 según la Federación Internacional de Periodistas (FIP) con 121 periodistas y trabajadores de medios de comunicación asesinados. Siria, con 35 casos fue el país que registró más víctimas<sup>1</sup>. En lo que va de año siete periodistas han muerto en el conflicto sirio, 110 desde el comienzo de las hostilidades en 2011 y raro es el día que no aparece en algún medio de comunicación el secuestro o la detención de algún profesional de los medios<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Asesinados 121 periodistas en todo el mundo durante 2012, *ABC*, 31-12-2012 <http://www.abc.es/medios-redes/20121231/abci-periodistas-asesinados-2012-201212310006.html>.

<sup>2</sup> Syria conflict: Times journalists beaten during capture, *BBC*, 15-05-2014, <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-27422530>.

El presente trabajo versará por tanto sobre «La Protección del Periodista: el caso de Siria», y la justificación del tema viene determinada ya que en la actualidad es el conflicto más sangriento para el sector. Además, hay una escasa literatura que tome en consideración la ínfima protección que tienen los periodistas<sup>3</sup> y se tratará de arrojar luz sobre los principales avances en la creación de un marco jurídico que los salvaguarde además de introducirse algunas claves que ayuden a mejorar la calidad del trabajo del llamado «cuarto poder» y de los nuevos periodistas ciudadanos.

El trabajo se encuentra con una importante dificultad que es necesario reseñar, que es la recopilación de información ya que hay muy pocas investigaciones acerca de la suerte que están corriendo los periodistas en Siria y buena parte de los informes son estudios aproximativos o descriptivos de lo acontecido. Otro de los obstáculos es que los hechos aún no han finalizado y el alcance aún está por determinar.

La presente investigación se estructurará en cuatro bloques. El primero de ellos corresponde al análisis del estado de la cuestión en Siria, para lo cual se realizará una primera aproximación acerca de la naturaleza del régimen y de las causas del estallido del levantamiento. Además, se ofrecerá un barrido sobre los datos de mortalidad del sector periodístico en el país, se introducirá el marco jurídico relativo a la cuestión del Derecho de la Información y de la libertad de expresión y se describirán las agresiones sufridas por los periodistas.

A continuación, en el segundo apartado, el tema principal recae en la legislación internacional sobre el Derecho de la Información y de la protección de los periodistas. Así se especificarán las normas que son aplicables atendiendo al tipo de conflicto armado que se vive en la actualidad en Siria. Este bloque se dividirá en torno a cuatro apéndices, el primero en relación a los Convenios de Ginebra, el segundo sobre las resoluciones dictadas por la ONU, un tercer punto sobre el papel de la Corte Penal Internacional y la Jurisdicción Internacional y finalmente sobre otros convenios internacionales que son vinculantes y que comprometen a Siria.

El tercer bloque corresponde a la efectividad de las acciones que se han emprendido para frenar tanto la impunidad de los asesinatos como del riesgo de detención y secuestro de los informadores. Asimismo, se plantearán las actuaciones llevadas a cabo a nivel interno y de las instituciones

---

<sup>3</sup> DÍAZ BARRADO, C., TRINIDAD NÚÑEZ, P., «Marco jurídico de la protección de los periodistas y de los medios de información en los casos de conflictos armados: realizaciones y propuestas», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 85, enero-junio, 2005, p. 64.

internacionales. En este apartado también se analizará el papel que están jugando algunas ONG para facilitar el trabajo del sector en la zona.

Finalmente, se desarrollará un apartado en el que se recogen las principales conclusiones de la reflexión. Cierra la investigación las referencias bibliográficas utilizadas.

## II. SIRIA Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

*«Escribir es delito y si te atrapan te tratan como a cualquier otro delincuente»*

*Miral Abdul, periodista y escritor Sirio*

El mundo asistió a una ola de cambio en el mundo árabe tras la inmolación el pasado 17 de diciembre de 2010 del joven tunecino Mohamed Buazizi en Túnez. Tras el estallido social que comenzó en Túnez y que derivó en la salida del presidente Ben Ali, otros países, con un efecto contagio, se sumaron al brote y se sucedieron una serie de protestas pacíficas que fueron bautizadas con el nombre de *La Primavera Árabe*. La brecha que prendió en el norte de África, pronto se extendió a Siria.

### a) Régimen: naturaleza y agotamiento

Muchos de los actuales Estados árabes, en los que se incluye Siria, se enmarcan dentro de lo que los investigadores han dado en llamar *regímenes políticos híbridos*<sup>4</sup>, estados que combinan elementos democráticos con prácticas autoritarias. Así, estos se pueden clasificar en tres categorías: democracias defectivas, autoritarismos pluralistas cuasi competitivos restrictivos y autoritarismos cerrados<sup>5</sup>, categoría en la que se incluye Siria antes de su revuelta y que se define de la siguiente manera: no existe Estado de Derecho ni reconocimiento de los principales derechos políticos y libertades públicas. No se admite la posibilidad de existencia de grupos políticos que representen otros intereses u objetivos distintos a los de quienes ejer-

<sup>4</sup> MORLINO, L, «¿Regímenes híbridos o regímenes en transición?», *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 207, 2008, pp. 3-22.

<sup>5</sup> SZMOLKA, Inmaculada, «Democracias y autoritarismos con adjetivos: la clasificación de los países árabes dentro de una tipología general de regímenes políticos», *Revista española de Ciencia Política*, n.º 26, julio 2011, p. 4.

cen el poder. En los procesos electorales, si los hubiese, solo participan los candidatos del régimen político<sup>6</sup>.

Siria, constituida como una república, está gobernada por Bashar Al Assad, que heredó en el año 2000 de manos de su padre la presidencia del país. Tras su subida al poder, Al Assad, promulgó ciertas reformas políticas y económicas, rebajó el control de medios y extendió el desarrollo tecnológico. No obstante, el descontento social y la fuerte división de la sociedad no pudo evitar el levantamiento de la población en el año 2011 en *La Primavera Árabe*<sup>7</sup>.

La revolución comenzó en Deraa y poco después se extendió a toda Siria. Pese a que las demandas originariamente se basaban en reformas económicas y democráticas, rápidamente se convirtió en una *Revolución Rural Suní* hastiada por la marginación del poder (del 87 por ciento de la población musulmana, el 74% es suní y el restante 13% se divide entre chiitas y alauitas<sup>8</sup>). Este siempre ha estado ostentado por los alauitas, y quién ha mantenido una política represiva hacia el islamismo suní, considerándolo una amenaza y persiguiendo a sus líderes. La última política represiva fue en el año 2008 tras un acuerdo con EE. UU. para expulsar y encarcelar a activistas yihadistas.

El otro factor que promovió la radicalización del conflicto es la división existente entre las zonas urbanas y las rurales, fue en esta zona donde se instaló el salafismo que aglutinó el descontento de las políticas del presidente hacia una economía urbana. «Salafism already had a base of support in the conservative rural areas where the uprising began, and its most significant structural weakness had been balanced out by regime repression»<sup>9</sup>. Desde entonces, y hasta julio del año 2013, fecha en la que la ONU ha dejado de contabilizar las muertes debido al difícil acceso que tienen en la zona, las cifras de las víctimas mortales ascendían a 100.000. No obstante, el *Observatorio Sirio para los Derechos Humanos* eleva la cifra a 130.000.

Siria se ha convertido en el país más mortal para el mundo de los periodistas en la actualidad<sup>10</sup>, únicamente superado por el conflicto de Irak entre el año 2003 y 2006. **Reporteros sin Fronteras** (RsF), que incluye a todos los

<sup>6</sup> *Ibid.*, p.16.

<sup>7</sup> LUND, Aron, «Syria's salafi insurgents: the rise of the syrian Islamic» front, *Occasional Ulpapers*, Sweden February 2013.

<sup>8</sup> Fuente The World Factbook.

<sup>9</sup> LUND, A., «Syria's salafi insurgents: the rise of the syrian islamic front», *UI Occasional Papers*, February 2013, p. 10.

<sup>10</sup> Según el Comité para la Protección de los Periodistas y Reporteros sin Fronteras desde el año 2011 han muerto en Siria realizando su trabajo más periodistas que en cualquier otro país.



informadores («news providers») en su estadística, considera que son **60**, como mínimo, los detenidos o secuestrados y **110 el número de muertos en el conflicto Sirio**<sup>11</sup>. La mayoría de las personas que han muerto informando de la guerra eran sirias y aunque algunas murieron víctimas del fuego cruzado o quedaron atrapadas en bombardeos, el Comité para la Protección de los Periodistas denuncia que al menos 36 fueron asesinadas deliberadamente por fuerzas del Gobierno o de la oposición debido a su trabajo<sup>12</sup>. Durante el año 2014 el número de secuestros ha aumentado, actualmente hay 16.

**Tabla 1. Periodistas muertos entre 2012-2014**<sup>13</sup>

Años	Siria	Somalia	Pakistán	Irak
2012	35	18	10	5
2013	16	7	10	13
2014	7	1	9	4

«No hay precedentes. **Siria es el escenario del mayor número de secuestros en el periodismo moderno**, más que Irak en los 2000 o Líbano en los 80. Producto de una combinación de criminalidad, yihadismo y caos que ha reducido a cero la cobertura de la guerra», asegura **David Rhode de Reuters, secuestrado por los talibán en 2008** durante siete meses en Afganistán y Pakistán<sup>14</sup>.

## **b) La libertad de expresión en Siria**

*«La libertad del periodista está garantizada por la ley, y sus opiniones no han de ser motivo para determinar su libertad, excepto dentro de los límites de la ley»*

*Decreto legislativo N° 108 dictado por Bashar Al Assad*

<sup>11</sup> SAHAGÚN, F., «Siria, la ratonera del periodismo», *El mundo*, 11-12-2013, <http://www.elmundo.es/internacional/2013/12/09/52a5d63463fd3df0478b4587.html>.

<sup>12</sup> Información en el enlace de Comité para la Protección de los Periodistas, <http://www.cpj.org/killed/mideast/syria/>.

<sup>13</sup> Datos extraídos de la Federación Internacional de Periodistas en el siguiente enlace, <http://ifj-safety.org/en/2013/killings>. No incluye los new providers.

<sup>14</sup> SAHAGÚN, F., Siria, la ratonera del periodismo, *El mundo*, 11-12-2013, <http://www.elmundo.es/internacional/2013/12/09/52a5d63463fd3df0478b4587.html>.

Excepto Arabia Saudí, todas las constituciones árabes reconocen la libertad de expresión. No obstante, está muy condicionada en la mayoría de los países y, como en el caso de Siria, se restringe a las más altas instituciones del Estado, al Islam, al Ejército, la seguridad nacional, a los servicios de orden público y la difusión de contenidos de carácter público está prohibida<sup>15</sup>. Con respecto a los medios de comunicación, el régimen sirio tiene un amplio predominio en los medios. Este control al acceso del ejercicio periodístico hace que muchos medios se pongan al servicio del poder. En Siria, antes del estallido de la revolución, el Estado solamente había concedido la titularidad privada a las estaciones de radio.

Además, desde el año 1963 y hasta el año 2011 Siria estuvo en estado de excepción y ésta Ley de Emergencia restringía una gran variedad de libertades, entre los que se encontraba el derecho a la libertad de expresión. Un elevado número de periodistas fueron objeto de intimidaciones y detenciones al expresar opiniones contrarias al Gobierno. En un informe elaborado por *Worldwide Press Freedom Index* en el año 2011, la situación de la libertad de prensa en Siria se consideraba muy crítica. El 21 de abril de 2011 Bashar Al Assad dictaba el Decreto 161 que ponía fin al estado de excepción.

**Tabla 2. Derechos y libertades en Siria**

<b>País</b>	<b>Reconoci- miento del derecho de asociación</b>	<b>Puntuación Reporteros Sin Fronteras 2010*</b>	<b>Independen- cia del poder judicial</b>	<b>Índice de Estado de Derecho Freedom House**</b>
Siria	Sí	91,50 (173)	Dependiente	1

\*El ranking se ordena de mayor a menor libertad de prensa de entre 178 países RsF.

\*\* Freedom (de 0 a 16, siendo el 16 el índice más alto).

Fuente: Smolzka 2011

No obstante, es en el año 2011, tras el levantamiento social, cuando las violaciones del derecho a la libertad de expresión se hicieron aún más

<sup>15</sup> SZMOLKA, Inmaculada, «Democracias y autoritarismos con adjetivos: la clasificación de los países árabes dentro de una tipología general de regímenes políticos», *Revista española de Ciencia Política*, n.º 26, julio 2011, p. 47.

graves. Cinco meses después del inicio de la revolución, Bashar Al Assad dictó el Decreto Legislativo n.º 108 por el que se promulgaba la nueva Ley de Medios de Comunicación. Esta nueva ley recoge grandes prohibiciones como la de publicar cualquier noticia relacionada con las Fuerzas Armadas o sobre creencias religiosas. Además, no se modifica en la ley la definición de los delitos tipificados en los artículos 285 a 287 del Código Penal, a los que se ha venido recurriendo desde hace tiempo para castigar y silenciar a disidentes políticos, defensores de los derechos humanos y periodistas críticos<sup>16</sup>. La Ley de Medios de Comunicación establecía un Consejo de Medios de Comunicación de ámbito nacional y anulaba la Ley de Material Impreso de 2001<sup>17</sup>.

Lo más llamativo de dicha ley puede leerse en el artículo 3, ya que pese a reconocer la libertad de expresión y que esta está garantizada en la Constitución siria, se especifica que los medios de comunicación deben realizar su trabajo en base a *«los valores patrióticos y nacionales de la sociedad siria y la responsabilidad de difundir conocimiento y la expresión del interés del pueblo y la protección de la identidad nacional»*. Sin embargo, a lo largo de la ley no se especifican cuáles son esos valores patrióticos o señales del estado sobre los que no se puede publicar. Además, siguen otras series de prohibiciones como que los periodistas no pueden recibir dinero de la publicidad, de donaciones, ni participar en anuncios comerciales<sup>18</sup>. A pesar de estas prohibiciones la ley también establece que antes de interrogar o detener a periodistas se debe informar al sindicato de Periodistas y que este provea con representante legal.

En febrero del año 2012 se aprobó una nueva Constitución que, al igual que la anterior, calificaba la libertad como «derecho sagrado». El Título II es el relativo a Derechos y Libertades y el artículo 42 reza que *«todo ciudadano tendrá derecho a expresar libre y abiertamente sus opiniones con palabras, por escrito y por todos los demás medios de expresión»*. El siguiente artículo, el 43, promulga que *«el Estado garantizará la libertad*

---

<sup>16</sup> Informe de la comisión de investigación internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria, Consejo de Derechos Humanos, 22 de febrero de 2012, [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-69\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-69_sp.pdf).

<sup>17</sup> En el año 2001 se aprobó la Ley de Material Impreso que restringía la libertad para escribir sobre temas delicados para el gobierno. Los periodistas procesados en virtud de la ley se enfrentaban a entre uno y tres años de cárcel y una multa. Los periodistas además, debían solicitar un permiso del primer ministro para ejercer su profesión y si estos se negaban a revelar la identidad de una fuente el ministro de Información podía retirarles el carné.

<sup>18</sup> «President al-Assad Issues Legislative Decree on Media Law», *SANA (Syrian Arab News Agency)*, 29-08-2011, <http://sana.sy/eng/361/2011/08/29/366490.htm>.

de prensa, la impresión y la publicación, y los medios de comunicación y su independencia de acuerdo con la ley»<sup>19</sup>.

Internet se introduce por primera vez en Siria en el año 2000 y solamente se registran 30.000 usuarios al año. En 2011 un 23% de la población tenía acceso a pesar de los altos precios (el coste medio de conexión de 1Mbps es de aproximadamente \$30 dólares, en Siria la renta per cápita ronda los \$200)<sup>20</sup>. A pesar de su retraso Siria ya se ha convertido en uno de los países más peligrosos del mundo con un incontable número de bloggers y periodistas ciudadanos arrestados y asesinados<sup>21</sup>.

**Tabla 3. Internet Freedom Status**

<b>Web 2.0 Applications Blocked</b>	Yes
<b>Notable Political Censorship</b>	Yes
<b>Bloggers/Users Arrested</b>	Yes
<b>Press Freedom Status</b>	Not free
<b>Total (0-100)</b>	83

Fuente: Freedom House 2012

En *La Primavera Árabe* muchos dirigentes han actuado de la misma manera y es que la conectividad es la gran fuerza de la sociedad de la información, esta genera velocidad: cuanto más conectados estamos, más rápidamente podemos hacer las cosas. La pertenencia a redes genera capital social y este se incrementa cada vez que se crean relaciones con otros actores a través de los más diversos vínculos. Estas relaciones se convierten en un preciado bien que genera oportunidades sociales y oportunidades de acción a los miembros de dichas redes sociales<sup>22</sup>. Las redes sociales e In-

<sup>19</sup> En el siguiente enlace puede consultarse la nueva Constitución siria traducida, <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/91436/106031/F-931434246/constitution2.pdf>.

<sup>20</sup> «Services and price», *Syrian Computer Society Network (SCS-NET)*, <http://www.scs-net.org/portal/OurConnection/OurConnections/SCSADSL/PlansPrices/tabid/493/language/en-US/Default.aspx>.

<sup>21</sup> Syria, Freedom on the net 2012, Freedom House, <http://www.freedomhouse.org/sites/default/files/Syria%202012.pdf>.

<sup>22</sup> REQUENA SANTOS, F., «Redes sociales y sociedad civil», *CIS*, n.º 256.

ternet también han jugado un importante rol en el movimiento de protesta que comenzó en 2011<sup>23</sup>.

Por tanto, aunque ya existía un férreo control en la red, el 8 de febrero de 2012 el presidente promulgó un decreto que regula las comunicaciones por Internet y la lucha contra la ciberdelincuencia y en el que se tipifican delitos generales que limitan la libertad de expresión, al igual que la Ley de Medios de Comunicación de 2011. «The owner of a website or online platform is also required to save a copy of their content and traffic data to allow verification of the identity of persons who contribute content on the network for a period of time to be determined by the government»<sup>24</sup>.

«Periodistas aficionados han filmado violaciones de los derechos humanos cometidas por fuerzas militares y de seguridad y las han subido a Internet. Otros han manifestado su disenso a través de expresiones culturales, como obras satíricas con marionetas emitidas en Internet. En respuesta, el Gobierno ha tratado de bloquear<sup>25</sup> o ralentizar el acceso a Internet en ciudades rebeldes en diferentes ocasiones, ha destruido equipo informático durante ataques y ha intervenido cibernéticamente correos electrónicos privados y cuentas de medios sociales»<sup>26</sup>.

Una compañía italiana de seguridad, Área SpA, es la sospechosa de proveer al Gobierno sirio con la infraestructura necesaria para llevar a cabo la vigilancia<sup>27</sup>. No obstante, y a pesar de que los ciberataques ya estaban presentes en Siria antes de la revolución, desde el año 2011 se han incrementado y son llevados a cabo por el Ejército Electrónico Sirio (SEA).

---

<sup>23</sup> Syria, Freedom on the net 2012, Freedom House, <http://www.freedomhouse.org/sites/default/files/Syria%202012.pdf>.

<sup>24</sup> Syria, Freedom on the net 2012, Freedom House, <http://www.freedomhouse.org/sites/default/files/Syria%202012.pdf>.

<sup>25</sup> «Leaked Syrian document shows how Assad banned internet access and satellite phones», *The Telegraph*, 27-06 2011, <http://blogs.telegraph.co.uk/news/michaelweiss/100093908/leaked-syrian-document-shows-how-assad-banned-internet-access-and-satellite-phones/>.

<sup>26</sup> Informe de la comisión de investigación internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria, Consejo de Derechos Humanos, 22-02- 2012, [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-69\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-69_sp.pdf).

<sup>27</sup> ELGIN, B. y SILVER, V., «Syria Crackdown Gets Italy Firm's Aid With U.S.-Europe Spy Gear», *Bloomberg*, 3-11-2011, <http://www.bloomberg.com/news/2011-11-03/syria-crackdown-gets-italy-firm-s-aid-with-u-s-europe-spy-gear.html>.

### **c) Un sector en peligro: periodistas nacionales, ciudadanos y extranjeros**

Los medios de comunicación de masas no se limitan a transmitir información o a servir de entretenimiento para los públicos, sino que, como explican estudios realizados por Laswell (1948) y Merrill y Lee (1992), son capaces de generar una especie de efectos psicosociales en las sociedades donde ejercen influencia. En la sociedad de la información, los medios son los principales vehículos a través de los cuales se construyen patrones culturales, esto denota el inmenso poder que estos tienen para reflejar y configurar la realidad. Con el nacimiento de Internet ha llegado un fenómeno que ha revolucionado el concepto de la información y que escapa al férreo control de los mandatarios. Cuando no se puede controlar el medio se pasa a instaurar el miedo en los periodistas.

#### *Abusos por parte del Gobierno*

Tras el estallido de las protestas el Gobierno trató de mantener un bloqueo en los medios de comunicación para que no trascendiera más información que la oficial. Así, varios periodistas locales han sido retenidos, torturados y asesinados. Entre ellos destacan *Salameh Kaileh*, *Miral Abdul Aziz*, *Hussein 'Essou* o *Ayad Sharbaji*. El centro Sirio para los Medios de Comunicación y la Libertad de Expresión<sup>28</sup> hizo público un informe en noviembre de 2011 en el que aseguró que había documentado «109 casos de violaciones de derechos humanos cometidas contra 88 profesionales de los medios de comunicación entre febrero y octubre de 2011». Desde el año 2006 las autoridades interrumpieron dos veces en las instalaciones, en febrero de 2012 los servicios de inteligencia volvieron a entrar y se llevaron ordenadores, teléfonos y documentos. Ese día además detuvieron a su fundador, Mazen Darwish y a 13 compañeros.

Las nuevas herramientas de comunicación han hecho proliferar otra nueva figura dentro del periodismo, los periodistas ciudadanos, que en el conflicto de Siria han sido determinantes para lograr reflejar la realidad del país debido a la represión del Gobierno a los periodistas nacionales y extranjeros. Estos también comenzaron a ser pronto una amenaza para el

---

<sup>28</sup> Matar al mensajero, los periodistas, en el punto de mira de todas las partes en el conflicto de Siria, Amnistía Internacional, Londres, 2013, p. 13 [https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Shooting\\_the\\_messenger\\_Final\\_RS\\_3.pdf](https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Shooting_the_messenger_Final_RS_3.pdf).

régimen de Bashar Al Assad ya que como se ha documentado anteriormente las autoridades sirias vigilan las redes sociales y los sitios para compartir videos. Cuando la movilización social desencadenó en un conflicto armado interno los periodistas ciudadanos empezaron a tener más riesgo.

Al menos 102 informadores sirios han sido asesinados, 17 de ellos profesionales, 80 periodistas ciudadanos y cinco asistentes. Solamente en 2012, 47 periodistas ciudadanos fueron asesinados por ejercer su profesión. Además, más de 200 han sido detenidos por el Gobierno<sup>29</sup>. Desde marzo a diciembre del año 2011 hubo un bloqueo por parte del Gobierno a los medios convencionales, la información que se obtuvo durante estos meses dependió del esfuerzo de los activistas y periodistas ciudadanos.

Los periodistas extranjeros, por su parte, también han sufrido las represalias de las autoridades sirias, ya que estos aumentaron las restricciones en cuanto a la concesión de visados<sup>30</sup>, se aumentó la vigilancia y se expulsó a algunos que ya ejercían su trabajo en el país antes del inicio de las protestas. Este fue el caso de *Khaled Yacoub*, periodista en la agencia Reuters. Así, los periodistas que logran acceder a Siria lo hacen de manera no oficial y se unen a los grupos armados de oposición.

Uno de los ataques que ha tenido más trascendencia contra los periodistas extranjeros fue el bombardeo contra el centro de Medios de Comunicación de Homs, en el que murió la corresponsal del *Sunday Times* Marie Colvin y el fotógrafo francés Rémi Ochlik.

### *Grupos armados en la oposición*

Actualmente los periodistas también tienen que preocuparse de los abusos que están cometiendo los grupos armados de la oposición. Así, Amnistía Internacional ha recogido al menos 17 casos de ataques efectuados deliberadamente por estos grupos contra periodistas y profesionales de los medios de comunicación. Determinados grupos armados afiliados al Ejército Sirio Libre o pertenecientes al grupo terrorista Yabat al Nusra, han tachado a determinados periodistas de «*shabiha de los medios de comunicación*». Además, estos han publicado amenazas a través de *Facebook* y *Twitter*.

<sup>29</sup> El Periodismo en Siria, ¿Misión imposible?, Reporteros Sin Fronteras, noviembre 2013, p. 10, file:///C:/Users/isabel/Downloads/2013\_INFORME\_SIRIA\_ES%20(2).pdf.

<sup>30</sup> Informe de la comisión de investigación internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria, Consejo de Derechos Humanos, 22-02- 2012, [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-69\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-69_sp.pdf).

Estos grupos armados han causado la muerte de 12 periodistas en ataques dirigidos contra ellos. En junio de 2012 un grupo armado asaltó la sede de la cadena privada y progubernamental de televisión Al Ijbariya y en agosto de 2012 explotó una bomba en la sede de la televisión pública en Damasco. Asimismo, muchos periodistas y cámaras han muerto a la entrada de sus hogares después de ser víctimas de un seguimiento y la toma de rehenes a periodistas locales y extranjeros también está a la orden del día<sup>31</sup>.

### *Los periodistas como objetivo de la guerra*

La gran cobertura mediática que se tiene en la actualidad de los conflictos armados así como el incremento de periodistas en las zonas de conflicto que cada vez trabajan más de manera autónoma en busca de una información veraz y objetiva está ligada al aumento del número de periodistas muertos. No obstante, desde el 11 de septiembre ha habido un cambio<sup>32</sup>, el auge de las denominadas *nuevas guerras*, que no tienen combatientes con rostros y en las que se lucha por una idea, está afectando de manera más notable el riesgo de los periodistas en estos conflictos ya que si bien estos profesionales pueden ser testigos incómodos de una realidad que no se quiere mostrar, actualmente también son el objetivo de grupos terroristas.

Y es que sin comunicación no hay terrorismo<sup>33</sup> y los terroristas han encontrado en las redes sociales un aliado para mostrar sus reivindicaciones. Los actos terroristas han pasado de ser concebidos por sus protagonistas como un método de violencia instrumental, a ser entendidos como una manifestación de violencia expresiva, aquella que es ritual, simbólica y comunicativa<sup>34</sup>. Así, el objeto de la acción comunicativa del EEI es aumentar la repercusión de sus atentados, ofreciendo imágenes sobre sus ataques o explotando propagandísticamente el secuestro de rehenes<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Matar al mensajero, los periodistas, en el punto de mira de todas las partes en el conflicto de Siria, Amnistía Internacional, Londres, 2013, [https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Shooting\\_the\\_messenger\\_Final\\_RS\\_3.pdf](https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Shooting_the_messenger_Final_RS_3.pdf).

<sup>32</sup> COUSELO JAR, G, Periodistas y guerra: Una perspectiva desde el Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional Humanitario, 2.ª edición, Dentro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 633-659, p. 650.

<sup>33</sup> MACLUHAN, Marshall, entrevista en el diario italiano Il Tempo, 19 de febrero de 1978.

<sup>34</sup> KURTH CRONIN, A, «Behind de curve. Globalization and International Terrorism», *International Security*, 2002-03, pp. 30-58.

<sup>35</sup> TORRES SORIANO, M, La Dimensión propagandística del terrorismo yihadista global, editorial de la Universidad de Granada, 2007, p. 60, p. 479.



James Foley y Steven Sotloff han sido los últimos periodistas decapitados en Siria por el EI pero esta práctica la inició Al Qaeda. La explotación propagandística de la brutalidad más explícita ha sido una constante en los grupos que han seguido la estela de Al Qaeda. Conscientes de la mezcla de repulsión e interés mediático que generan estos asesinatos escenificados, los grupos yihadistas no han dudado en utilizarlo para alcanzar mayores cuotas de publicidad y aterrorizar a la población enemiga<sup>36</sup>. Si bien esta práctica es cada vez más común es necesario conocer cuál es la protección de la que gozan los periodistas a este respecto.

### III. DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DEL PERIODISTA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Llegados a este punto es necesario hacer dos distinciones que deben ser analizadas por separado. Por un lado, hay que destacar la regulación internacional sobre el *Derecho a la Libertad de Información* y sobre la *Protección del Periodista*. Así, en primer lugar se especifica dónde y cómo se regula el primer bien jurídico.

En 1946 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas trabajó con el concepto de libertad de información. En su Resolución 59 (1) de 1946 la Asamblea General ya declara que «*la libertad de información es un derecho humano fundamental y la piedra angular de todas las libertades a las que están consagradas las Naciones Unidas*. La libertad de información implica el *derecho de recopilar, transmitir y publicar noticias en cualquier parte y sin restricción alguna*»<sup>37</sup>. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 19 expone que «*todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*».

Este bien jurídico se encuentra también regulado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) del que Siria es Estado Parte. El artículo 19.2 de dicho pacto reza que «*nadie podrá ser molestado*

<sup>36</sup> TORRES SORIANO, M, *La Dimensión propagandística del terrorismo yihadista global*, editorial de la Universidad de Granada, 2007, p. 385, p. 479.

<sup>37</sup> Resolución de la Asamblea General de la ONU n.º 59 (1) de 14 de diciembre de 1946 «Convocación de una conferencia internacional de libertad de información», [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/59\(1\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/59(1)).

*a causa de sus opiniones y que toda persona tiene derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».*

Asimismo, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconoce, en el artículo 10.1, que *«toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras»*. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el artículo 11.1, prevé que *«toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras»*.

### **a) Protección del periodista: El Derecho Internacional Humanitario**

Las primeras referencias a los periodistas se encuentran en el Derecho de la Guerra, en el artículo 13 del Reglamento relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, anexo a los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, que dice: *«Los individuos que siguen a un Ejército sin formar parte directamente de él, tales como los corresponsales de periódicos, los vivanderos, los proveedores, que caigan en poder del enemigo, y que éste considere útil detener tendrán derecho al trato de prisioneros de guerra a condición de que estén provistos de carta de legitimación de la Autoridad militar del Ejército a que acompañaban»*. De esta manera se les atribuye el carácter de personal civil.

Es en 1929 cuando por primera vez se contempla a los periodistas en el DIH con la aprobación del Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra. En el artículo 81 se deja claro que serán considerados prisioneros de guerra las personas que sigan a las Fuerzas Armadas sin formar parte integrante de ellas, tales como los *corresponsales de periódicos y reporteros*<sup>38</sup>. Sin embargo, nunca se da una definición completa de la actividad periodística y las personas que la ejercen sigue teniendo un

---

<sup>38</sup> Los corresponsales de guerra entran en la categoría de personas que siguen a las Fuerzas Armadas sin formar realmente parte integrante de ellas. Esta definición no es adecuada.

planteamiento parecido al señalado del de La Haya. Después de la II Guerra Mundial se aprobaron los cuatro Convenios de Ginebra en 1949 y en el artículo 4 del tercero se introduce un cambio al hablarse de *corresponsales de guerra* y ya no es obligatorio portar una tarjeta de identidad.

No obstante, a partir de la II Guerra Mundial los conflictos cambian y los Convenios de Ginebra son los encargados de velar, fundamentalmente, por los conflictos armados de carácter internacional. Debido a esto y que los periodistas no querían ser acreditados por las autoridades correspondientes se produce una transición del tradicional concepto de corresponsal de guerra, periodista que participa de los mismos objetivos de las tropas que acompaña, al actual periodista en misión peligrosa, en el que en muchos casos no solo no se comparten esos intereses sino que pueden llegar a ser contrapuestos, situación que de cara a su protección, entraña muchos más riesgos<sup>39</sup>.

En los cuatro Convenios de Ginebra está presente un artículo común que fija el contenido mínimo de las obligaciones que deben cumplirse en un conflicto armado, incluso, como en el caso de Siria, cuando adquiere el carácter de conflicto armado interno. Así, en el primer punto del artículo 3 puede leerse: *«Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo»*.

Además, en base a esta definición el Derecho Internacional Humanitario también prohíbe los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios, la toma de rehenes; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. Siria es Estado Parte en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, los ratificó en 1953, y del Protocolo Adicional I de 1979, que lo firmó en el año 1983, lo que le obliga, por tanto, a respetar las normas del Derecho Internacional Humanitario.

---

<sup>39</sup> COUSELO JAR, G., *Periodistas y guerra: Una perspectiva desde el Derecho Internacional Humanitario*, Derecho Internacional Humanitario, 2.a edición, Dentro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 633-659, p. 639.

Asimismo, el principio de distinción entre personal civil y combatientes obliga a las partes a dirigir sus ataques solamente contra combatientes y bajo esta misma premisa se debe distinguir entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Ya que la población civil es aquella que no forma parte de las hostilidades, los periodistas y sus bienes están protegidos. No obstante, un medio de comunicación podría convertirse en objetivo militar si se cumplen algunas circunstancias. El artículo 52 del protocolo Adicional I señala estos dos elementos: por un lado que los bienes contribuyan eficazmente a la acción militar<sup>40</sup> por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización: y en segundo lugar, que su destrucción, captura o neutralización supongan una ventaja militar definida. Estas dos circunstancias deben concurrir y sería ilícito el ataque contra un medio que solo reúna una de ellas<sup>41</sup>.

Es llamativa la escasa regulación que existe de la figura del periodista en el Derecho Internacional Humanitario ya que solamente el artículo 79 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 se refiere a las «Medidas de protección de los periodistas» en un conflicto armado de carácter internacional<sup>42</sup>. En él puede leerse lo siguiente:

*1. Los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado serán considerados personas civiles en el sentido del párrafo 1 del artículo 50.*

*2. Serán protegidos como tales de conformidad con los Convenios y el presente Protocolo, a condición de que se abstengan de todo acto que afecte a su estatuto de persona civil y sin perjuicio del derecho que asiste a los corresponsales de guerra acreditados ante las fuerzas armadas a gozar del estatuto que les reconoce el artículo 4, A.4) del III Convenio.*

*3. Podrán obtener una tarjeta de identidad según el modelo del Anexo II del presente Protocolo. Esa tarjeta, que será expedida por el gobierno del Estado del que sean nacionales o en cuyo territorio residan, o en que se encuentre la agencia de prensa u órgano informativo*

---

<sup>40</sup> La difusión por parte de un periodista de mensajes de propaganda no puede ser considerado como una participación en las hostilidades.

<sup>41</sup> DÍAZ BARRADO, C., TRINIDAD NÚÑEZ, P., «Marco jurídico de la protección de los periodistas y de los medios de información en los casos de conflictos armados: realizaciones y propuestas», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 85, enero-junio, 2005.

<sup>42</sup> Los conflictos armados internos quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma. Sin embargo, por entonces el mayor número de conflictos eran internos.

*que emplee sus servicios, acreditará la condición de periodista de su titular.*

El artículo pese a que amplía el concepto no define que se entiende por periodista. El uso actual de la palabra periodista cubre un círculo más amplio que las personas que trabajan para los medios de comunicación y la prensa escrita y la definición contenida en el artículo 2(a) de la Convención Internacional para la Protección de los Periodistas involucrados en Áreas en Misión Peligrosa y Conflictos armados debería tenerse en cuenta como guía de interpretación del artículo 79<sup>43</sup>. «The word “journalist” shall mean any correspondent, reporter, photographer, and their technical film, radio and television assistants who are ordinarily engaged in any of these activities as their principal occupation [...]». Por otra parte, y dado a la evolución que ha sufrido el modo de transmitir información en zonas de conflicto la cuestión es preguntarse qué se puede hacer para asegurar la protección de los periodistas sin al mismo tiempo privar su libertad de movimiento. «Two situations need to be distinguished. A journalist whose “dangerous professional mission” has brought him into an area where combat is actually being waged, may, either, be able to move around freely in the area, or may find himself apprehended and detained by one of the parties to the conflict. Article 79, which does not explicitly identify these situations, must be regarded as applicable to both situations<sup>44</sup>».

Así, esta protección jurídica resulta escasa para algunos autores además de ambigua. Las normas del Derecho Internacional Humanitario son insuficientes para hacer frente a los casos, muchas veces frecuentes, en los que los periodistas son víctimas durante el desarrollo de las hostilidades o por encontrarse en zonas de conflicto. Todo ello, hace que se proponga la revisión del Derecho Internacional Humanitario en esta materia, lo cual no resulta incompatible con la elaboración de un convenio especial en el que se contemplasen los aspectos generales de la protección tanto de los periodistas como de los medios de comunicación<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> GASSER, H., JUNOD, Sylvie, PILLOUD, C., DE PREUX, J., SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., WENGER, C., ZIMMERMANN, B., Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, International Committee of the Red Cross, editors Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann, Geneva, 1987, p. 1658, p. 921.

<sup>44</sup> KALSHOVEN, F, ZEGVELD, L, Constraints on the Waring of war, An Introduction to International Humanitarian Law, International Committee of the Red Cross, Geneva, marzo 2001, p. 225, p 131.

<sup>45</sup> DÍAZ BARRADO, C., TRINIDAD NÚÑEZ, P., Marco jurídico de la protección de los periodistas y de los medios de información en los casos de conflictos armados: realiza-

## b) La respuesta de la ONU

La Asamblea General adopta una resolución ya en el año 1970 expresando su preocupación por la suerte que corrían los corresponsales de guerra e introduce que es conveniente elaborar un proyecto que asegure la protección de los periodistas en misión peligrosa y que se cree un documento de identidad para el sector. En el 73 y el 75 Naciones Unidas culminó la elaboración de una serie de artículos sobre la protección de los periodistas en conflictos armados.

En el año 2006 el Consejo de Seguridad de la ONU aprueba la Resolución 1738 sobre la «Protección de los Civiles en los Conflictos Armados» en ésta se condenan «los ataques intencionados contra periodistas, profesionales de los medios de comunicación y su personal asociado, como tales, en situaciones de conflicto armado y exhorta a todas las partes a que pongan fin a esas prácticas y recuerda, a este respecto, que los periodistas, los profesionales de los medios de comunicación y el personal asociado que realizan peligrosas misiones profesionales en zonas de conflicto armado deberán considerarse civiles y ser respetados y protegidos como tales»<sup>46</sup>. Sin embargo, los periodistas ciudadanos no están incluidos en esta resolución.

Una ampliación a dicha resolución venía con la aprobación de Plan de Acción de las Naciones Unidas para la Seguridad de los Periodistas y la Cuestión de la Impunidad El Plan está diseñado para proteger la libertad de expresión y tiene como objetivo el «establecimiento de un entorno libre y seguro para los periodistas y los trabajadores de los medios de comunicación, tanto en situaciones de conflicto como en otras, a fin de fortalecer la paz, la democracia y el desarrollo en todo el mundo». Entre los puntos más destacados del Plan está la decisión de establecer mecanismos para luchar contra la impunidad de los ataques a periodistas, aboga por introducir en la agenda de las Naciones Unidas la seguridad de estos, la libertad de expresión y establecer un mecanismo interinstitucional coordinado para el seguimiento y la evaluación de los «asuntos que son motivo de preocupación en relación con la cuestión de la seguridad de los periodistas».

Algunas de las acciones planificadas son sensibilizar a la población, a las agencias de noticias y a los propietarios de los medios de comunicación de convenios internacionales existentes, ayudar a los gobiernos a desarro-

---

ciones y propuestas, *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 85, enero-junio, 2005, p. 95.

<sup>46</sup> Resolución 1738 del Consejo de Seguridad de la ONU, 23-12-2006, [http://www.ceipaz.org/images/contenido/Proteccion%20de%20los%20civiles%20en%20los%20conflictos%20armados\\_Resoluci%C3%B3n1738\\_2006\\_ESP.pdf](http://www.ceipaz.org/images/contenido/Proteccion%20de%20los%20civiles%20en%20los%20conflictos%20armados_Resoluci%C3%B3n1738_2006_ESP.pdf).

llar leyes para proteger a los periodistas, impartir cursos de formación para los profesionales del sector en materia de seguridad, elaborar mecanismos de respuesta en tiempo real en casos de emergencia que sea accesibles para los grupos y organizaciones de los medios de comunicación. En relación con la campaña de sensibilización Naciones Unidas decretó el 2 de noviembre como «Día Mundial Contra la Impunidad de los Crímenes contra Periodistas».

### **c) El papel de la Corte Penal Internacional y la Jurisdicción Universal**

El Estatuto de la Corte Penal Internacional describe en su artículo 5 que su competencia se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional. Según lo descrito los abusos cometidos por parte de Siria hacia los periodistas se inscriben dentro del tipificado *crimen de guerra*. El artículo 8 considera que las infracciones graves de los Convenios de Ginebra son crímenes de guerra. Al catalogarse el conflicto sirio como conflicto armado interno por la Cruz Roja<sup>47</sup>. Serán susceptibles de juicio todas aquellas violaciones graves del artículo 3 presente en los cuatro convenios. El párrafo c especifica las causas: los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; la toma de rehenes; las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables<sup>48</sup>.

Se define al *principio de jurisdicción universal* como un «principio jurídico que permite o exige a un Estado enjuiciar penalmente ciertos crímenes, independientemente del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor y de la víctima». La base de este principio se basa en la idea de que determinados crímenes son tan perjudiciales para los intereses internacionales que los Estados están autorizados, e incluso obligados, a entablar una acción judicial contra el perpetrador<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> En julio de 2012 el Comité Internacional de la Cruz Roja declaró que la revolución siria había adquirido el grado de conflicto armado no internacional.

<sup>48</sup> La norma puede consultarse en el Estatuto de Roma, disponible en el siguiente enlace, [http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

<sup>49</sup> PHILIPPE, X. «Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión», *International Review of the Red Cross*, junio 2006, n.º 862, p. 4.

Por el momento ningún país ha abierto ninguna causa contra Siria a excepción de una tímida Francia con la muerte del corresponsal Gilles Jacquier, el primer periodista extranjero que murió en Siria en enero de 2012 y del fotógrafo Rémi Ochlik que perdió la vida un mes después. El país galo abrió una investigación después de que la cadena de televisión pública «France 2», en la que trabajaba Jacquier, presentara una denuncia para aclarar las causas de su muerte. La investigación concluyó que la muerte del corresponsal se debió a un disparo procedente del bando de los rebeldes<sup>50</sup>.

Tras el asesinato de Rémi Ochlik la Fiscalía francesa también abrió una investigación por el homicidio del fotógrafo y la tentativa de homicidio de la reportera Edith Bouvier en el bombardeo que tuvo lugar en Homs el 22 de febrero y que se cobró la vida de Marie Colvin. El Gobierno de Damasco, por su parte, lamentó la muerte de los periodistas y declaró que el Ministerio de Información no tenía conocimiento de la entrada al país de estos.

#### **d) Otros convenios internacionales**

Es interesante reseñar también que Siria, además de ser Estado Parte en PIDCP, el 19 de agosto de 2004 se adhirió a la Convención contra la Tortura. A continuación, se reproduce un relato de las condiciones de cautiverio de uno de los periodistas detenidos.

*«El interrogador estaba claramente estresado, así que comenzó a golpearme. Utilizaba una vara de bambú para golpearme en las piernas, a la vez que repetía las mismas preguntas. Me preguntaron por una publicación de la Coalición Izquierdista Siria que habían encontrado en mi piso y que creían que había editado yo. Les dije que no la editaba yo, que me preocupa mi reputación como periodista y por eso seguía todas las publicaciones sobre Siria, y que ese era el motivo de que la tuviera en mi casa. Me preguntaron también por un mensaje de correo electrónico que había enviado al periódico Al Ajbar con un artículo que esperaba que publicaran. Me vendaban también los ojos y me torturaban con la técnica conocida como falaqa»<sup>51</sup>.*

---

<sup>50</sup> MALBRUNOT, G., «Jacquier l'enquête française pointe les rebelles syriens», *Le Figaro*, 17-7-2012, <http://www.lefigaro.fr/international/2012/07/17/01003-20120717ARTFIG00525-jacquier-l-enquete-francaise-pointe-les-rebelles-syriens.php>.

<sup>51</sup> Salameh Kaileh (escritor y periodista palestino, vivía y trabajaba en Siria desde 1981). El 3 de mayo, Salameh Kaileh fue trasladado a otra sección de dichos servicios, donde unos profesionales médicos lo remitieron en seguida a un hospital militar del barrio



#### IV. UN FUTURO INCIERTO

En primer lugar es necesario reseñar el índice de impunidad que tienen los crímenes contra periodistas en Siria comparado con cuatro países.

##### **Índice de impunidad<sup>52</sup>**

País	Casos no resueltos	Índice de impunidad	Puesto en el 2013
Irak	100	3.067 casos	1.º con 2.818
Somalia	26	2.549 casos	2.ª con 2.396
Filipinas	51	0,527 casos	3.º con 0.527
Sri Lanka	9	0,443 ca3sos	4.º con 0.431
Siria	7	0,313 casos	No figuraba en el informe de ese año

*Fuente: Comité para la Protección de los Periodistas*

Según el Informe elaborado por el Comité para la Protección de los Periodistas, el conflicto de Siria se ha cobrado la vida de 60 periodistas a consecuencia del fuego cruzado y una cobertura de riesgo. No obstante, actualmente declara que empiezan a existir los asesinatos deliberados contra el sector y que introducen una nueva amenaza. «Al menos siete periodistas han sido asesinados en Siria desde 2014, todos con absoluta impunidad. Los responsables pertenecen a todas las partes del conflicto: grupos de militantes islamistas no sirios, rebeldes que toman represalias contra los medios progubernamentales, y las fuerzas del presidente Bashar Al Assad. Entre las víctimas se encuentran periodistas de medios ciudadanos como Abdel Karim al-Oqda, colaborador de la Shaam News Network»<sup>53</sup>.

---

de Al Mezzeh de Damasco, tras confirmar que había sido torturado. Información sacada del Informe de Amnistía Internacional del año 2013 Matar al mensajero, los periodistas, en el punto de mira de todas las partes en el conflicto de Siria.

<sup>52</sup> Casos no resueltos por millón de habitantes entre 2004 y 2013.

<sup>53</sup> WITCHEL, E., El Índice global de Impunidad 2014 del CPJ se enfoca en países donde los periodistas son asesinados y los responsables quedan libres, Comité de Protección de

El organismo encargado de enjuiciar los crímenes que se han detallado a lo largo de la investigación es la Corte Penal Internacional no obstante, esta solamente podrá abrir la causa si el Consejo de Seguridad de la ONU se lo pide ya que Siria nunca ha ratificado el Estatuto de Roma. Así, solamente un día después que Rusia y China firmaran un acuerdo de gas, las dos potencias vetaron en el Consejo de Seguridad de la ONU un proyecto de resolución para que la Corte Penal Internacional (CPI) investigara los crímenes de guerra acontecidos durante los años que lleva el enfrentamiento en Siria.

Pese a que este proyecto de resolución llega en el año 2014, ya en el 2012, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, Navi Pillay, solicitó que el Gobierno sirio fuera llevado ante la Corte Penal Internacional por los crímenes contra la humanidad. Por tanto, a menos que el Gobierno de Damasco haga una declaración aceptando la jurisdicción de la Corte para que se juzguen los crímenes o ratifique el Estatuto de Roma, los crímenes que se han llevado a cabo, en este caso y hasta ahora, contra periodistas parece que quedará impune.

### a) Sanciones

Desde el comienzo de las hostilidades se han impuesto sanciones económicas a Siria que se han ido recrudeciendo, la última de la Unión Europea se hace pública el 28 de mayo de 2014<sup>54</sup>. Las sanciones hacen referencia al embargo de petróleo, a la prohibición de comprar armas sirias, en referencia a personalidades cercanas al presidente o entidades empresariales. No obstante, en noviembre de 2011 tres miembros del Ejército Electrónico Sirio (SEA) fueron introducidos en la lista de sanciones económicas<sup>55</sup>.

Por su parte, EE. UU. también inició sanciones al régimen, inició la congelación de activos y la prohibición de relaciones comerciales. Otros países como Australia o Canadá también se han sumado a estas sanciones económicas<sup>56</sup>. La Liga Árabe suspendió a Siria por «the brutal way of

---

Periodistas, <https://www.cpj.org/es/2014/04/eludir-los-asesinatos-3.php>.

<sup>54</sup> Diario Oficial de la Unión Europea relativo a la adopción de medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Siria, <http://www.boe.es/doue/2014/160/L00011-00013.pdf>

<sup>55</sup> «Consolidated List of Financial Sanctions Targets in the UK», Department of Treasury of UK, 24-07-2012, [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/315858/syria\\_consolidated\\_list.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/315858/syria_consolidated_list.pdf).

<sup>56</sup> «Claves: todas las sanciones contra Siria», *ABC*, 23-03-2012, <http://www.abc.es/20120323/internacional/abci-siria-sanciones-201203231646.html>.

dealing with political opponents». (Enlace a la web de La Liga Árabe<sup>57</sup>. Además, también suspendieron todos los acuerdos con el Banco Central de Siria y el Banco Comercial y las relaciones comerciales. Turquía congeló los activos del Gobierno sirio y el acuerdo de cooperación y las relaciones con el Banco Central se suspendieron.

## b) Apoyo en la zona

Luc Mathieu, periodista especializado en conflictos bélicos, pinta de esta manera la actualidad en Siria. «Con la cantidad de frentes que hay, no se puede ver la luz al final de túnel». En septiembre de 2013 tenía planeado un viaje para llevar a cabo un reportaje sobre el conflicto pero decidió cancelarlo. «Es imposible evitar riesgos. Hay que elegir muy bien los escoltas para asegurarse de que no son ellos mismos los que te secuestran. Tienen que estar lo suficientemente bien armados para pasar un control de carretera del Estado Islámico de Irak y del Levante y protegerte cuando llegas. Está el problema de cómo trabajas con una escolta armada. ¿Qué libertad tiene un periodista cuando trabaja en esas condiciones? Por no hablar del coste. Solo viajar de Kilis a Alepo cuesta de 500 a 1.000 dólares»<sup>58</sup>.

La mayoría de los que cubren el conflicto son *freelance*, que no tienen medios para pagar un seguro y un equipo de seguridad, y los periodistas ciudadanos. Reporteros Sin Frontera presta chalecos antibalas y cascos de protección de forma gratuita a periodistas *freelance*. Además, la organización también ofrece un servicio de intermediario para contratar seguros ya que cada vez son más los periodistas *freelance* que cubren conflictos y lo hacen bajo condiciones pésimas, primero por los elevados precios que las compañías imponen por un seguro y segundo por no estar bien informados.

Para hacer frente a la ofensiva que el Gobierno de Bashar Al Assad lleva a cabo en Internet, Reporteros Sin Fronteras también cuenta con un kit disponible en la página *WeFightCensorship.org* y detalla herramientas prácticas, consejos y recursos técnicos para enseñar a los internautas cómo eludir la censura y garantizar que sus comunicaciones y datos sean seguros. Además, la organización ha suministrado a los informadores sirios memorias USB con *software* cifrado y ha proporcionado *VPN* para que los utilicen.

<sup>57</sup> Enlace a la web, <http://www.arableagueonline.org/hello-world/#more-1>.

<sup>58</sup> El Periodismo en Siria, ¿Misión imposible?, Reporteros Sin Fronteras, noviembre 2013, p. 20, file:///C:/Users/isabel/Downloads/2013\_INFORME\_SIRIA\_ES%20(2).pdf.

Existen varias guías para facilitar el trabajo de los periodistas en zonas de conflicto. Así la Federación Internacional de Periodistas posee una guía que se llama «*Survival Guide for Journalists*» y que recoge consejos prácticos para los profesionales que se encuentren en zonas de riesgo<sup>59</sup>. El Centro SKeyes para la Libertad de los Medios en Oriente Medio publicó en agosto de 2013 el *Journalist Survival Guide* con recomendaciones que los periodistas deben seguir si se encuentran en medio de un fuego cruzado, a saber estabilizar a una víctima, lo que deben hacer para proteger su identidad... La Guía viene en soporte papel y audiovisual dividido en varias lecciones y traducido al Inglés y al Árabe<sup>60</sup>.

En relación con los periodistas nacionales muchos han tenido que huir desde el inicio de las hostilidades. Reporteros Sin Fronteras estima que solamente 30 ya han tenido que huir del país desde principios del año 2013. Estos llegaron en precarias condiciones económicas a Egipto, Líbano o Turquía y una vez allí han sufrido intimidación por parte de las autoridades de dichos países. «Desde abril de 2011, RSF ha otorgado 34 subvenciones para ayudar a informadores sirios. Este tipo de ayudas, principalmente diseñadas para satisfacer sus necesidades básicas, han permitido a periodistas profesionales y periodistas ciudadanos encontrar un lugar seguro o trasladarse a otro país. RSF también apoya las solicitudes de visado y las peticiones de protección internacional para los informadores sirios. En el último año, la organización ha escrito alrededor de 30 cartas de apoyo para los periodistas sirios en el exilio<sup>61</sup>».



<sup>59</sup> La guía «*Survival Guide for Journalists*» se encuentra en el siguiente enlace: [http://www.ifj.org/fileadmin/images/Live\\_News\\_versions/Live\\_News\\_ES.pdf](http://www.ifj.org/fileadmin/images/Live_News_versions/Live_News_ES.pdf).

<sup>60</sup> Enlace al video: <http://video.skeyesmedia.org>.

<sup>61</sup> El Periodismo en Siria, ¿Misión imposible?, Reporteros Sin Fronteras, noviembre 2013, file:///C:/Users/isabel/Downloads/2013\_INFORME\_SIRIA\_ES%20(2).pdf.

## V. CONCLUSIONES

Tras el análisis se puede observar que la protección a los periodistas no ha mejorado y el país sigue siendo tan peligrosos para cubrir una información como lo era al comienzo de las hostilidades. De hecho, como apunta la investigación, cada vez lo es más ya que a parte del Gobierno, también los grupos de oposición o las bandas terroristas son un enemigo más de los periodistas que se juegan la vida por contar lo que está sucediendo. El secuestro es su herramienta más utilizada, ya que además de cundir el pánico entre la profesión pueden sacar beneficio económico para financiar su causa<sup>62</sup>. Por otra parte, en la actualidad la difusión de los videos de estos secuestros y de las decapitaciones son armas peligrosas de la guerra psicológica y de la propaganda que buscan con el acto. Sin embargo, para mejorar esta situación se debe luchar en el marco de las organizaciones internacionales para acabar con la amenaza del terrorismo.

En el caso del Gobierno la regulación de los medios de comunicación en Siria no ayuda. Por eso, es necesario el establecimiento de un verdadero marco legal que proteja y garantice a los ciudadanos el acceso a la información sin coacciones. Es urgente que el Gobierno revise la nueva ley de medios del año 2001 y elimine aquellas normas restrictivas contra la libertad de expresión y contra los profesionales que la ejercen, así como aquellos artículos del Código Penal (285-287) a los que se ha recurrido para castigar a periodistas. Del mismo modo, es necesaria una remodelación el decreto n.º 17 que regula las comunicaciones por Internet y la ciberdelincuencia.

La vigilancia y el bloqueo de diferentes webs en Internet es uno de los principales obstáculos a los que se enfrenta la profesión y los periodistas ciudadanos para ejercer libremente y sin riesgos su trabajo. Así y después de la supuesta participación y abastecimiento de los recursos por parte de la compañía de seguridad italiana Área SpA<sup>63</sup> para lograr los deseos del régimen, la comunidad internacional debería tomar medidas contra este tipo de negocios y de la misma manera que adopta un paquete de sanciones económicas hacerlo también de orden tecnológico que afecte a las empresas que se lucran proporcionando estos servicios así como a los órganos

---

<sup>62</sup> MICAHÉL, L., «Combating the Financing of terrorism, A history and assessment of the control of Threat Finance», *Brit. J. Criminol.* 2010, Advance Access publication: 650-669.

<sup>63</sup> ELGIN, B. y SILVER, V., NetApp investigated by U. S. on Syria Surveillance System Sale, 25-05- 2012, <http://www.businessweek.com/news/2012-05-25/netapp-investigated-by-u-dot-s-dot-on-syria-surveillance-system-sale>.

sirios que violan la intimidad de las personas y los profesionales como es el SEA.

Por otra parte, y tal y como se estipula en el Plan de Acción de las Naciones Unidas sobre la Seguridad de los Periodistas y la Cuestión de la Impunidad, la puesta en marcha de un organismo interinstitucional que evalúe la situación de los periodistas puede mejorar la calidad del trabajo que estos desempeñan. Debería servir de órgano consultivo para implementar en Siria un verdadero marco legal en referencia a los medios de comunicación y además supervisar los avances que se están haciendo al respecto. No obstante, para que dicho organismo pudiera desempeñar su labor sus decisiones tendrían que tener carácter vinculante y que aquellos países que no pasaran unos indicadores estandarizados de transparencia y de seguridad para los periodistas tuvieran que cumplir una sanción.

No obstante, debe empezarse por ofrecerse al periodista un verdadero estatus dentro del Derecho Internacional Humanitario. Cuando un determinado sector social se convierte en objetivo por el oficio que desempeña debería tener un respaldo específico en el marco jurídico internacional y no simplemente un reconocimiento como civil, y trabajar en el establecimiento de un convenio especial que regule la protección de los periodistas tal y como se ha planteado anteriormente<sup>64</sup>. Además, dado que el asesinato de estos constituye un crimen de guerra la Corte Penal Internacional (CPI) debería condenarlo y perseguirlo para poder juzgar el crimen y a sus precursores.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BULGUY-GALLOIS, A., «Protección de los periodistas y de los medios de información en situaciones de conflicto armado», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 31-03-2004, <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/5zmkbs.htm>.
- COUSELO JAR, G., *Periodistas y guerra: una perspectiva desde el Derecho Internacional Humanitario*, Derecho Internacional Humanitario, 2.ª edición, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (coord. José Luis Rodríguez Villasante), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 633-660.

---

<sup>64</sup> PILLOUD, C., «Protección de los periodistas en misión peligrosa en las zonas de conflicto armado», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, febrero, 1971.

- DÍAZ BARRADO, C., TRINIDAD NÚÑEZ, P., «Marco jurídico de la protección de los periodistas y de los medios de información en los casos de conflictos armados: realizaciones y propuestas», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 85, enero-junio, 2005.
- GASSER, H., JUNOD, Sylvie, PILLOUD, C., DE PREUX, J., SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., WENGER, C., ZIMMERMANN, B., Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, International Committee of the Red Cross, editors Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann, Geneva, 1987, p. 1658, p. 921.
- KALSHOVEN, F., ZEGVELD, L., Constraints on the Waring of war, An Introduction to Internacional Humanitarian Law, International Committee of the Red Cross, Geneva, Marzo 2001, p. 225, p. 131.
- LAHOUD, N. y AL-UBAYDI, M., «The war of jihadists against jihadists in Syria», *CTC Sentinel*, 26-03-2014.
- LUND, Aron, Syria's salafi insurgents: the rise of the syrian islamic front, *Occasional UIpapers*, 02- 2013, p. 50.
- MICAHEL, L., «Combating the Financing of terrorism, A history and assessment of the control of Threat Finance», *Brit. J. Criminol.* 2010, Advance Access publication: 650-669.
- MORLINO, L., ¿Regímenes híbridos o regímenes en transición?, *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 207, 2008, pp. 3-22.
- PHILIPPE, X., «Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión», *International Review of the Red Cross*, junio 2006, n.º 862, p. 4.
- PILLOUD, C., «Protección de los periodistas en misión peligrosa en las zonas de conflicto armado», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, febrero, 1971.
- REQUENA SANTOS, F., «Redes sociales y sociedad civil», *CIS*, n.º 256.
- SZMOLKA, Inmaculada, Democracias y autoritarismos con adjetivos: la clasificación de los países árabes dentro de una tipología general de regímenes políticos, *Revista española de Ciencia Política*, n.º 26, julio 2011, pp. 11-62.
- TORRES SORIANO, M., La Dimensión propagandística del terrorismo yihadista global, editorial de la Universidad de Granada, 2007, p. 385.

## RESOLUCIONES E INFORMES

– Matar al mensajero, los periodistas, en el punto de mira de todas las partes en el conflicto de Siria, Amnistía Internacional, Londres, 2013, [https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Shooting\\_the\\_messenger\\_Final\\_RS\\_3.pdf](https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Shooting_the_messenger_Final_RS_3.pdf).

– El Periodismo en Siria, ¿Misión imposible?, Reporteros Sin Fronteras, noviembre 2013, file:///C:/Users/isabel/Downloads/2013\_INFORME\_SIRIA\_ES%20(2).pdf.

– Resolución de la Asamblea General 59 n.º(1) de 14 de diciembre de 1946 «Convocación de una conferencia internacional de libertad de información», [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/59\(I\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/59(I)).

– Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 1738, 23-12-2006, [http://www.ceipaz.org/images/contenido/Proteccion%20de%20los%20civiles%20en%20los%20conflictos%20armados\\_Resoluci%C3%B3n1738\\_2006\\_ESP.pdf](http://www.ceipaz.org/images/contenido/Proteccion%20de%20los%20civiles%20en%20los%20conflictos%20armados_Resoluci%C3%B3n1738_2006_ESP.pdf).

– Plan de Acción de las Naciones Unidas sobre la Seguridad de los periodistas y la cuestión de la Impunidad, Programa Internacional para el Desarrollo, UNESCO, 2012 [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/official\\_documents/UN\\_Plan\\_on\\_Safety\\_Journalists\\_ES.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/official_documents/UN_Plan_on_Safety_Journalists_ES.pdf).

– Informe de la comisión de investigación internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria, Consejo de Derechos Humanos, 22-02-2012, [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-69\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-69_sp.pdf).

## PUBLICACIONES EN PRENSA

– SAHAGÚN, F., «Siria, la ratonera del periodismo», *El mundo*, 11-12-2013, <http://www.elmundo.es/internacional/2013/12/09/52a5d63463fd3df0478b4587.html>.

– FERNÁNDEZ, E., «La impunidad de atacar a un periodista», *El Mundo*, 23-02-2013, <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/02/22/comunicacion/1361565981.html>.

– MONGUE, Y., «Rusia y China impiden que la Corte Penal investigue los crímenes en la guerra Siria», *El País*, 22-05-2014, [http://internacional.elpais.com/internacional/2014/05/22/actualidad/1400781900\\_687551.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/05/22/actualidad/1400781900_687551.html).



- «Asesinados 121 periodistas en todo el mundo durante», *ABC*, 31-12-2012 <http://www.abc.es/medios-redes/20121231/abci-periodistas-asesinados-2012-201212310006.html>.
- «Claves: todas las sanciones contra Siria», *ABC*, 23-03-2012, <http://www.abc.es/20120323/internacional/abci-siria-sanciones-201203231646.html>.
- «Syria conflict: Times journalists beaten during capture», *BBC*, 15-05-2014, <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-27422530>.
- «La ONU pide que la Corte Penal Internacional juzgue al régimen sirio», *La Vanguardia*, 28-02-2012, <http://www.lavanguardia.com/internacional/20120228/54261843010/la-onu-pide-que-la-corte-penal-internacional-juzgue-regimen-sirio.html>.
- «Leaked Syrian document shows how Assad banned internet access and satellite phones», *The Telegraph*, 27-06 2011, <http://blogs.telegraph.co.uk/news/michaelweiss/100093908/leaked-syrian-document-shows-how-assad-banned-internetaccess-and-satellite-phones/>.
- ELGIN, B. y SILVER, V., «Syria Crackdown Gets Italy Firm's Aid With U.S.-Europe Spy Gear», *Bloomberg*, 3-11-2011, <http://www.bloomberg.com/news/2011-11-03/syria-crackdown-gets-italy-firm-s-aid-with-u-s-europe-spy-gear.html>.

#### OTROS DATOS

- WITCHEL, Elisabeth, El Índice global de Impunidad 2014 del CPJ se enfoca en países donde los periodistas son asesinados y los responsables quedan libres, <https://www.cpj.org/es/2014/04/eludir-los-asesinatos-3.php> WEB SKeyes, Centro para la Libertad de los Medios en Oriente Medio, <http://www.skeyesmedia.org/en/Home>.



# SISTEMA TRADICIONAL DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN AFGANISTÁN<sup>1</sup>

Javier Palacios Blanco  
*Comandante auditor*

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- JIRGAS Y SHURAS.- COSTUMBRES PASTHUNES O COSTUMBRES ISLÁMICAS.- INTERRELACIÓN ENTRE AMBOS SISTEMAS, TRADICIONAL Y FORMAL.- ENCUESTAS Y ESTADÍSTICAS.- SHARIA.- CONCLUSIONES.- ÚLTIMAS NOTICIAS.

## INTRODUCCIÓN

El Sistema tradicional de resolución de disputas lleva siglos de aplicación en Afganistán. Sin embargo, debido a su naturaleza arcaica, tan alejado de nuestros estándares occidentales, nunca lo hemos tenido como un

---

<sup>1</sup> Este artículo se basa en las lecciones aprendidas de Inge Fryklund, JD, PhD. Rev'd julio 2011. Actualización de febrero de 2012. La Sra. Fryklund ha estado 4 ½ años en Afganistán, ejecutando programas ROL del USAID, de mayo de 2004-febrero 2006 y trabajando con el Gobierno afgano a nivel nacional, provincial y municipal en Nangarhar, Laghman, Kandahar y Helmand.

Corregido y revisado por Ajmal Anar, asesor de DCOS STAB Rule of Law en el Cuartel General HQ ISAF desde 2010 y exanalista de medios de comunicación extranjeros (en Public Affairs y Comunicación estratégica, HQ ISAF Kabul, Afganistán).

Complementados con la experiencia de ser parte del equipo de Rule of Law a nivel estratégico de ISAF HQ Kabul (Afganistán), comandado por el Coronel Adam Torem.

La revisión de la versión inglesa de este artículo fue realizada por Jane Wintle Taylor NIC Force Command HQ Madrid.

mecanismo viable, respetable o útil. El tradicional sistema afgano choca con los principios de legalidad, especialmente con respecto a la materia penal y el monopolio del *jus puniendi* del Estado. Puede colisionar también con derechos humanos inalienables. Pero en todo Afganistán es parte de las tradiciones, es eficaz, rápido y económico y el pueblo afgano tiene su confianza en ese sistema de resolución de conflictos o controversias.

Por otro lado, la resolución Formal de controversias según el sistema de tribunales previstos en la Constitución, es legal y respeta los derechos humanos, pero es lento, costoso, difícil para un pueblo casi sumido en el analfabetismo y también es injusto por todas las circunstancias anteriormente mencionadas.

Podríamos decir que Afganistán tiene dos sistemas paralelos de resolución de controversias:

Por un lado, el Sistema de Justicia legal con leyes, poder judicial, jueces, policía, fiscales y prisiones y el Sistema Tradicional e Informal con Jirgas o Shuras como sistema de solución de controversias.

El primer sistema se basa en la Constitución afgana de 28 de enero de 2004 que, como en otros países del mundo civilizado, como en Estados Unidos o en Europa Occidental, establece un sistema de separación de poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Y que en su capítulo siete artículos 116 a 135, en relación con el poder Judicial, establece tres niveles de tribunales: Supremo, de apelación y los tribunales de primera instancia.

Los jueces afganos fueron formados en Turquía o Egipto (Universidad de Al-Azhar) y trajeron el sistema de Código Civil a Afganistán. Este es el sistema europeo. Se remonta al sistema jurídico basado en el código napoleónico o sistema del Código Civil, que se basa en el derecho romano. No se basa en el «Common Law», como Estados Unidos e Inglaterra. En realidad es una vuelta al tiempo del rey, de la Monarquía. No ha sido introducido recientemente por los occidentales, como mucha gente piensa erróneamente.

Es necesario entender que Afganistán tiene mecanismos informales de justicia tradicional y un sistema de justicia formal desde hace mucho tiempo. Para muchos litigios civiles, un demandante civil puede activar el sistema formal o la Shura/Jirga. Para los casos penales, los fiscales hacen caso por caso las decisiones acerca de si van a enviar un asunto al Tribunal o a la Shura/Jirga. En cierta medida, estos dos mecanismos están en competencia y actúan como una garantía para el otro sistema. Hay una buena cantidad de interacción entre los dos tipos de resolución de disputas y los afganos parecen cómodos yendo a un procedimiento o a otro.

A diferencia de los alcaldes, policía y gobernadores, los magistrados no parecen ser los objetivos de los asesinatos (hubo un caso de un juez involucrado en un complot para asesinar a alguien, pero no casos de asesinatos de jueces)<sup>2</sup>. A diferencia de lo que ocurrió en Irak, el poder judicial no ha sido considerado como una herramienta de un gobierno opresor. Quizás sea porque los talibanes no consideran al poder judicial como una amenaza, no son lo suficientemente importantes dada la preponderancia del sistema de resolución informal de disputas. Durante el período de los talibanes, los tribunales continuaron operando. Los análisis estadísticos de las cualificaciones de los jueces designados durante esos años demuestran que los jueces tenían aproximadamente las mismas cualificaciones (o falta de ellas) que los contratados bajo cualquier otro régimen. Los talibanes incluso iniciaron un proyecto (nunca terminado) en el Ministerio de Justicia para codificar las leyes.

Un proyecto USAID en 2006-07 ayudó a reunir regulaciones en cada número de la Gaceta y se escribieron 37.000 páginas de estatutos en una base de datos por conceptos. Afganistán tiene una larga historia de ley formal, con 37.000 páginas de leyes, nadie puede afirmar que sea un país sin ley. Sin embargo el sistema de justicia formal de Afganistán continúa siendo en gran medida irrelevante fuera de Kabul y seleccionados centros provinciales. La mayoría de los distritos de todo el país no tiene ninguna presencia oficial de GIRoA (el Gobierno de la República Islámica de Afganistán) en forma de tribunales, fiscales (saranwals), o mediadores (hoquqs). Incluso aunque la justicia formal sea una opción para los aldeanos, sus mayores costes y el desconocimiento de los procedimientos, así como una fuerte creencia de que el sistema de justicia formal está viciado, hacen que la mayoría de los afganos eviten el sistema de justicia formal.

La Justicia tradicional, en forma de Shuras y Jirgas, sigue siendo la única opción para la mayoría de los afganos, mientras que muchos otros se ven obligados a depender de la «justicia en la sombra» del sistema de los talibanes a pesar de sus resultados a menudo duros.

---

<sup>2</sup> Recientemente ha ocurrido el asesinato de un juez. Un juez del Tribunal de distrito de Behsud, desapareció en la noche del 26 de marzo de 2012, en el centro de Jalalabad y posteriormente fue encontrado muerto al mediodía siguiente en el distrito de Chaparhar el 27 de marzo. Recibió un disparo y su garganta fue seccionada. No existe ninguna reclamación de la autoría del crimen por parte de grupos insurgentes. La Policía de Nangarhar, de momento, simplemente está circulando rumores. La oficina gobernador de Nangarhar ha indicado que creen que el asesinato es el resultado de una disputa personal, pero debe señalarse que no hay ninguna evidencia para apoyar esta teoría.

## JIRGAS Y SHURAS

El sistema de Justicia informal es conocido como sistema de Justicia «Consuetudinario», que es probablemente un término mejor que «informal». El enfoque habitual de las controversias tiene reglas fijas aunque no estén escritas y opera a través de dos instituciones claves: Jirga y Shura.

Jirga es un término turco (Jirg) que significa círculo y es usado por los pashto o pashtun, que se reúnen en un círculo a fin de resolver las controversias. Shura es originalmente un término árabe (*Mashuwara*) que significa «consulta» y es usado por no pashtun. Las Shuras son un mecanismo de solución de controversias muy extendido en la comunidad. Shura se refiere a un grupo de ancianos que se reúnen para resolver conflictos o decidir cuestiones de la comunidad. Las Shuras están compuestas casi siempre por hombres, aunque hay algunas Shuras de mujeres que se ocupan de cuestiones de la mujer. Algunas Shuras son *ad hoc*, para resolver una disputa particular. Otras son lo suficientemente extensas en el tiempo para mantenerse regulando una situación. Como ejemplo, si dos pueblos tienen una disputa (probablemente sobre límites), es costumbre dar de alta un tercer pueblo neutral para mediar.

Las Shuras, en ocasiones, pueden durar semanas y las partes tienen de alguna forma la obligación de alimentar y albergar a los participantes. Esto pone algún límite a los procedimientos. Una disputa de tierras en Zabul fue intermitentemente ocupando diversas Shuras durante un período de 42 años, sin resolución final.

Jirgas y Shuras son paneles locales que median o arbitran disputas del día a día en sus comunidades, siendo las disputas más vitales sobre la tierra y el agua.

Este sistema tradicional es más reconstituyente que retributivo. Este sistema es consensual, por lo que no existe posibilidad de apelaciones. Alrededor del 80% de los conflictos son resueltos por Shuras a nivel nacional, en mayor número en el sur, al ser más común en áreas pashtun, pero se da en todo Afganistán.

Podemos decir que existe presión social para resolver los conflictos sin acudir a los Tribunales. El propósito de un Shura es una toma de decisiones. Algunas personas a menudo se refieren a cualquier reunión como una «Shura», pero este no es el uso de Afganistán.

«Jirga» se utiliza a veces indistintamente, pero hay diferentes tipos de «Jirga». Maraka o Jirga local, que investiga y resuelve problemas de poca importancia. Quami o Jirga tribal resuelve problemas a nivel de pueblo o distrito. «Jirga» a veces se refiere a un nivel más raro, al más alto órgano

de decisión para resolver algún problema gubernamental, tales como la Loya Jirga Constitucional. «Loya» es Pashtun, significa «grande». *Loya Jirga* significa simplemente «Gran Jirga». De conformidad con la actual Constitución afgana, capítulo 6, artículo 110, «*la Loya Jirga es la mayor manifestación de la voluntad del pueblo de Afganistán.*»

*La Loya Jirga consta de:*

- 1. Miembros de la Asamblea Nacional;*
- 2. Presidentes de la provincial, así como asambleas de distrito;*
- 3. Ministros, jefe de justicia y miembros de la Corte Suprema, así como el Procurador General participará en las sesiones de la Loya Jirga sin derecho de voto».*

Artículo 111: «*la Loya Jirga se reunirá en las siguientes situaciones:*

- 1. Para decidir sobre cuestiones relacionadas con la independencia, soberanía nacional, integridad territorial, así como intereses nacionales supremos;*
- 2. Modificar las disposiciones de esta Constitución;*
- 3. Destitución del presidente de conformidad con las disposiciones del artículo sesenta nueve de la Constitución».*

Los actores que resuelven las disputas en la «Jirga» son el Jirgamar, que en la Maraka es conocido como Marakachian y hay otros actores como Spin-plural, resh-safedan, que se refiere a hombres de barba blanca o ancianos. Para las mujeres de «pelo blanco» utilizan el término Spin-saray o sar-safed. Otros actores importantes son el *Qwami mesharam* y los *Ulama Mulás*.

Como se indicó antes, Shura es una palabra árabe que significa consulta y denota un método tradicional de gobierno de la comunidad en las culturas islámicas. Eruditos islámicos consideran sus decisiones vía Shuras. La Shura es un órgano consultivo por su naturaleza, no decide cuestiones, pero proporciona a sus líderes un medio de recibir las preocupaciones de la población. Se utilizan para abordar diversas cuestiones tales como cuestiones sociales, económicas, u otros problemas.

Una distinción entre Jirga y Shuras podría ser: que los miembros de la Shura son elegidos o seleccionados para períodos más largos, pero los miembros de la Jirga pueden cambiarse para cada problema. Los líderes de la comunidad pueden rechazar las recomendaciones de una Shura; mientras que la Jirga toma decisiones y tiene autoridad para su aplicación.

Plantean un riesgo para la justicia, las zonas inseguras donde no hay tribunales formales y el sistema tradicional o de justicia consuetudinaria ha visto a los ancianos como blancos de las amenazas talibanes. Los talibanes proporcionan «tribunales» para resolver los conflictos. Este es un servicio

que pueden ofrecer. Cada comunidad necesita discutir mecanismos de resolución de alguna variedad y se llenará el vacío por los talibanes o por otros grupos insurgentes o de delincuentes cuando los mecanismos oficiales están ausentes.

Una de las principales funciones de Gobierno en la sombra de los talibanes es proporcionar la solución de controversias y administrar justicia. Basándose únicamente en su interpretación de la Sharia, el sistema judicial de los talibanes se basa en Mulás y ancianos tribales para resolver conflictos y administrar a justicia en materia penal<sup>3</sup>.

Un artículo en el periódico británico *The Telegraph*, afirma que el sistema judicial de los talibanes es extremadamente rápido, y a veces una sentencia se puede dictar en un tiempo tan breve como una hora. El artículo cita a un residente de la provincia de Kandahar quien dijo que un fallo del sistema judicial del GIRoA (Gobierno de la República Islámica de Afganistán) podría tardar más de seis meses y ese resultado es probable que se basaría en cuál de las partes puede sobornar más<sup>4</sup>.

Los afganos inventaron «el sistema alternativo de resolución de controversias». La Justicia consuetudinaria se ha desarrollado en el contexto de las comunidades agrícolas aisladas donde las familias tenían que seguir viviendo juntas a pesar de algún mal causado entre ellos. También en Afganistán, en general, pero especialmente en la cultura pashtun, el individuo no es una unidad terriblemente importante. Es la familia la que importa por lo que cualquier controversia entre los individuos se convierte en un conflicto entre familias.

La Justicia consuetudinaria no hace la distinción entre los casos civiles y penales que hace el sistema Formal. Valorar un acuerdo, desviar el agua de riego, robar cabras o matar a alguien, es conceptualizado como una interrupción en el tejido social. Como consecuencia de la interrupción, una familia está por encima y otra queda debajo. Esta es una situación inestable e invita a un, «tit for tat», es decir a represalias. Para restablecer la paz en la aldea, el equilibrio tiene que ser restaurado. El sistema tradicional puede solucionar la situación subyacente y no solo la controversia actual. El sistema formal afgano, como el nuestro solo puede enfrentar los hechos de la controversia inmediata. Por ejemplo, las pruebas muestran que este acusado cometió o no cometió el asesinato. La Shura/Jirga, en cambio, puede

---

<sup>3</sup> Civil-Military Fusion Centre. «The Taliban's Shadow Government in Afghanistan», septiembre 2011.

<sup>4</sup> Farmer, Ben. «Life under the Taliban: How a boy of seven was hanged to punish his family» *The Telegraph*. 12 junio 2010 «La vida bajo los Talibanes: Como un niño de siete años fue colgado para castigar a su familia».



preguntar si hay algún motivo comprensible para el asesinato, tal vez fue en represalia por un asesinato cometido por la familia de la víctima actual hace años. Las venganzas pueden posponerse por generaciones. La Shura/Jirga puede llegar al fondo del asunto e intentar resolverlo.

El mecanismo para restablecer el equilibrio es pagar una indemnización, cabras, camellos o mujeres. Hay que recordar que en el contexto tradicional no se utilizaba el dinero y no había ninguna opción de encarcelamiento del autor de un mal. Un mal muy grave, como en un caso de homicidio, puede resolverse solo mediante la transferencia de alguien de gran valor y, como las mujeres son consideradas la más valiosa «moneda», una mujer podría enviarse como segunda o tercera esposa.

Algunos afganos dicen que esto es bastante duro con la mujer. Otros dicen que no, que la tratarán bien porque sus parientes masculinos mantendrá un ojo sobre el estado de las cosas. Esta supervisión ayuda a las relaciones de cimentación entre las familias. Probablemente varía mucho según cada caso. Es importante señalar que el restablecimiento del equilibrio entre *las familias* es visto como más importante que castigar una afrenta *individual*. Bien podría ser la hermana del malhechor la que sea transferida a la familia de la víctima.



This photo is taken from a traditional Jirga. Esta foto está tomada de una Jirga tradicional.

## COSTUMBRES PASTHUNES O COSTUMBRES ISLÁMICAS

Los participantes pueden describir estas costumbres como Islámicas, pero son realmente una costumbre tribal pashtun, llamada Pashtunwali.

Pashtunwali no es un conjunto de leyes, sino un código de conducta para una cultura de dominación masculina análoga a la cultura de frontera norteamericana «Código del Oeste». Pashtunwali se puede traducir como «Camino de los pashtunes», que se basa en la mediación, el honor y el consenso.

Sus principios más importantes son:

o *Melmastia* (hospitalidad)

o *Badal* (venganza)

o *Nanawati* (Santuario)

o *Namus* (honor de las mujeres)

o *Nang* (valentía)

Puede haber una docena de principios citados en diversas fuentes, pero los más comunes son los anteriores. Estos se han desarrollado en el contexto de las comunidades nómadas o rurales aisladas donde un hombre era la única protección de su familia. Mantener la credibilidad mediante la aplicación del código del honor podría servir para disuadir a desafíos que habrían requerido combatir.

Namus es el honor de la mujer; cualquier violación de la mujer es tenida como una afrenta al honor de los familiares varones. Otro principio de Pashtunwali es la tolerancia a los demás, especialmente a extraños e invitados. Melmastia, u hospitalidad, bien podría ser el legado de una tierra desértica sin hoteles o cualquier tipo de alojamiento. La hospitalidad recíproca sería la única manera para que un viajero pudiera sobrevivir.

Se considera una responsabilidad personal de cada pashtun el descubrir y redescubrir la esencia y el significado del Pashtunwali. Los pasthunes que viven en las ciudades aún pueden tener estos valores, pero es menos probable que actúen conforme a ellos.

La venganza puede tomar lugar décadas más tarde, pero un insulto o una lesión tienen que ser vengados inmediatamente si es posible. La Shura puede averiguar cosas y poner fin a la controversia, pero la enemistad entre familias es algo habitual.

Dice un proverbio pashtun: si alguien toma venganza después de cien años, se ha dado prisa; otro refrán dice: prefiero ir al infierno que ir al cielo con mi enemigo.

Ejemplo de Nanawati moderno: en el equipo de reconstrucción provincial PRT de Jalalabad en 2006, un teniente coronel al mando, al existir un problema grave de colocación habitual de IED (artefactos explosivos improvisados) en el distrito de Pachir wa Agam, decidió finalmente, convocar una ceremonia Nanawati con los ancianos del distrito. Celebraron una Shura al aire libre con unos 80 hombres, muchos de los cuales intervinieron. El PRT explicó que había ayuda al desarrollo disponible pero que no se entregaría mientras el distrito fuese tan inseguro. Este mando se levantó y dijo que su madre de 85 años, quería saber por qué estaba trabajando en Afganistán cuando los afganos estaban tratando de volarle por los aires. Posteriormente, su traductor dijo que un afgano se le acercó y le comentó, «¿de qué edad es su madre realmente? Nadie vive 85 años». El PRT había traído dos ovejas, y al final del debate, los ancianos simbolizaban su acuerdo acariciando a las ovejas. En un Nanawati tradicional, se comerían las ovejas; cosa que no se hizo porque la delegación del PRT no se quedó mucho tiempo y tuvieron un almuerzo de kebab por separado. Pero en cualquier caso los IED dejaron de colocarse.

Siendo costumbres tribales pashtun, el Islam, sin embargo, tienen un nexo fuerte de Justicia e igualdad, por lo que la idea de indemnizar para igualar una situación es consistente con el Islam. El Islam no prevé transferir las mujeres como compensación. Sin embargo, los matrimonios arreglados o de conveniencia, son habituales en todo el mundo islámico. Como lo fue en el pasado en la cultura Occidental, especialmente organizar matrimonios reales para garantizar la paz en la antigua Cristiandad y distintas familias reales están ligadas por relación familiar en toda Europa, siendo un buen ejemplo de ello.

Esto suena duro con las mujeres, pero debe considerarse el contexto. En Afganistán, casi todos los matrimonios se organizan. Incluso en Kabul, una pareja puede que incluso no se hayan visto nunca antes del matrimonio. Los matrimonios son vistos como formas de cimentación de las relaciones entre las familias. Ya que el domicilio siempre es con la familia del marido, vemos a la esposa como una expulsada, pero el marido a menudo no es más feliz con la elección de la mujer. Dada la amplitud de las familias (un hombre, todos sus hijos y sus esposas e hijos en el mismo recinto) la esposa tendrá a sus cuñadas y un montón de niños alrededor que diluirán el problema de la convivencia con el marido. Pero, puesto que los matrimonios por amor son extremadamente raros y generalmente vistos como discordantes, la mayoría de las personas no espera nada diferente a estos matrimonios acordados.

Así, la transferencia de mujeres para resolver una disputa es solo una instancia de un proceso continuo de arreglar matrimonios con familias próximas para satisfacer propósitos familiares.

Incluso si este enfoque tradicional tiene sentido en el contexto histórico, está cambiando el contexto social actual en Afganistán. La población y los medios de transporte han aumentado. Las comunidades ya no están tan aisladas. Los repatriados y los desplazados han cambiado y mezclado la población. Existe más familiaridad con el mundo exterior, lo que crea posibilidades y nuevas demandas. El dinero es ahora más a menudo utilizado para el pago.

En cualquier caso los enfoques frontales dirigidos a cambiar el sistema tradicional suelen ser contraproducentes. La influencia indirecta —por ej., talleres sobre derechos de acuerdo con el Islam o con estándares internacionales de derechos humanos, impartidos por afganos— puede aumentar el conocimiento de las mujeres y ancianos, e indirectamente conducen a cambios sociales. Los cambios que demandan los propios ciudadanos afganos son más probables que arraiguen.

## INTERRELACIÓN ENTRE AMBOS SISTEMAS, TRADICIONAL Y FORMAL

Los afganos parecen cómodos con una fuerte interacción entre los sistemas formales y consuetudinarios.

La existencia de ambos mecanismos de resolución de disputas formales y tradicionales o consuetudinarios proporcionan un mecanismo de verificación o control mutuo.

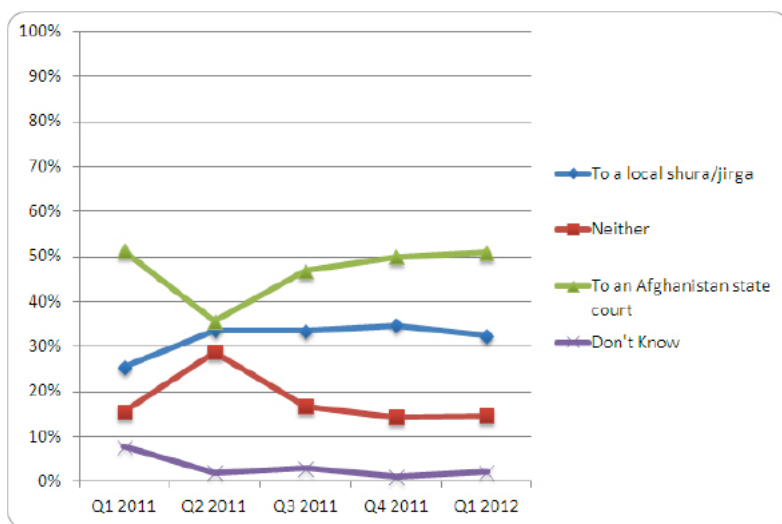
El Huquq puede enviar el caso a la Shura local. Si la resolución no es posible (hay que recordar que debe ser consensuada), solo entonces el caso se enviará a los Tribunales.

Un juez puede ser de confianza para resolver o mediar en una disputa tribal. Por ejemplo, en una instancia de Nangarhar, el juez principal en un distrito fue solicitado para ayudar con una disputa de tierras entre las tribus Momand y Shinwari; estas eran grandes tribus y el conflicto había derivado en violencia por lo que las dos tribus veían al juez como un individuo de confianza con cierta estatura moral entre ambas tribus.

## ENCUESTAS Y ESTADÍSTICAS<sup>5</sup>

En una encuesta realizada en el distrito en Laghman y Nangarhar en 2006 se constató que en muchos casos los magistrados actuaban como árbitros privados. Las dos partes preferían acercarse a un juez para esencialmente solicitar un arbitraje obligatorio, pero sin presentar formalmente el caso ante el Tribunal. Esto era algo anecdótico y no se plasmaba en las estadísticas del Tribunal.

Los cuadros 1 y 2 muestran los resultados de las encuestas que se realizan cada tres meses en Afganistán, que se llevan a cabo en 34 provincias con una muestra de aproximadamente 13.000 personas. La pregunta que se les hace a estas personas es «Si ha tenido una disputa legal, ¿la llevaría a un Tribunal del Estado de Afganistán o a una local Shura/Jirga?».

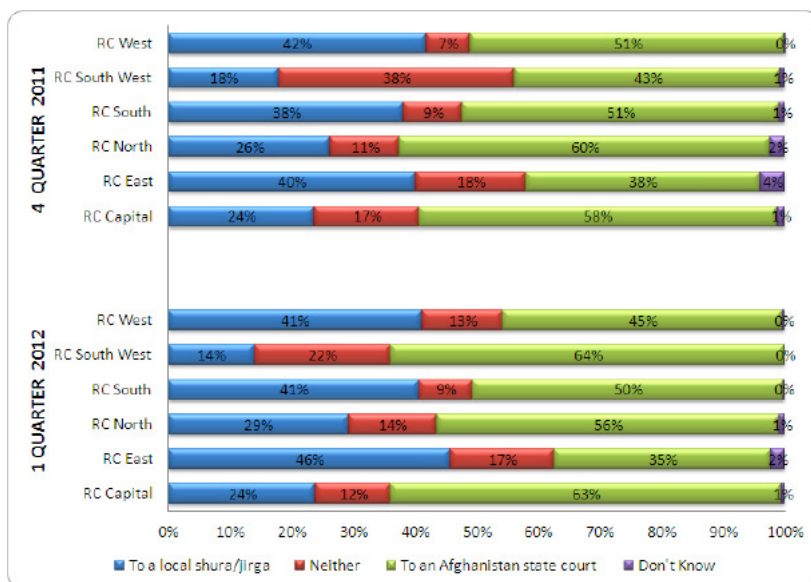


Cuadro 1. Respuesta a nivel nacional.

Como se muestra en la imagen 1 el número de personas que prefieren llevar una disputa legal ante Tribunales del Estado de Afganistán ha aumentado en 35% aproximadamente en junio de 2011 a más 50% en la última encuesta llevada a cabo en marzo de 2012. Los resultados detallados por comandos regionales correspondientes a las últimas encuestas llevadas a cabo en diciembre de 2011 y marzo de 2012 se muestran en la figura 2.

<sup>5</sup> Estadísticas proporcionadas por el teniente coronel Ángel Palacios. Ejército español. Senior Military Analyst in DCOS COMM Assessments. ISAF HQ.

El cambio más significativo se ha producido en el Southwest RC más del 20% de aumento (de 43% a 65%) entre las personas que están más seguras teniendo un litigio ante Tribunales del Estado de Afganistán.



Cuadro 2. Últimas encuestas de resultados a Nivel de Mandos Regionales.

## SHARIA

Dependiendo del tipo de derecho, el origen puede ser el derecho secular o la Sharia. La Sharia se limita en gran medida a la herencia, divorcio y derecho de familia.

*Sharia* significa ley islámica. *Sharia* significa «el camino» y cubre casi todo lo que un buen musulmán debe hacer o no hacer. Los asuntos a tratarse en los Tribunales son un subconjunto más pequeño. (Por ejemplo, el *Hajj* es un deber, pero uno no puede ser procesado por no cumplirlo, ya que es una norma más moral que jurídica). Otro término es *Fiqh*, literalmente significa entendimiento; se refiere al estudio de la ley en el Islam y generalmente se define en los libros de texto de jurisprudencia como conocimiento.

Por otro lado, *Sharia* se refiere a la propia ley divina. Puede ser más preciso referirse a la jurisprudencia islámica como *fiqh*, pero no se suele hacer así por parte de los occidentales.

Los jueces pueden ser formados en la Facultad de derecho y ciencias políticas o en la facultad de la Sharia.

Las Universidades en Afganistán con los programas de Derecho (tales como la Universidad de Kabul y Nangarhar) tienen facultades de Derecho y de Ley Coránica separados. Ambos tienen estudiantes masculinos y femeninos. Por el momento, la Facultad de Sharia en la Universidad de Kabul es considerada la más respetable intelectualmente entre las dos facultades.

Algunas personas afirman que las mujeres en el mundo islámico tenían derechos 1000 años antes que en Occidente, por ejemplo, para conservar su propia propiedad después del matrimonio, heredar, controlar su patrimonio y realizar negocios. Antes de que se aprobase the Married Women's Property Acts en Estados Unidos e Inglaterra durante el siglo XIX, al contraer matrimonio una mujer perdía cualquier derecho al control de sus propiedades, incluso de sus bienes privativos antes de casarse. No tenía derecho a adquirir cualquier propiedad durante el matrimonio, sin el consentimiento del marido. Una mujer casada no podría hacer contratos, mantener o controlar su propio salario o recibir cualquier renta, transferir la propiedad, vender propiedades o ser parte en cualquier pleito. Las mujeres en el Islam, según estas mismas personas, siempre tenían todos estos derechos. Algunas de estas personas dicen que las novelas de Jane Austen sobre heroínas pobres que no tenían ninguna herencia y tenían que encontrar a un marido para apoyo financiero no podrían haber sido escritas en un país islámico. Aunque esto sea cuestionable, es según los expertos la regla en el Islam. Sin embargo, lo que consideramos como malos tratos por la Sharia a la mujer deberían considerarse como influencia de la costumbre tribal pashtun. Aunque, los talibanes afirman estar aplicando el Islam, sería una estrategia útil educar a la gente sobre lo que realmente dice el Islam. Los talibanes no son conocidos por su erudición Islámica, y las mujeres que entienden sus derechos conforme a la Ley islámica están en una mejor posición para defender sus propios intereses.

Algunos castigos recogidos en la Sharia son realmente draconianos pero hay ciertas garantías procesales. Por ejemplo, una condena por adulterio requiere cuatro testigos masculinos, independiente, al acto de tener relaciones sexuales. En realidad no ocurre muy a menudo que los testigos quieran confirmarlo. En la práctica, esto equivale a una declaración de desaprobación por falta de convencimiento social en la oportunidad de un castigo tan grave. Los talibanes, en lo que ellos llaman «Tribunales de la Sharia», obviamente no siguen las normas de procedimiento del Islam, son más duros.

La versión talibán de Sharia es Wahabi en lugar de Hanifi y carece de garantías procesales y de un mínimo nivel de jurisprudencia islámica.

Los talibanes utilizan tribunales móviles (a veces llamados «tribunales motorizados») en algunas áreas. Estos tribunales viajan a zonas rurales remotas a pronunciarse sobre cuestiones tales como disputas familiares y préstamos, robos, asesinatos, enfrentamientos, etc... Porque los tribunales visitan áreas que probablemente están fuera del alcance del GIRoA, los tribunales móviles aumentan la influencia de los talibanes.

Puede ser una oportunidad para GIRoA (Gobierno de la República Islámica de Afganistán) para aumentar su credibilidad y reducir la influencia de los talibanes intentar competir con los jueces y tribunales talibanes. El establecimiento de tribunales móviles proporcionaría acceso a los civiles, al menos a los tribunales penales en distritos incapaces de proporcionar instalaciones seguras permanentes para el personal de los Tribunales. El desarrollo de un programa de tribunales móviles es probable que aumentase la retención de funcionarios de Justicia formados mientras simultáneamente aumentaría el acceso a la justicia oficial. El personal de Justicia adicional aumentará la representación de GIRoA en distritos que han sufrido la falta de recursos y la falta de Imperio de la ley. Esta opción puede solucionar el problema sistemático del GIRoA de no satisfacer las necesidades de la gente, eliminar las percepciones que el sistema de tribunales del GIRoA está sesgado, mejorar la justicia de los talibanes por tener los jueces patrocinados por GIRoA formación jurídica, quitar legitimidad a los talibanes y poder iniciar otras discusiones de reinserción y reconciliación con el talibán. GIRoA, en cualquier caso debe presentar el programa como una opción para ayudar a los afganos locales en lugar de como una iniciativa para reducir la influencia de los talibanes.

## CONCLUSIONES

En resumen<sup>6</sup>, podemos destacar algunos atributos del sistema Informal o justicia consuetudinaria:

---

<sup>6</sup> Basado en «Sistema Tradicional de solución de controversias y la estabilidad en Afganistán» por John Dempsey y Noah Coburn. USIP (Instituto de paz de Estados Unidos). Número PEACEBRIEF 10, 16 de febrero de 2010. John Dempsey es un abogado y director de programas de rule of law del USIP en Afganistán, donde ha trabajado en el desarrollo legal desde enero de 2003. Coburn NOAH es antropóloga y especialista en justicia tradicional con USIP en Afganistán, donde ha trabajado desde 2005. Este informe refleja las conclusiones preliminares de proyectos piloto USIP ha patrocinado en cuatro provin-



- El sistema de justicia consuetudinaria en Afganistán no está restringido a litigios civiles pero también maneja casos penales (asesinato, robo, etc.).
- Puede adherirse a la tradición tribal, interpretación religiosa o la influencia de los ostentadores del poder locales.
- Las decisiones pueden violar las leyes afganas o normas internacionales de derechos humanos (asesinatos de honor, algunos tipos de compensación, los derechos humanos de la mujer, etc.).

El sistema de justicia consuetudinaria tiene algunas ventajas:

- Culturalmente familiar.
- Relativamente libre de corrupción.
- Resolución rápida.
- Barato.
- Localmente accesibles y recursos.
- Ejecutable (en comunidades intactas).
- De confianza.
- Se centra en la justicia restaurativa en lugar del castigo.
- Conserva la armonía dentro de la comunidad.

Sin embargo, el sistema Informal o justicia consuetudinaria tiene algunas desventajas:

- Cuestiones de derechos humanos y otras violaciones de la ley.
- Falta de participación de la mujer (sin embargo, existen *Spin-saray*).
- A veces no registrada y no puede ser referida posteriormente, por lo tanto impediría apelaciones.
- Algunas prácticas tradicionales violan los derechos básicos, tales como *Baad* (ofreciendo a las mujeres en matrimonio para dirimir una disputa).
- No se puede responsabilizar a los dirigentes y otras personas poderosas.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expresadas anteriormente, ¿por qué los afganos tienden a evitar el sistema de Justicia Formal? Podemos identificar cuatro motivos diferentes:

---

cias para explorar los vínculos positivos entre los sistemas de justicia formal e informal en Afganistán.

1. Cuestiones de accesibilidad: las instituciones de justicia oficial del Gobierno afgano están presentes solo en las zonas urbanas. En las zonas rurales, la población solo tiene acceso a los mecanismos de Justicia informal de las Shuras y Jirgas.
2. Corrupción: jueces y fiscales son las instituciones más corruptas en Afganistán.
3. Lento: el sistema Formal es lento mientras el sistema consuetudinario funciona rápidamente.
4. Rentabilidad: los pobres no pueden pagar las costas de los Tribunales y Hoquq (mediadores), mucho menos contratar a un abogado.

Todas estas circunstancias, hacen recomendable establecer y aplicar un sistema Informal o consuetudinario o de justicia tradicional para vincular los sistemas tradicionales formales e informales. En este sentido, la comunidad internacional y el Ministerio de Justicia afgano firmaron una Política de Resolución Tradicional de Controversias en diciembre de 2009. En enero de 2010, sin embargo, el nuevo Ministerio de Justicia rechazó la política en favor de una ley. Desde septiembre de 2010 a febrero de 2011 no se han celebrado reuniones por el Ministerio de Justicia sobre el tema de dicha ley. El proyecto fue finalmente terminado en 2011 por el Ministerio de Justicia, pero rechazado por el Consejo de Ministros a finales de 2011.

En la Conferencia de Kabul, el GIRoA se comprometió a mejorar la seguridad, la gobernanza y las oportunidades económicas para sus ciudadanos. Con el apoyo internacional, estos avances fueron definidos por parámetros mensurables, incluida la aplicación del estado de derecho (rule of law) a través de reformas legislativas específicas.

Este verano se conmemora el segundo aniversario de la Conferencia de Kabul. De 20 leyes prioritarias, ha sido adoptada solo la ley sobre «la masiva transferencia de efectivo». Además, el Consejo de Ministros rechazó un proyecto de ley que habría vinculado formalmente la Jirgas y Shuras de Afganistán al sistema Formal de justicia.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Durante el último encuentro de líderes clave en Afganistán, entre el Excmo. Sr. general de División Federico Bonato DCOS STAB con su Excelencia el Señor ministro de Justicia Ghalib, quien fue pieza clave en la redacción de la ley propuesta de resolución de controversias tradicionales (TDR), este último afirmó que la presión de la comunidad internacional, basada en preocupaciones sobre el potencial del sistema informal de generar abusos de derechos humanos (por ejemplo, Ba'ad), ha llevado a la desaparición de la ley de TDR. Sin embargo, después de esta declaración el ministro Ghalib indicó que estaría feliz de poder determinar exactamente porqué fue rechazada por el Consejo de Ministros. El general de División Bonato expresó su creencia como representante de ISAF que la ley sería importante para ayudar a establecer los parámetros de los sistemas de justicia formal e informal.

## ÚLTIMAS NOTICIAS

El Embajador Ryan Crocker (jefe de Misión de la Embajada de Estados Unidos en Kabul) y el General John Allen (comandante en jefe de las fuerzas de Estados Unidos-Afganistán) han emitido el Marco Estratégico Cívico-Militar, que proporciona orientación estratégica para todos los miembros de las Fuerzas Armadas y personal civil sirviendo en Afganistán durante el período de la transición, hasta finales de 2014<sup>8</sup>.

Definieron tres pilares claves: Gobernanza, Estado de Derecho y Desarrollo Social y Económico.

En cuanto al Pilar de Estado de Derecho o Imperio de la Ley: el apoyo del Gobierno de los Estados Unidos en Afganistán se centra en el esfuerzo de dar a los afganos un acceso significativo a una Justicia equitativa, eficiente y transparente. Esta Justicia debe basarse en la ley afgana y debe aumentar la legitimidad de GIROA entre los afganos mediante la promoción de una cultura que valore el Estado de Derecho y el Imperio de la Ley por encima de los intereses de los poderosos.

La tercera prioridad relativa a Estado de Derecho es apoyar los esfuerzos afganos para regularizar el sistema de justicia tradicional y desarrollar los vínculos entre este y el sistema de justicia formal. El Gobierno reforzará los esfuerzos de solución de controversias informal «shuras» (consejos) para fomentar un proceso de resolución de controversias que sea legítimo, creíble, fundamentado en la ley afgana y que satisfaga las necesidades de las comunidades; esto reducirá la influencia del sistema de Justicia talibán. Los vínculos entre los sistemas de justicia formal e informal harán más perdurables los acuerdos para garantizar que las decisiones y resoluciones alcanzadas por cualquiera de los dos sistemas sean reconocidas por ambos.

---

<sup>8</sup> Este documento «sensitivo pero sin clasificar (Sensitive But Unclassified SBU)» ha sido firmado por ambas autoridades de los Estados Unidos de América, en el mes de marzo de 2012 en Kabul (Afganistán).



# NOTAS



## JAVIER UGARTE Y PAGÉS (1852-1919): AUDITOR GENERAL DEL EJÉRCITO, POLÍTICO Y ACADÉMICO

Pablo Ramírez Jerez  
*Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*

### SUMARIO

NACIMIENTO Y FORMACIÓN. UGARTE Y PAGÉS EN EL CUERPO JURÍDICO MILITAR. UGARTE Y PAGÉS EN LA POLÍTICA ESPAÑOLA. UGARTE Y PAGÉS EN LAS REALES ACADEMIAS. LA OBRA LITERARIA DE UGARTE Y PAGÉS.

Javier Ugarte y Pagés nació en Barcelona el 24 de febrero de 1852; fueron sus padres Fernando Ugarte, abogado y fiscal de la Audiencia de Barcelona, y Jacoba Pagés<sup>1</sup>. Sus antepasados por parte paterna procedían de la localidad guipuzcoana de Fuenterrabía, mientras que la familia materna era de raigambre catalana.

Estudió en la Universidad Central entre 1868 y 1873, donde obtuvo el título de Licenciado en Derecho Civil y Canónico, y en octubre de ese último año se incorporó al ilustre Colegio de Abogados de Madrid<sup>2</sup>. Nada más terminar la carrera de abogado dio muestras de su elocuencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de la que pronto llegó a ser secretario, y como tal se encargó de leer *Memoria de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación en la inauguración del curso 1874-1875*

---

<sup>1</sup> VALLE DE JUAN, M<sup>a</sup> A., «Francisco Javier Ugarte y Pagés», *Diccionario Biográfico Español*, t. XLVIII, pp. 578-579. Madrid, Real Academia de la Historia, 2013.

<sup>2</sup> PÉREZ BUSTAMANTE, R., et al, *Memoria de la abogacía española: Abogados de Madrid, Abogados de España II (1838-1874)*. Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 854-857.

(Madrid, Imp. del Ministerio de Gracia y Justicia, 1874. 55 p.), donde comenta los debates y sesiones públicas celebrados durante dicho curso.

Pronto se inició en el periodismo, y con sus compañeros Ruiz Gómez y Rivas Moreno fundó en 1875 el semanario «El Comercio Español»; colaboró asimismo en «El Tiempo», diario conservador dirigido por el conde de Toreno, «La Época», de similar ideología, «La Familia», «La Ilustración Española», y «El Defensor de los Pueblos»; actuó también como corresponsal en Madrid del «Diario de Barcelona» y fue director del «Boletín de Justicia Militar». En alguna de estas colaboraciones utilizó el pseudónimo de *El otro*<sup>3</sup>. Alcanzaron fama las cartas políticas que escribió para el «Diario de Barcelona».

## UGARTE Y PAGÉS EN EL CUERPO JURÍDICO MILITAR

A pesar de diversos ofrecimientos no quiso entonces dedicarse a la política, consagrándose en cambio al periodismo y a la carrera jurídico-militar. En efecto, en 1877 aprobó las oposiciones al Cuerpo Jurídico Militar, donde pasó por los puestos de relator y teniente fiscal togado del Consejo Supremo de Guerra y Marina, auditor de la Región de Valencia y, finalmente, auditor general del Ejército en noviembre de 1900; en enero de 1910 se le concede su petición de pase a la reserva. Recibió por todos esos servicios la Gran Cruz del Mérito Militar con distintivo blanco en 1908 y la Gran Cruz de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo en 1919, solo unos días antes de fallecer<sup>4</sup>.

Durante esta primera andadura profesional se consagró completamente al desempeño de sus funciones en la jurisdicción de guerra. Desde los comienzos del régimen constitucional estaba clara la necesidad de armonizar la legislación penal del Ejército con las exigencias propias del nuevo orden político, y para ello se creó en 1880 una Comisión de Codificación Militar que, presidida por el general Ros de Olano, redactó un proyecto de bases de reforma legislativa en esta materia; junto a Ros de Olano y Ugarte formaron parte de la Comisión el jurisconsulto Hilario Igón, el vicealmirante Francisco Ramos Izquierdo, Hilarión Sanz, Carlos A. Fernández de Souza, ambos togados del Consejo Supremo de Guerra y Marina, el general Juan de Acevedo y el magistrado del Ejército Pedro Pablo Blanco.

---

<sup>3</sup> OSSORIO Y BERNARD, M., Ensayo de un catálogo de periodistas españoles del siglo XIX. Madrid, Hemeroteca Municipal, 2004, p. 458.

<sup>4</sup> Archivo General Militar de Segovia, Célebres – Caja 164, exp. 2



Aprobadas estas bases por las Cortes, la Comisión redactó las leyes de 10 de marzo de 1884 de Organización y atribuciones de los Tribunales militares, de 17 de noviembre de 1884 sobre el Código Penal del Ejército, y de 29 de septiembre de 1886 sobre el Enjuiciamiento militar. Otra Comisión nombrada en 1887 formuló el proyecto del Código de Justicia Militar de 1890, que reunía las tres leyes citadas con las modificaciones oportunas. Ugarte figuró como secretario de ambas comisiones.

Así pues, lo que le dio fama antes de figurar en la política y le convirtió en especialista de reconocida autoridad en materias castrenses fueron sus escritos sobre legislación del Ejército. Una de sus obras más importantes es el *Código penal del Ejército, concordado y comentado* (Madrid, Imp. de S. Quesada, 1885. 2 vol.), con prólogo del teniente general Antonio Ros de Olano, quien escribe:

El cambio introducido en la legislación militar hace más indispensable en estos momentos que en cualesquiera otros la dirección que imprimen a su concienzudo estudio obras como las que el ilustrado teniente auditor D. Javier Ugarte ofrece a la oficialidad de nuestro ejército. El cuadro es completo; al lado del artículo del Código militar, la concordancia del común, de la Ordenanza y de las legislaciones extranjeras mejor reputadas; en seguida el comentario del perito, la exposición y crítica del precepto: aquella orienta al juez, esta llama la atención del legislador. Penetrado el Sr. Ugarte del espíritu que animó a la Comisión codificadora desde los comienzos de su constitución, puesto que para auxiliar sus trabajos fue nombrado, no es de extrañar haya conseguido esclarecerlo que en el Código pudiera resultar obscuro, sobre todo para los que por primera vez han de amoldarse al tecnicismo de la nueva ley<sup>5</sup>.

Poco después apareció su *Cartilla de las leyes penales del Ejército. Código Penal del Ejército de 1884* (Madrid, Imp. de M. G. Hernández, 1885), obra declarada oficial por Real orden de 9 de junio de 1885, previa a su *Cartilla de la Justicia Militar* (Madrid, Imp. de M. G. Hernández, 1887. 474 p.), en la que se recopilan las últimas leyes militares (Ley de Tribunales de Guerra de 1884, Código Penal del Ejército de 1884, Ley de Enjuiciamiento Militar de 1886, Ley constitutiva del Ejército de 1872, Bases para la reorganización de la Justicia Militar de 1882), así como todo lo relativo a expedientes gubernativos, informativos e instructivos.

Siendo teniente fiscal togado del Consejo Supremo de Guerra y Marina le fue encomendada en julio de 1888 la redacción de los «Formularios para la práctica del Código de Justicia Militar», texto publicado poco después

---

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. VIII-IX.

como *Manual de formularios para la práctica del Código de Justicia Militar* (Madrid, Imp. de M. G. Hernández, 1891. 173 p.), declarado oficial y de observancia obligatoria para los procedimientos militares por Real Orden de 5 de febrero de 1891. Esta obra, de la que realizaron varias ediciones, y que es un complemento de su *Código Penal del Ejército*, desarrolla los procedimientos militares contemplados en el Tratado III del Código de Justicia Militar. Como dice el propio autor, a la hora de elaborar los formularios buscó la sencillez, una de las notas más esenciales al ejercicio de la jurisdicción de guerra; además de los Tratados I y III del Código de Justicia Militar, contiene esta obra la Cartilla de las leyes penales militares, complemento del Manual de formularios, de tal modo que aparecen literalmente reproducidos y comentados todos los preceptos del Código Militar vigente. Para completar el libro se incluyen los artículos del Código Civil referentes al testamento militar, las disposiciones relativas a las competencias de la Administración con los Tribunales ordinarios y especiales, y todas las leyes, reales órdenes decretos y demás preceptos que interpretan o adicionan el Código de Justicia Militar desde la publicación del mismo.

Para finalizar el comentario de sus obras militares, hay que señalar que se encargó del prólogo a la obra de Francisco Pego Méndez y Francisco Gálvez *Elementos de medicina legal militar* (Vitoria, Imprenta y Encuadernación de Cecilio Egaña, 1901. X, 383 p.)

## UGARTE Y PAGÉS EN LA POLÍTICA ESPAÑOLA

En otro orden de cosas, cuando el general Marcelo Azcárraga, íntimo amigo suyo y entonces capitán general de Valencia, fue nombrado ministro de la Guerra por Cánovas en julio de 1890, quiso llevarse consigo a Ugarte a Madrid. Adscrito al partido de Cánovas del Castillo, ocupó diversos cargos de responsabilidad: director general de Correos y Telégrafos, cargo del que dimitió pronto por motivos de salud (1892), subsecretario de Gracia y Justicia en Ultramar (1895), de donde pasó a la Subsecretaría de Presidencia del Consejo de Ministros cuando Azcárraga se hizo cargo del gobierno tras el asesinato de Cánovas en 1897, y subsecretario de Presidencia en el primer gobierno de Francisco Silvela (1899).

En Madrid inició, pues, su carrera política, indefectiblemente unida a la figura de Azcárraga, siendo elegido diputado a Cortes por Carballino (Orense) en 1891, cargo al que renunció tras ser nombrado director general de Correos y Telégrafos. Aun así fue miembro de diversas comisiones de infraestructuras, de la de Amnistía, Ampliación del Montepío Militar,

Fijación de la fuerza del Ejército permanente para el año económico 1892-1893, y de la Modificación del artículo 7 del Código de Justicia Militar. Intervino, entre otras, en las discusiones de contestación al discurso de la Corona, amnistía por delitos políticos, presupuestos del Estado para 1892-1893, y cumplimiento de la ley de Sargentos<sup>6</sup>.

Durante su primera etapa de diputado escribió su libro *España y Cuba: Estado político y administrativo de la grande Antilla bajo la dominación española* (Madrid, Hijos de J. A. García, 1896, 204 p.), obra que presenta el estado legal de la isla en esos difíciles momentos previos al Desastre, insertando íntegras algunas de las leyes y demostrando que «Cuba disfruta de todas las instituciones jurídicas de que se hallan en posesión los pueblos más cultos del mundo, rivalizando en el goce de libertades públicas aun con los constituidos bajo gobiernos esencialmente democráticos» (p. 6). Así, hace un repaso completo del actual sistema legal de la isla, incluyendo la ley de 1895 que reformaba el régimen de gobierno y administración civil en las islas de Cuba y Puerto Rico.

Elegido de nuevo en 1896 por Carballino y Santiago de Cuba, optó por este último distrito. Durante esta legislatura formó parte de diversas Comisiones, destacando la de Presupuestos generales del Estado y la de Presupuestos de Puerto Rico, diversas de infraestructuras, y las siguientes de asuntos militares: Excepción de la jurisdicción de Guerra a favor de los párrocos que autoricen matrimonios contraídos por individuos de la clase de tropa antes de los plazos legales, Reforma de la ley de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército, Exención de todo impuesto a favor de los título de las Órdenes militares concedidas por méritos de guerra, Fijación de reglas para la sustitución de los individuos del Ejército a quienes por sorteo corresponda servir en el de Cuba. Sus intervenciones se centraron en los presupuestos del Estado y de Puerto Rico y modificaciones de varios artículos del Código Civil<sup>7</sup>.

Repetiría acta en marzo de 1898 por Santiago de Cuba, siendo miembro de la Comisión encargada de gestionar la pensión a las viudas y huérfanos de jefes y oficiales del Ejército y la Armada fallecidos antes de la publicación de la Ley de 22 de abril de 1891; asimismo, destaca su inter-

---

<sup>6</sup> Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones, Serie histórica, CD n.º 21, Índice de la legislatura 1891-1892, p. 581.

<sup>7</sup> Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones, Serie histórica, CD n.º 24, Índice de la legislatura 1896-1898, pp. 341-342.

vención en la discusión sobre protección a los militares inutilizados en el servicio de las armas<sup>8</sup>.

Para la siguiente legislatura, 1899-1900, resultó elegido otra vez por Carballino, renunciando en noviembre de 1899 al ser nombrado director general de Administración; durante la misma participó en Comisiones de infraestructuras y presupuestos, además de otras de carácter militar: Abono y liquidación de los alcances de licenciados del Ejército procedentes de Cuba y Filipinas y la de Fijación de las fuerzas permanentes del Ejército para 1899-1900. Intervino también en la discusión sobre la situación definitiva de jefes y oficiales de fuerzas irregulares movilizadas en ultramar<sup>9</sup>.

En la legislatura 1900-1901 repitió acta por Carballino, y como ministro de la Gobernación intervino en numerosas discusiones parlamentarias, destacando las relativas a presupuestos militares, fijación de fuerzas del Ejército, sobre las facultades de la autoridad militar de Barcelona para imponer restricciones a la libertad de imprenta en aquella ciudad, aplicación de la ley de orden público en los casos de guerra, o la manifestación del sentimiento del Congreso por el naufragio de la fragata alemana Gneisenau en Málaga en diciembre de 1900, por citar solo las de asuntos militares<sup>10</sup>.

Fue miembro de comisiones de infraestructuras en la siguiente legislatura, 1901-1902, participando además en diversas discusiones sobre presupuestos, ventajas para el retiro de jefes y oficiales de las escalas activas del Ejército, posesiones españolas en África, y otras<sup>11</sup>. Muy similar fue su actuación en la legislatura 1902-1903, en la que además de cuestiones de infraestructuras y presupuestos, intervino en las discusiones sobre organización del clero castrense, disposiciones legales referentes al matrimonio de reclutas, y sobre la adquisición de la nacionalidad española para los hijos de padre extranjero y madre española nacidos fuera de España<sup>12</sup>. Su último paso por el Congreso corresponde a la legislatura 1903-1904, en la que formó parte de varias comisiones de presupuestos, y poco más pudo

---

<sup>8</sup> Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones, Serie histórica, CD n.º 24, Índice de la legislatura 1898-1899, p. 293.

<sup>9</sup> Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones, Serie histórica, CD n.º 25, Índice de la legislatura 1899-1900, pp. 438-439.

<sup>10</sup> Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones, Serie histórica, CD n.º 26, Índice de la legislatura 1900-1901, pp. 96-97.

<sup>11</sup> Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones, Serie histórica, CD n.º 26, Índice de la legislatura 1901-1902, pp. 345-346.

<sup>12</sup> Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones, Serie histórica, CD n.º 26, Índice de la legislatura 1902-1903, pp. 116-117.

hacer, ya que renunció al acta al ser nombrado senador vitalicio en mayo de 1903<sup>13</sup>.

En efecto, fue nombrado senador por decreto de 8 de mayo de 1903 según lo dispuesto en el caso 3.º del artículo 22 de la Constitución de 1876; pero, si bien en el Congreso se ocupó sobre todo de asuntos militares y de presupuestos, en el Senado se centró sobre todo en temas presupuestarios, de cuya Comisión fue presidente bajo los gobiernos conservadores. Intervenía también, con sus dotes de orador y pericia de jurisconsulto, cuando se trataban asuntos de administración de justicia, derecho militar y penal. Asimismo presidió otras comisiones especiales, como las de Huelgas y Coligaciones, Justicia municipal, Conciliación y Arbitraje industrial, Condena condicional, asuntos todos ellos sobre los que disertó brillantemente en el Senado.

Poco tiempo antes de convertirse en senador le llegó el turno de ocupar carteras ministeriales: fue nombrado ministro de Gobernación en el gobierno del General Marcelo de Azcárraga, cargo que ocupó entre el 23 de octubre de 1900 y el 6 de marzo de 1901; en este periodo hubo de hacer frente, entre otras cosas, a los disturbios que tuvieron lugar en Madrid con motivo de la boda de Doña Mercedes de Borbón, hermana de Alfonso XIII, en febrero de 1901.

Cuando Azcárraga volvió a formar gobierno, el 16 de diciembre de 1904, contó con Ugarte para la cartera de Gracia y Justicia, cargo que ocupó hasta el 27 de enero de 1905, y en el que fue confirmado por el nuevo presidente, Raimundo Fernández Villaverde, hasta la disolución de ese gobierno el 23 de junio del mismo año. Durante su primera etapa ministerial en Justicia, en el breve gabinete de Azcárraga, se reorganizó la Dirección General de Prisiones (RD 20.03.1905) y se aprobó el Reglamento de la Inspección de Tribunales (RD 03.06.1905).

Tras su paso por el Ministerio, publicó el libro *Reformas de la Administración de Justicia: Apuntes para su estudio* (Madrid, Lib. de Victoriano Suárez, 1906. 239 p.), donde hace un completo repaso a la situación de la justicia en España y expone los planes que tenía en mente, como el proyecto de ley de reorganización de tribunales, la reforma del Código Penal, la ley de manicomios judiciales, la reforma del contrato de aparcería de predios rústicos, y el proyecto de ley sobre el ejercicio de la gracia de indulto. Pero, como narra en el libro, el presidente Fernández Villaverde decidió dedicar toda su atención a las cuestiones financieras e internacionales, por

---

<sup>13</sup> Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones, Serie histórica, CD n.º 27, Índice de la legislatura 1903-1904, pp. 430-431.

lo que no dio prioridad a estos asuntos; de todos estos proyectos no se presentó más que el relativo a la aparcería rural. Además, el gobierno de Fernández Villaverde duró apenas un semestre, y el nuevo gobierno liberal de Montero Ríos tenía otras prioridades. En la introducción de la obra justifica y defiende estos proyectos, destacando el énfasis que pone en la necesidad de la instancia única en lo civil, la conveniencia de aumentar el sueldo y el prestigio de los magistrados, o la reforma del Código Penal de 1870. Además, Ugarte rechazaba la pena de muerte y se enorgullecía de haber hecho uso del indulto más que cualquiera de sus predecesores en el Ministerio.

Poco después, con motivo de la aprobación de la Ley de Jurisdicciones de 20 de marzo 1906, que ponía bajo jurisdicción militar las ofensas a la unidad de la patria, la bandera y el honor del Ejército, Ugarte escribió una serie de artículos para «La Época» que fueron poco después publicados conjuntamente en *El Ejército y la imprenta: Cartas a un teniente* (Madrid, Ricardo Fe, 1906. 87 p.).

En diciembre de 1904 fue nombrado consejero permanente de Estado, con destino a la Sección de Presidencia, Estado y Gracia y Justicia<sup>14</sup>, siéndolo de nuevo en 1910-1912 en calidad de exministro de la Gobernación.

Sus probadas dotes de jurista le valieron el nombramiento de Fiscal del Tribunal Supremo en enero de 1907, durante el gobierno de Maura. El hecho más destacable de su paso por el alto tribunal fue el viaje que realizó a Barcelona en 1909 comisionado para el estudio y deducción de responsabilidades por los hechos acaecidos durante la Semana Trágica. El 8 de diciembre de 1909 cesó como fiscal; como tal, se había encargado de las Memorias presentadas en las aperturas de tribunales de los años 1907, 1908 y 1909, donde daba cuenta del estado de la Administración de Justicia y proponía las reformas convenientes para un mejor servicio.

Además de sus facetas de jurista y político, Ugarte fue una persona preocupada por las condiciones de vida de la clase obrera, la famosa cuestión social, y trabajó en su mejora tanto desde la acción católico-social como desde la legislación. Como miembro y secretario de la «Asociación General para el estudio y defensa de los intereses de la clase obrera» se ocupó de la *Memoria leída en la Junta General celebrada el 17 de mayo de 1896* (Madrid, Hijos de M. G. Hernández, 1896. 91 p.), así como las de 1897, 1898 y 1899. El objeto de esta Asociación era la protección de la clase obrera y el estudio y remedio de sus necesidades en el orden religioso, moral y económico; vinculadas a la misma se encontraban el «Círculo Católico de Obreros de San Isidro», que hacía las funciones de Caja de

---

<sup>14</sup> Archivo del Consejo de Estado, sign. P-058-027.

Ahorros. Su acercamiento al problema obrero sigue las directrices del papa León XIII, y tiene además el objetivo declarado de apartar a las masas obreras de las influencias negativas del anarquismo, tan en boga entonces.

Siguiendo con este asunto, en julio de 1899 Ugarte fue nombrado vocal de la Comisión de Reformas Sociales, y más tarde de su organismo sucesor, el Instituto de Reformas Sociales. Por otro lado, en mayo de 1904 se impartieron en el Ateneo, con la presencia del Rey, unas conferencias organizadas por la Cámara Agrícola de Madrid sobre la cuestión agraria en Andalucía, siendo los conferenciantes Segismundo Moret, Javier Ugarte y el conde de San Bernardo. La conferencia de Ugarte llevó por título *El problema social agrario en España* (Madrid, Hijos de M. G. Hernández, 1904. 35 p.) Los tres conferenciantes eran además miembros de la comisión encargada de adjudicar el premio del concurso abierto en la Comisión de Reformas Sociales sobre el mismo asunto, que recibiría el ingeniero agrónomo Celedonio Rodrigáñez<sup>15</sup>.

Todavía ocuparía otra cartera ministerial, en este caso la de Fomento, en el gobierno de Eduardo Dato, del 27 de octubre de 1913 al 25 de octubre de 1915. Durante su mandato ministerial, se modificó el Reglamento de la Escuela de Minas (RD 19.12.1913), se aprobó el Reglamento de la Escuela de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos (RD 2 de enero de 1914), se aprobó la Ley de Grandes Obras de Riegos del Alto Aragón, hecho por el que fue nombrado «hijo predilecto de Huesca», se creó la Junta de Obras del Puerto de Avilés (RD 04.03.1915) y se suprimió la Junta de Arquitectura del Ministerio (RD 08.08.1915)<sup>16</sup>. Además, desarrolló otros proyectos, como el establecimiento de la plantilla de oficiales civiles del Ministerio, el Código Minero, la protección a la industria sedera, así como diversas obras de infraestructuras y ferrocarriles. De especial interés fue el RD de 1 de octubre de 1914, por el que el Estado intervenía en la producción de ciertas sustancias minerales indispensables para la defensa nacional y el desarrollo de la agricultura, pudiendo excluir provisional, temporal o definitivamente del derecho público de registro aquellos terrenos francos que el Ministerio de Fomento designase para investigar y aprovechar dichos recursos.

Además de todo ello, fue también presidente de la Real Sociedad Geográfica entre 1915 y 1919, sustituyendo en el puesto al ya citado Azcárraga. Fallecido este en 1915, se celebró una sesión necrológica en la Real So-

---

<sup>15</sup> VILLACORTA BAÑOS, F., *El Ateneo de Madrid (1885-1912)*. Madrid, CSIC, 1985, p. 163.

<sup>16</sup> ALÓS Y MERRY DEL VAL, F., *150 años del Ministerio de Fomento: ministros de 1851 a 2001*. Madrid, Ministerio de Fomento, 2001, pp. 168-169.

ciudad Geográfica, en la que Ugarte pronunció el discurso final<sup>17</sup>. Cuando le llegó su momento, Ugarte fue objeto de una emotiva sesión necrológica en la misma institución, en la que se analizó su figura como político, jurisconsulto, y literato<sup>18</sup>.

## UGARTE Y PAGÉS EN LAS REALES ACADEMIAS

La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, fundada en 1857, contó siempre entre sus miembros con ministros, jurisconsultos y políticos en activo. Ugarte reunía todos los requisitos para ser académico, y a tal efecto resultó elegido el 16 de noviembre de 1909 para ocupar la medalla n.º 4, vacante por el fallecimiento de Plácido de Jove y Hevia, vizconde de Campo-Grande; fue propuesto por los académicos Fermín de Lasala y Collado, Manuel Aguirre Tejada y Vicente Santamaría de Paredes<sup>19</sup>. Ingresó en esta institución el 20 de enero de 1911 con un discurso titulado *Las modernas ideas de organización social y nuestras antiguas leyes y costumbres*, siendo respondido en nombre de la corporación por Vicente Santamaría de Paredes<sup>20</sup>. Manda el ritual académico que al comienzo del discurso se dediquen unas frases de cortesía a la memoria de aquel a quien se sucede, y Ugarte hace lo propio con el vizconde de Campo-Grande.

*El discurso*, una de sus obras más eruditas, es un estudio sobre la evolución del derecho positivo hispano y de lo que significan en su tradición, en su raigambre y en su trama las cuestiones sociales. Rechaza, claro está, «la visión intransigente, radical y exclusivista, hostil a todo cuanto existe: Nación, Estado, Iglesia, Ejército, familia y propiedad» (p. 302). Manifiesta su temor ante las ideas colectivistas y comunistas que entonces se abrían paso, y vuelve su mirada hacia la historia legislativa y consuetudinaria

---

<sup>17</sup> El Excmo. Sr. D. Marcelo de Azcárraga y Palmero, presidente de la Real Sociedad Geográfica. Discursos de los señores García Alonso, Blázquez, Foronda y Ugarte en la sesión pública celebrada por la... el día 17 de enero de 1916 y dedicada a la memoria del Excmo. Sr D.... Madrid, Imp. del Patronato de Huérfanos de Intendencia e Intervención Militares, 1916. 36 p.

<sup>18</sup> VV. AA., «Necrología del Excmo. Sr. D. Javier Ugarte y Pagés, presidente de la Real Sociedad Geográfica», *Boletín de la Real Sociedad Geográfica*, t. LXII (1920), pp. 266-340.

<sup>19</sup> Expediente del Excmo. Sr. D. Javier Ugarte y Pagés. Archivo de la RACMyP, Cª 87.

<sup>20</sup> Discursos de recepción del Excmo. Sr. D. Javier Ugarte y Pagés y de contestación del Excmo. Sr. D. Vicente Santamaría de Paredes, leídos en la Junta pública del 29 de enero de 1911, en «Discursos de recepción y contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas», t. IX, mayo 1910-marzo 1912 (Madrid: Tip. de Jaime Ratés, 1914), pp. 295-384.



de España, de donde se pueden obtener innumerables lecciones para el momento presente. Las leyes no se dictan por afán coercitivo, sino para corregir defectos y remediar abusos. Pero también critica la idea de que cualquier tiempo pasado fue mejor. Si bien antiguamente no se teorizaba con los contratos de trabajo, se daban garantías para dar eficacia a las relaciones jurídicas entre patronos y menestrales, se regulaba la constitución de compañías, se distinguían a los socios industriales de los capitalistas. De todo ello, y de otros asuntos, da ejemplos tomados de las leyes de Alfonso X. También los antiguos fueros nos ilustran sobre el cuidado con que el legislador procuraba atemperar el gobierno del pueblo a los requerimientos de la justicia y el derecho. Toma como ejemplo el Fuero de Badajoz, que castigaba los acaparamientos, las confabulaciones para alterar el precio de las cosas, o los abusos de los mercaderes... todo lo cual sigue preocupando a los gobernantes de hoy en día. El Fuero de Jerez, dice, es un «modelo de reformas sociales» (p. 323), en el que ya se tratan los salarios, duración del trabajo y otros temas similares. El Fuero de Cáceres, otro ejemplo, castigaba a los carpinteros que vendiesen madera defectuosa y obligaba a los tejeros a cambiar a su costa toda teja o ladrillo que se dañase por el agua antes de un año, algo muy similar a las garantías de hoy en día. En fin, ofrece el nuevo académico toda una serie de ejemplos de la antigua legislación española sobre asuntos de trabajo y organización laboral, incluyendo las iniciativas para que no se viese el trabajo manual como algo deshonesto. Analiza también algunas costumbres de la sociedad medieval y moderna española, y su regulación legal: la hidalguía, las supersticiones, los protocolos de la Corte. Habla con especial admiración del reinado de Carlos III, cuando la doctrina oficial promovía el trabajo y los oficios y fomentaba la creación de todo tipo de escuelas y fábricas, se mejoró la sanidad pública y la asistencia social, se luchó contra la vagancia.

Ugarte sabe que la sociedad moderna no se siente cómoda en los límites marcados por los Códigos; muchos culpan a un estado jurídico y consuetudinario injusto y arcaico. Pero Ugarte opina que, en relación con su tiempo, «hay en aquellos lejanos emplazamientos de nuestras costumbres y nuestras leyes muchos y variados puntos de contacto con la actualidad» (p. 356). El problema de España está en la organización; no hay porqué ser como los grandes héroes del pasado, pero los españoles deberían ser capaces de orientar su acción a la lucha contra la miseria, la revuelta y la ignorancia. Y eso se hace a través del Estado, que tiene medios para garantizar la existencia social y dar el cauce legal para que las aspiraciones legítimas de la ciudadanía puedan realizarse. Urge suprimir las causas artificiales de la desigualdad. Pero en España abunda, y mucho, la indisciplina y la

desorganización, que unido a la miseria e ignorancia de las clases obreras, ha creado el caldo de cultivo ideal para el desarrollo de un anarquismo violento como no se ve en Inglaterra, Alemania o Bélgica. Hace finalmente un alegato por la gobernabilidad, pero no apoyándose en la coacción, sino fundamentalmente en la educación.

A lo largo de sus ocho años largos como académico, se le contabilizaron 291 asistencias, y ocupó el cargo de censor, tras el fallecimiento de Melchor Salvá, desde enero de 1918 hasta su muerte en junio de 1919. Además, se encargó de contestar a cinco académicos recipiendarios: el político y exministro Juan Armada Losada<sup>21</sup>, el obispo José M<sup>a</sup> Salvador y Barrera<sup>22</sup> y el político Ramón Fernández Hontoria<sup>23</sup>, conde de Torreánaz, los tres en 1912; su compañero del Cuerpo Jurídico del Ejército Ángel Salcedo Ruiz<sup>24</sup>, en 1913, y el jurista Tomás Montejo Rica<sup>25</sup> en 1916. Fue precisamente su compañero Salcedo y Ruiz el encargado de escribir la necrológica de Ugarte cuando este falleció, pero Salcedo murió poco después sin haber tenido tiempo para ello.

Para el objetivo del presente artículo es de particular interés la contestación al discurso de ingreso de Ángel Salcedo Ruiz, que versó sobre el derecho militar<sup>26</sup>. Después de hacer un repaso a la vida profesional y obras del nuevo académico, Ugarte pasa a disertar sobre los principios que determinan la estructura del Código de Justicia Militar, algo que dominaba perfectamente, y así dice: «La entraña de la legislación especial del Ejército, la singularidad de sus excepciones y diferencias respecto de la ordinaria, radica en los preceptos referentes, más que al fuero en el orden criminal, que recae exclusivamente sobre los militares, a la esfera de la

---

<sup>21</sup> ARMADA LOSADA, J., De la educación moral, en «Discursos de recepción y contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas», t. IX (Madrid: Tip. de Jaime Ratés, 1914).

<sup>22</sup> SALVADOR Y BARRERA, J. M<sup>a</sup>, La ciencia de la educación tiene su lugar propio entre las ciencias morales, en «Discursos de recepción y contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas», t. X (Madrid: Tip. de Jaime Ratés, 1916).

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ HONTORIA, R., El anarquismo contemporáneo: sindicalismo revolucionario, en «Discursos de recepción y contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas», t. X (Madrid: Tip. de Jaime Ratés, 1916).

<sup>24</sup> SALCEDO RUIZ, Á., Substantividad y fundamento del derecho militar, en «Discursos de recepción y contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas», t. X (Madrid: Tip. de Jaime Ratés, 1916).

<sup>25</sup> MONTEJO RICA, T., La función judicial, en «Discursos de recepción y contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas», t. XI (Madrid: Tip. de Jaime Ratés, 1917).

<sup>26</sup> Ver RAMÍREZ JEREZ, P., «Ángel Salcedo Ruiz, jurista, militar y académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 101, 2014, pp. 205-213.

acción jurisdiccional, que comprende, no solo a estos, sino a las personas extrañas al fuero, por su responsabilidad en ciertos actos» (p. 455). Se justifica la existencia independiente de la jurisdicción de guerra al observar que hay hechos dentro de la vida militar que no pueden ser tratados dentro de la estructura general de las leyes comunes. El Código Penal del Ejército puso las bases para una clasificación científica de los delitos militares, comprendiendo estos las acciones u omisiones voluntarias penadas por las leyes militares. Los hechos punibles que deben ser comprendidos dentro de las leyes militares lo son porque no se pueden incluir en la ley común: sedición, insubordinación, abuso de autoridad, usurpación de atribuciones, negligencia en el desempeño de funciones militares, abandono de servicio, destino o residencia, desertión, rendición deshonrosa..., son delitos que solo pueden cometer los militares; pero también los civiles pueden cometer delitos no comunes recogidos y penados por la legislación militar, como el espionaje, el auxilio a la desertión o los insultos a las Fuerzas Armadas, entre otros. En definitiva, hay delitos que solo los tribunales militares tiene potestad para juzgar. Así, el delito militar no se circunscribe a violaciones de deberes del Ejército, sino que «es delito militar lo que conculca los deberes militares, lo que perturba el organismo que para cumplirlos sustenta el estado, lo que ultraja o menoscaba el honor que le sirve de estímulo y crecimiento, lo que imposibilita o atenúa la defensa de la independencia nacional en relación directa con los encargados de procurarla, lo que entorpece, por esta causa, su misión, de cuyo cumplimiento depende el bien de todos» (p. 468).

En la contestación a Montejo Rica, un discurso también de carácter jurídico, admite Ugarte el desprestigio que la gente del derecho ha tenido en la sociedad española durante mucho tiempo, idea que adorna con abundantes citas literarias de los clásicos, y se declara partidario del buen arbitrio judicial que responda al fin social de la magistratura. Por su parte, en las contestaciones a Armada Losada y al obispo Salvador y Barrera, se hace eco de sus desolados análisis de la educación en España; y al contestar al conde de Torreánaz reconoce que si bien el sindicalismo como medio es esencialmente bueno, no lo es el fin que persigue, y critica las doctrinas que por sí mismas inducen al delito.

Aparte de esas contestaciones a académicos recipiendarios, Ugarte se encargó de escribir las necrologías de sus compañeros de Academia Manuel Aguirre de Tejada (1827-1911)<sup>27</sup>, senador y ministro de Gracia y Justicia,

---

<sup>27</sup> Necrología del Excmo. Sr. D. Manuel Aguirre de Tejada O'Neale, conde de Tejada de Valdosera, individuo de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,

y Antonio García Alix (1852-1911)<sup>28</sup>, quien ocupó varias carteras ministeriales. Especialmente elaborada es la necrología de García Alix, quien fue también miembro del Cuerpo Jurídico-Militar, pues además de compendiar su vida política y profesional incluye el autor varios apéndices: García Alix en el Congreso, en el Senado, ministro de Instrucción Pública, ministro de la Gobernación, ministro de Hacienda, Hoja de Servicios en el Ejército, y las palabras de recuerdo que le dedica el ya citado Ángel Salcedo, su sustituto en la medalla académica.

En otro orden de cosas, Ugarte participó en una larguísima discusión académica celebrada entre noviembre de 1911 y junio de 1913 acerca de *El delito colectivo*<sup>29</sup>; tomaron parte en los debates, además de Ugarte, los académicos Félix Aramburu Zuloaga, Melchor Salvá, Eduardo Sanz y Escartín, Amós Salvador Rodrigáñez, Alejandro Groizard, Joaquín Sánchez de Toca, Adolfo Bonilla y Juan Armada Losada. Las intervenciones de Ugarte tuvieron lugar a lo largo de 6 sesiones entre abril y junio de 1912, y en ellas combate la noción positivista que tiende a diluir en la masa la responsabilidad de los individuos criminales. Se refiere especialmente a los delitos políticos promovidos por el anarquismo, tan abundantes entonces, advirtiendo de la íntima relación entre la criminalidad obrera y la criminalidad política.

Entre noviembre de 1916 y febrero de 1917 disertó Ugarte acerca del tema *Consecuencias de la actual guerra europea en los diversos órdenes de nuestra vida nacional. Problemas que planteará la paz* (Madrid, Imp. del Asilo de Huérfanos, 1917). Estas disertaciones abarcan bastante más de lo que indica el título, pues Ugarte habla sobre la licitud de la guerra y su concepto, el fracaso del pacifismo, la guerra como fenómeno social y sus efectos en la organización colectiva, los países neutrales y la repercusión del conflicto en España. Considera la guerra como «agente propulsor de los destinos de los pueblos, en ocasiones supremas, en que, por fueros de razón y justicia, han menester de la fuerza para mantener derechos, para vindicar agravios, para consolidar su presente o asegurar su porvenir» (p. 95).

Ugarte conoce, y cita, a diversos teóricos de la guerra, como Heinrich von Treitschke, Klaus Wagner, Moltke o el general Bernhardt. En cuanto al

---

leída en la sesión del 28 de noviembre de 1911 por D. Javier Ugarte. Madrid, Est. Tip. de Jaime Ratés, 1911. 16 p.

<sup>28</sup> Necrología del Excmo. Sr. D. Antonio García Alix, individuo de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, leída en la sesión del 4 de noviembre de 1913 por D. Javier Ugarte. Madrid, Est. Tip. de Jaime Ratés, 1914. 120 p.

<sup>29</sup> Extractos de Discusiones de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, t. VII (Madrid, Imp. del Asilo de Huérfanos, 1914); el volumen está íntegramente dedicado a dicha discusión.

conflicto bélico propiamente dicho, analiza sus consecuencias económicas, y pone el acento en que una de las enseñanzas de esta guerra es la disminución del papel del militar profesional mientras que crece considerablemente el de los ingenieros y economistas. La guerra está afectando a todos los sectores productivos y científicos, sustituyendo métodos caducos, diversificando productos, impulsando inventos y estimulando, en fin, los avances científicos e industriales. También el sistema financiero de los países beligerantes sufre graves perturbaciones, al igual que el comercio. Las últimas sesiones las dedica a analizar el impacto de la guerra en España, que en 1914 veía como se desarrollaba el comercio y se iba creando riqueza. Habla también de lo beneficiosa que ha sido la neutralidad para los Estados Unidos, por ejemplo. Critica que en España la Guerra haya originado más fortunas de carácter particular que beneficios para el Tesoro público.

La guerra ha supuesto la vuelta a España de miles de emigrantes que trabajaban en Europa, muchos en situación lastimosa. Se dio un gran impulso a las obras públicas para crear empleo, siendo él ministro de Fomento; todos esos gastos estarán bien empleados como factores fundamentales del desarrollo de la riqueza nacional. Finalmente, hace un llamamiento para atender a las fabricaciones más necesarias para la defensa nacional, subvenciones a las industrias de interés preferente, para la incorporación de la mujer al trabajo, y para regularizar la enorme circulación monetaria originada por la guerra.

El año en que falleció Ugarte, 1919, esta Academia perdió nada menos que a otros seis miembros: Fermín Calbetón, Eduardo de Hinojosa, Augusto González Besada, Alejandro Groizard, José M<sup>a</sup> Salvador y Barrera, y el marqués de Vadillo.

La otra gran corporación cultural a la que perteneció Ugarte fue la Real Academia Española, a la que fue llamado por su faceta de poeta y literato, si bien su elección suscitó algunas críticas en contra de la Academia, pues muchos políticos de la época acabaron siendo académicos, algunos con muy pocos méritos<sup>30</sup>. Resultó electo el 14 de marzo de 1918 a propuesta de los académicos Juan Antonio Cavestany, Leopoldo Cano y Daniel de Cortázar<sup>31</sup>.

Tomó posesión de su plaza el 16 de junio de 1918 con un discurso titulado *La palabra* (Madrid, Imp. de los Hijos de M. G. Hernández, 1918), siendo respondido en nombre de la corporación por Daniel de Cortázar.

---

<sup>30</sup> ZAMORA VICENTE, A., *La Real Academia Española*. Madrid, Espasa, 1999, pp. 197 y 239 (nota 124).

<sup>31</sup> Archivo de la Real Academia Española, Libro de Actas n.º 41, pp. 573 y 583. No existe expediente académico.

Sustituyó en la silla Q al catedrático y rector Francisco Fernández y González, y al padre Fidel Fita, que murió antes de tomar posesión de su plaza y de quien hace un encendido elogio en su discurso. Fue académico durante un año escaso, por lo que apenas dejó rastro en dicha corporación. Su discurso de ingreso es una reflexión un tanto retórica sobre el concepto de palabra y una feroz crítica de las novedades poéticas del momento.

## LA OBRA LITERARIA DE UGARTE Y PAGÉS

Ugarte es autor de varios tomos de poemas, tardíamente escritos y publicados. Su poesía, hoy totalmente olvidada, tuvo al principio un tono moral y al final se perfila con rasgos antimodernistas. Al primer tomo lo tituló *Ascéticas* (Madrid, Tip. del Sagrado Corazón, 1910. 207 p.). Escogió este título «porque en el fondo de ellas palpita un sentimiento de amor a la perfección cristiana, una sentencia o regla de moral católica» (p. 13). El siguiente tomo de poesías se tituló *Íntimas (coplas viejas)* (Madrid, Imp. de los Hijos de M. G. Hernández, 1913. XV, 205 p.), y fue prologado por Ricardo León. Esta vez el autor canta el hogar y la vida doméstica e incluye al final unas *Notas a El sitio de Fuenterrabía*, donde explica las fuentes utilizadas para su composición «El Sitio de Fuenterrabía». *Amargas (verdades en verso)* (Madrid, Imp. de los Hijos de M. G. Hernández, 1917), con prólogo de Juan A. Cavestany, es el tercero de sus volúmenes líricos. Finalmente, el año de su muerte apareció *Ciento dos sonetos* (Madrid, s. n., 1919. 137 p.), con prólogo de Adolfo Bonilla, compañero suyo en la Academia de Ciencias Morales.

Ugarte cultivaba la poesía tradicional, y consideraba que «...la rima refuerza el vigor de la expresión y la graba más fácilmente que la prosa en el corazón y en la memoria»<sup>32</sup>. Es la suya una poesía «de la más pura y rancia cepa española», como dice Cavestany en su prólogo, basada principalmente en el soneto clásico, alejada de las nuevas tendencias modernistas e iconoclastas, y donde lo que principalmente sobresale es una fe profunda y un sincero sentimiento religioso.

Además de estos volúmenes poéticos, es autor de *Borradores y brochazos* (Madrid, 1889. XVI, 304 p.), con prólogo de José del Castillo y Soriano, y *Don Rodrigo en la horca (Narraciones históricas)* (Madrid, Biblioteca Patria c. 1907. 130 p.), un conjunto novelado de relatos históricos: Don Rodrigo en la horca, Los cuatro mosqueteros, Campeones del deber,

<sup>32</sup> *Ascéticas*, p. 11.

Bajas de guerra, Caso de conciencia, Lo absoluto, La Nochebuena del carabinero.

Es destacable igualmente su intervención en homenaje al padre Coloma, fallecido en 1914, y que se encuentra recogida en la obra *Discursos de los Sres. D. Rafael Martínez Nacarino, R. P. Antonio Astrain, S. J. y Javier de Ugarte y Pagés en la solemne sesión celebrada por el Centro de Defensa Social, de Madrid, el día 5 de marzo de 1916, consagrada a la memoria del R. P. Luis Coloma de la Compañía de Jesús* (Madrid, Sucs. de Rivadeneyra, 1916. 47 p.), en donde Ugarte hace un repaso de la obra literaria del padre Coloma, a quien conocía personalmente, alabando su profunda y sincera religiosidad.

Javier Ugarte falleció en Madrid el 27 de junio de 1919, siendo inhumado su cuerpo en la capilla familiar en el cementerio de Fuenterrabía (Guipúzcoa); había contraído matrimonio con Dña. Josefina Pagés y Bordiu, con quien tuvo 11 hijos. Además de las condecoraciones militares ya citadas, estaba en posesión de la Medalla de Oro de la Jura de Alfonso XIII, la Gran Cruz de Nuestra Señora de Villaviciosa de Portugal y la Encomienda de Carlos III.





# TEXTOS



# **DOCUMENTACIÓN**



## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz  
*Letrado Mayor del Consejo de Estado*

### SUMARIO:

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL.- II. Doctrina legal: concesiones administrativas. Supresión del riesgo y ventura. Aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*. Concepto de riesgo operacional.

### I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en el periodo referenciado sobre varias cuestiones de técnica normativa de interés.

En el dictamen 782/2014, ha señalado que la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno según previene el artículo 97 de la Constitución. Los titulares de los Departamentos ministeriales también la tienen, pero ceñida, en principio, a cuestiones domésticas. Para poder regular situaciones jurídicas generales de terceros ajenos a la Administración, es preciso que cuenten con una habilitación legal expresa. Con base en dicho criterio, en el mencionado dictamen —relativo a una regulación de transporte de mercancías—, expuso que «en el caso presente, a la vista del tenor del artículo 43.1.g) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, el Consejo de Estado considera la fijación de las condiciones específicas para la obtención de la autorización de transporte terrestre de mercancías, en cuanto deferida a lo que “reglamentariamente se establezca”, corresponde exclusivamente al Gobierno

mediante Real Decreto. No cabe hacerlo mediante orden ministerial. Por otra parte, tampoco cabe introducir por vía de orden ministerial un concepto de “vehículo cuya masa máxima autorizada supere las 2 toneladas pero no las 3,5” para obtener la autorización de transporte público. Esta noción difiere sustancialmente del concepto de vehículo ligero contenido en el artículo 47.3 del Reglamento de la Ley de Transportes Terrestres. Por todo ello, el Consejo de Estado considera que los contenidos de los apartados 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del artículo único, de la disposición adicional única y de la disposición transitoria primera de la Orden proyectada deben aprobarse mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros».

La necesidad de asegurar la unidad normativa, evitando la proliferación de disposiciones independientes, también ha sido objeto de reflexión. Con ocasión del informe de un proyecto normativo en materia ferroviaria que desglosaba parte del contenido de un reglamento general en un real decreto independiente, el Consejo afirmó que «no existe obstáculo legal para hacer uso de la opción elegida —la de regular la investigación de accidentes mediante un real decreto distinto de la disposición reglamentaria que disciplina la seguridad en la circulación ferroviaria—. No obstante, el Consejo considera que hubiera sido más adecuado mantener la regulación proyectada en el Reglamento sobre seguridad en la circulación ferroviaria. Varias son las razones para ello, a saber: La investigación de accidentes es materia propia y específica de la seguridad en la circulación ferroviaria. Existe una disposición reglamentaria —frente a lo que sucede en el ámbito aeronáutico donde falta un instrumento normativo análogo— que tiene vocación de regular la totalidad de la materia afectada y que verá cercenado su objeto. Y, en fin, la seguridad jurídica así lo aconseja. La seguridad jurídica —consagrada constitucionalmente en el artículo 9 de la Constitución— tiene, junto a su vertiente material, una formal que obliga, entre otros efectos, a evitar la dispersión normativa. Las regulaciones deben insertarse en su sede propia —recuérdese la prohibición de las *leges saturae* ya en el derecho romano—, evitándose tanto la proliferación de normas como la dispersión de los instrumentos formales en las que se contienen. La proliferación y dispersión de las normas provoca dificultades a la hora de localizarlas —entorpeciendo las labores de su búsqueda y elección, que son presupuesto para su aplicación—, llevan al marasmo y por consiguiente a la inseguridad— (Dictamen 512/2014).

Ahondando en la cuestión, en otro expediente, se llamó la atención sobre la dificultad de la regulación existente, derivada del rimero de normas aplicables. En tal sentido, se dijo que «ahora bien, el Consejo de Estado no puede dejar se señalar que la ya existente complejidad del ordenamiento

aplicable en la materia se verá agravada con la aprobación de la norma proyectada. El número de regímenes jurídicos aplicables (...) se verá ampliado a resultas de la expedición del proyecto de Real Decreto sometido a consulta. Así las cosas resultarán —como ya lo es hoy— difícil para los muchos y familiarizados con ellas y especialmente arduo para quienes no están tan avezados determinar las normas aplicables y las prolijas obligaciones jurídicas que imponen. Una situación como la descrita se complace mal con el principio de seguridad jurídica —consagrado constitucionalmente en el artículo 9 de la Constitución— que exige que la norma de la norma aplicable sea sencilla y que esta además sea clara y cierta. Resulta, por otro lado, poco acorde con principio de buena administración —que opera también en el ámbito normativo— en los términos definidos por las normas y la jurisprudencia europea» (Dictamen 387/2014).

El Consejo ha llamado la atención, por otra parte, sobre la diferencia entre las nociones de supletoriedad y subsidiariedad de normas y la distinta forma de jugar una y otra. Así, en el dictamen 306/2015, se afirmó: «Sabido es que, en el juego de la aplicación de los grupos normativos, las nociones de supletoriedad y subsidiariedad ni son identificables, ni desempeñan igual función en el caso de vacíos normativos. La supletoriedad comporta la aplicación en un grupo normativo que presenta una laguna de las normas existentes en otro distinto reguladoras la misma institución. La subsidiariedad, por el contrario, encuentra su fundamento en el *argumentum a similitudine* (*in casibus omissis, deducenda est norma legis similibus*). Y comporta la aplicación en el ámbito de un grupo normativo que presenta lagunas de los criterios que pudieran extraerse de otro grupo normativo distinto y regulador de instituciones jurídicas diferentes. Por consiguiente, cuando la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2003, de 17 de diciembre, hace referencia a la aplicación subsidiaria de la regulación de los contratos públicos está declarando expresamente que los títulos habilitantes no son contratos, ni participan, por asimilación, de su naturaleza o régimen jurídico. Así las cosas, a juicio del Consejo de Estado debe quedar claro que el título habilitante ni tiene naturaleza contractual, ni le resulta de aplicación —fuera de lo estrictamente dispuesto— la regulación atinente a los contratos de gestión de servicios públicos. Así hay que decirlo en la Orden proyectada y, también, en su momento, en el pliego de condiciones que se apruebe. El título habilitante es una simple licencia, de las que la doctrina calificó de *ut facias*. Tras la liberalización, la actividad de transporte ferroviario de viajeros es una actividad privada *destinada al público* —que no un servicio público ni un servicio de interés económico general—, sujeta a una reglamentación administrativa especialmente intensa por razón del interés

público. Ahora bien, este especial régimen de sujeción del prestatario de la actividad ni lo constituye en contratista público, ni le habilita para accionar frente a la Administración en relación con el resultado económico de su actividad. En consecuencia, la explotación deberá realizarse a riesgo y ventura del operador adjudicatario del servicio. El operador privado accede por medio de la obtención del correspondiente título habilitante a la prestación del servicio, pero dicha licencia no es título jurídico alguno que le ligue a la Administración pública en el ámbito económico. En otros términos, la prestación del servicio no tiene como contrapartida derecho económico alguno del autorizado derivado de los eventuales riesgos derivados de su explotación. La prestación del servicio es una actividad privada, desarrollada exclusivamente a su riesgo y ventura. La Administración otorgante del título habilitante permanece pues ajena a la suerte o desventura del operador del servicio. Esta idea debe informar claramente la regulación proyectada y el futuro pliego de condiciones, orillando en la medida de lo posible el uso de terminología propia de los contratos y referencias a la legislación reguladora de estos».

El Consejo ha llamado también la atención sobre la conveniencia de que respetar la verdadera naturaleza del procedimiento de elaboración de las disposiciones, en cuanto cauce formal encaminado a la aprobación de una norma con el específico fin de asegurar la consecución de un determinado fin o satisfacer un interés público. En dicho procedimiento, han de ponderarse de manera efectiva las razones que amparan el fin o interés público a satisfacer y las distintas soluciones consideradas para ello. No debe olvidarse que las normas constituyen instrumentos básicos para el desarrollo de las políticas públicas. Por ello, resulta primordial que tengan unos determinados niveles de calidad, tanto en su elaboración como en su aplicación y cumplimiento. Es preciso, de una parte, asegurar que son claras, comprensibles, proporcionales a los objetivos perseguidos y ejecutables (*factibilidad*) y, de otro lado, comprobar que generan los beneficios prometidos y no constituyen en una rémora, bien para la libertad de los ciudadanos, bien para la actividad económica (*practicabilidad*). Todo ello solo se alcanza dando pleno sentido y eficacia al procedimiento previsto legalmente para elaborar las disposiciones generales. Por consiguiente, no se trata de acumular informes y sustituir borradores. Los informes deben recabarse sobre textos que han alcanzado un grado de maduración suficiente y, solo cuando se hayan recabado y obtenido todos los preceptivos, resulta procedente reelaborar el texto en el que se señalen y razonen las diferentes aportaciones, siendo este el sometido a los informes finales —como son los del Consejo Fiscal, el Consejo General del Poder Judicial y, en último



término, el de este Alto Cuerpo—. Solamente así los informantes podrán saber con certeza sobre qué recaen sus informes.

En relación con las normas, se ha dicho que «la utilización de concepto jurídicos indeterminados, categoría bien conocida en el derecho público, tanto español como comparado, y que precisamente ha servido y sirve como instrumento de control de la acción administrativa, no equivale a “vaguedad” e “imprecisión”. En efecto, todo concepto jurídico indeterminado tiene, de una parte, un núcleo, cierto y seguro, que constituye su significado primario y que está configurado por datos previos objetivos y determinados, y, de otro lado, un halo, zona que rodea al núcleo, zona donde no existe una certeza previa y cuya determinación exige desplegar la idea nuclear del concepto. Pero la inexistencia de una certeza previa en este halo no comporta indefectiblemente la vaguedad o imprecisión. Todas las zonas del concepto están iluminadas o inspiradas por la idea que constituye el núcleo, de manera que, por difusos que sean los límites del halo, es posible fijarlos de manera objetiva y cierta con referencia a aquel. En tal caso, el operador jurídico, tanto administrativo como judicial, debe proceder “razonablemente” al apreciar las circunstancias del caso. La razón jurídica no es una razón mecánica y, por ello, el legislador no puede prever detalladamente todas y cada una de las circunstancias del caso al que hay que aplicar la ley, especialmente en materia tan fluida como es el mantenimiento de la seguridad ciudadana. Por eso, es adecuado y razonable tanto el recurso a los conceptos jurídicos indeterminados, como a lo razonable de la interpretación de la norma y la valoración de los hechos en presencia. Ello no supone abrir la puerta a la arbitrariedad sino a dejar un ineludible margen a la discrecionalidad tanto de la dirección política de la seguridad ciudadana que compete al Gobierno según el artículo 97 de la Constitución y que reitera el texto consultado, como de la Administración policial que ha de ejecutar dichas decisiones. Y bien es sabido que, en un Estado de derecho como es España, la discrecionalidad —en cuanto especificación de una solución justa entre las varias que se ofrecen al operador jurídico— puede ser valorada y controlada por la jurisdicción como toda la actividad administrativa sin excepción (artículo 106.1 de la Constitución). También conviene señalar, a la vista de las consideraciones vertidas en el expediente, que si la jurisprudencia ordinaria, como fuente complementaria del ordenamiento (artículo 3 del Código Civil), debe ser tenida en cuenta a la hora de introducir nuevas normas en el mismo, su peso es mayor cuando se trata de ejercer la potestad reglamentaria cuando se trata ejercitar la legislativa. Cuando se trata de esta última, la doctrina jurisprudencial —aun siendo siempre un valioso criterio orientador— no puede constituirse en

un obstáculo o límite de la libertad soberana del legislador, únicamente sometida a la Constitución y cuyo desarrollo solo a él compete».

Por último, es palmario el proceso de envilecimiento de la ley. La ley ha dejado de ser un instrumento normativo limitado a regular las cuestiones relevantes para ocuparse de minucias; para hacer declaraciones retóricas o inadecuadas. Tal circunstancia no ha sido pasado por alto por el Consejo quien ha señalado, en relación con el anteproyecto de ley de seguridad ciudadana, que «el Anteproyecto de ley contiene numerosas declaraciones que ni constituyen, ni incorporan auténticas normas jurídicas, ignorando que estas no tienen como finalidad la de instruir, informar o formar. No ignora el Consejo de Estado que son numerosas las disposiciones legales que ahora participan de esta configuración, pero ello no debe llevar a dejar de llamar la atención sobre este hecho. El lenguaje jurídico debe huir del estilo suasorio (*lex iubet, non suadet*), del estilo de la convicción y didáctico (*lex iubet, non docet*) y, en fin, del estilo descriptivo. Por otra parte, el texto consultado resulta excesivamente reglamentista en algunas de sus previsiones. Sirva como botón muestra diversos aspectos de la proyectada regulación del Documento Nacional de Identidad (artículos 8, 9 y 10) o la del pasaporte (artículos 11, 12 y 13). Las normas legales, en cuanto ocupan el grado superior del ordenamiento, deben ceñir, preferentemente, sus previsiones a las materias respecto de las cuales existe una reserva en su favor y afectan a los derechos y libertades de los ciudadanos. No resulta adecuado incorporar a disposiciones de rango legal previsiones de carácter meramente instrumental o accesorias, propias, por su propia naturaleza, de las normas reglamentarias» (Dictamen 557/2014).

## II. DOCTRINA LEGAL: CONCESIONES ADMINISTRATIVAS. SUPRESIÓN DEL RIESGO Y VENTURA. APLICABILIDAD *REBUS SIC STANTIBUS*. CONCEPTO DE RIESGO OPERACIONAL DE LA CLÁUSULA

«1. Se somete a consulta la cuestión relativa a si procede modificar unilateralmente por la Administración el contenido del contrato de concesión –en concreto, el sistema de compensación o restablecimiento del equilibrio económico-financiero- de la concesión, unificada por Real Decreto 126/1984, de 25 de enero, de que es titular la entidad Autopistas, bien mediante el ejercicio de la potestad administrativa de modificación de los contratos, bien con base en la cláusula *rebus sic stantibus*.

(.../...)

4. Para abordar las cuestiones planteadas debe recordarse, en primer término, la calificación jurídica de las concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas.

Conforme a las determinaciones de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, como ha puesto de manifiesto este Consejo en reiteradas ocasiones (por todas, los dictámenes números 4464/1998, de 22 de diciembre y el de 5 de diciembre de 2001) —y han reiterado la doctrina como la jurisprudencia—, la concesión para la construcción, conservación y explotación de autopistas tiene un carácter mixto en el que indisolublemente se presentan perfiles propios de la concesión de obra pública y de servicio público, constituyendo un tipo intermedio. Los primeros perfiles se hacen especialmente patentes en la fase de construcción de la obra y los segundos, en la fase de explotación y conservación. Lo que define la singularidad de esta clase de concesión es la de que su objeto está constituido por la construcción y la explotación de la obra pública; es decir, —frente a lo que sucede en la concesión de obra pública clásica—, la explotación de la obra no es solo la contraprestación que recibe el concesionario por su construcción sino que constituye su objeto mismo. Ello tiene como consecuencia que la duración y las condiciones técnicas y económicas de la explotación no tienen como condición retribuir estrictamente la obra hecha sino que adquieren autonomía como auténtica concesión de los servicios públicos. Se trata, en síntesis, de un contrato con un doble contenido: la realización de una obra y su explotación. En sus inicios, es un contrato que participa de las características del de obra y que solo cuando concluye adquiere los propios del contrato de gestión de los servicios públicos a los efectos de la obligación del contratista, sujetándose a las normas de este. Esta última característica hace que la retribución que puede percibir el concesionario por la prestación del servicio no esté limitada por el valor de la obra pública construida.

En todo caso, como concesión, la de autopistas pivota sobre su configuración como una *locatio operis* —el riesgo y ventura— que no es sino la expresión normal de la articulación de las prestaciones en el arrendamiento de obra: resultado contra precio fijo o alzado. En otros términos, su esencia radica en el riesgo y ventura que asume el contratista y que significa tres cosas: que la mayor o menor onerosidad sobrevenida no autoriza al contratista a desligarse del contrato; que no le da derecho a pretender su modificación y, en fin, que los riesgos anteriores al pago han de ser soportados por el propio contratista.

No obstante, el principio de riesgo y ventura —que alcanza su plenitud para la concesión de obra pública— cede en la fase de gestión de la obra, pues prevalecen en ella los perfiles de la gestión del servicio público. En

esta, la noción de riesgo y ventura queda modulada por la idea de equilibrio económico-financiero, hasta el punto de ser uno de los elementos caracterizadores básicos de la figura.

El equilibrio financiero de la concesión administrativa es un concepto jurídico indeterminado que informa y caracteriza las relaciones entre la Administración concedente y el concesionario privado no como un mero intercambio de prestaciones sino como una forma de colaboración para la consecución de un mismo fin. Se justifica en el interés público al que atiende el servicio objeto de aquella. Como consecuencia de ello, el equilibrio financiero en el seno de una concesión asegura la conmutatividad de las prestaciones y la existencia de una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas en consonancia con la “honesto equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige” (Arrêt de 11 de marzo de 1910, del Consejo de Estado francés, *Cie. Française de Tramways -arrêt Blum-*). El equilibrio económico-financiero despliega su eficacia en relación con ambas partes —frente a concepciones trasnochadas que lo ceñían a favor del concesionario— como evidencian los artículos 258 y 282 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Ambas nociones —riesgo y ventura y equilibrio económico financiero— no son incompatibles. Antes al contrario juegan coordinadamente en el ámbito de las concesiones de servicio público y, de manera especialmente intensa, en el caso de las concesiones mixtas de obra y servicio público, como son las de autopistas. En efecto, el equilibrio económico-financiero constituye un mecanismo que tiene su límite natural en el riesgo y ventura, que sigue constituyendo el elemento definidor básico de la institución concesional. El juego de ambos asegura la vigencia de los principios de reciprocidad, conmutatividad, equivalencia de prestaciones, rendimiento económico para la Administración y el de proporcionalidad entre las prestaciones debidas (*Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1998*). El riesgo y ventura impide que el equilibrio económico-financiero se convierta en una garantía ordinaria total de los intereses de la empresa, trasladándolos íntegros al Erario público en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales —como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1987—.

Lo que no cabe en este esquema legal, por tanto, es la inexistencia —de manera absoluta— del riesgo y ventura y su sustitución por una aplicación del equilibrio económico que lo deje sin efecto. Así lo puso de manifiesto la exposición de motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de obras públicas, al decir “la asunción de riesgo

en ‘proporción sustancial’ por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación” y lo ha dicho este Consejo en varias ocasiones (entre otros, el dictamen de 5 de diciembre de 2001). Y es que la supresión del riesgo y ventura “ha sido puesta en cuestión doctrinalmente, al estimar, con toda justicia, que hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado el “alea normal del contrato”, es decir, la pérdida o el beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa y los traslade a la Administración en su integridad, vendría a establecer un desequilibrio y, en esta hipótesis, contrario a los intereses públicos y a los principios de la justicia eterna (SSTS de 2 de julio de 1873 y de 25 de marzo de 1915), lo que representa una interpretación que conduce al absurdo” (*Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1985*).

La inexistencia completa del riesgo y ventura en una relación concesional comporta, en consecuencia, que no se esté ante tal figura sino ante otra distinta; en concreto, ante un contrato de servicios. Así lo ha puesto de manifiesto, por lo demás, la doctrina y jurisprudencia comunitaria, yendo incluso más allá, al sustituir —quedando embebido— la noción de riesgo y ventura en otros más amplios, como son el de riesgo de explotación primero y el de riesgo operacional hoy. Ya la Comunicación de la Comisión Europea sobre las concesiones en derecho comunitario, publicada el 29 de abril de 2000, llamó la atención sobre el hecho de que la presencia del riesgo de explotación, vinculada a la inversión realizada, resulta determinante para verificar la existencia de una concesión y excluir la de un contrato de servicios. El derecho de explotación del concesionario implica la transferencia de la responsabilidad de explotación del concedente al concesionario, englobando al tiempo los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. El concesionario debe efectuar las inversiones necesarias para que su obra se ponga a disposición de los usuarios en buenas condiciones, recayendo sobre él la carga de la amortización y la asunción de los riesgos vinculados a la construcción, la gestión y la frecuencia en el uso de la infraestructura. El derecho de explotación permite al concesionario percibir, durante un determinado período, derechos del usuario de la obra realizada u otras formas de remuneración procedentes de la explotación.

El riesgo es compatible, sin embargo, con la asunción por parte del Estado del coste de explotación de la concesión con el fin de disminuir el precio que debe pagar el usuario. Ahora bien, esta remuneración no puede tener el efecto de eliminar el riesgo de explotación que corresponde al concesionario, so pena de su recalificación como contrato. Tiene su límite

en la no pérdida, esto es, en la compensación de la inversión efectuada. Lo que no puede asegurarse es un beneficio, un rendimiento positivo, al concesionario desvinculado causalmente del uso efectivo de la infraestructura. Antes al contrario, lo ha de estar a dicho uso efectivo de la obra pública; a la “frecuentación” dicen los textos comunitarios.

En otros términos, aunque la vinculación de las remuneraciones al operador económico por el uso o frecuencia del servicio sea un elemento significativo, lo determinante para apreciar la existencia de una concesión de servicios es que se haya transferido al concesionario la responsabilidad de la explotación. En consecuencia, en los casos en que la retribución al concesionario está vinculada al uso del servicio, pero existen mecanismos de compensación por los que el poder público garantiza un nivel de beneficios no cabe hablar de la existencia de una concesión si desaparece el riesgo de explotación. Depende de la existencia de riesgo de explotación el que el contrato sea de concesión o, en su ausencia efectiva, de servicios.

Así las cosas, interesa precisar qué se entiende por “riesgo de explotación” —que es algo distinto del riesgo y ventura inherente a todo contrato público—. El “riesgo de explotación” lo define la Comunicación antes citada como la responsabilidad sobre los aspectos técnicos, financieros y de gestión de tal forma que el concesionario asume los riesgos del mercado, los que derivan de las modificaciones normativas que afectan al objeto de la prestación (con excepción de los supuestos de *factum principis*) y de las obsolescencias técnicas —que son especialmente importantes en plazos de ejecución largos, como suele ser típico en todas las concesiones—.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión ha recogido lo expuesto en diversas sentencias (*Sentencias de 10 de septiembre de 2009, asunto Eurwasser, apartados 59 a 67; de 10 de marzo de 2011, asunto Privater y de 10 de noviembre de 2011, Asunto Norma A, Dekan*). Resaltan estos pronunciamientos que, para la existencia de una concesión de servicios, la remuneración del concesionario debe realizarse en función de la explotación, es decir, del uso real o “frecuentación del servicio”. Es indiferente que la retribución la obtenga el concesionario directamente del usuario o de la Administración, pero debe existir el uso real y efectivo de la infraestructura por parte de los usuarios como elemento determinante de su cuantía.

5. Las concesiones de autopistas, en cuanto concesiones mixtas de obra y servicio público, pueden ser —y lo son con frecuencia— de modificaciones. Ahora bien, como es palmario, no todas ellas tienen el mismo alcance y contenido. En unas ocasiones, se centran en lo tocante a la prestación del servicio. En otras, en la obra pública que constituye su objeto. Respecto de

éstas últimas, y habida cuenta la imbricación de elementos propios de la obra pública y del servicio público, para dilucidar su verdadero carácter, ha de atenderse a su estricto contenido. Se observa que, en la mayor parte de ellas, hay un claro matiz diferenciador respecto de la concesión principal. Como se ha dicho, en esta, el objeto de la concesión es, al tiempo, la construcción y la explotación. En cambio, en las modificaciones objetivas, el objeto estricto de la modificación es la construcción de unas obras adicionales, ampliatorias o complementarias de la principal. Se trata de obras no susceptibles por lo general de ser explotadas de manera independiente. En estos casos, la explotación de la obra no se configura como objeto de la concesión sino como contraprestación —como se derivaba del antiguo artículo 221 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, incorporado por la Ley 13/2003—. Esta distinta configuración de la explotación tiene una consecuencia relevante: su duración y las condiciones técnicas de la explotación tienen como límite retribuir su construcción. Ello es consecuencia de que participa ante todo de las características propias del contrato de obras. El concesionario ve ceñido su beneficio a lo que es la recuperación del coste de la inversión efectuada incrementada por un razonable beneficio. En otros términos, en esta modalidad, la idea de conmutatividad de las prestaciones se hace especialmente presente.

6. De lo expuesto se pueden extraer ya algunas consecuencias en relación con lo consultado; a saber:

A) La concesión otorgada en su día a ACESA y a la que se refiere la consulta tenía por objeto la construcción, conservación y explotación de una autopista, participando de la naturaleza de concesión mixta de obra y servicio público antes indicada. Es consustancial a ella el riesgo y ventura del concesionario, sin que se pueda legalmente suprimirse, si bien cabe modularlo.

B) El Convenio de 2006 comportó una modificación de la concesión inicial. Se trató pues de una novación modificativa. Por un lado, tenía un objeto muy concreto y, por otro, preveía una contraprestación también determinada. El objeto era la construcción de determinados carriles adicionales en la vía y otras obras materiales y la renuncia por parte de la concesionaria a unas eventuales indemnizaciones que pudieran corresponderle por el desdoblamiento de dos carreteras nacionales, la CN-II y la CN-340 —desdoblamiento que no se ha producido—. La contraprestación, por su parte, se ceñía a la explotación —en el conjunto total de la concesión— de la nueva obra construida, previéndose un mecanismo de compensación —restablecimiento del equilibrio económico-financiero— para el caso de que la explotación de la nueva obra ejecutada —el incremento del tráfico—

no compensara el montante de las obligaciones asumidas por el concesionario.

Lo que resulta palmario es que el Convenio de 2006 ni constituyó una novación extintiva que puso fin al contrato anterior sustituyéndolo por otro nuevo, distinto, ni una novación modificativa funcional o causal —que se asimila a la extintiva— que alterara íntegramente la función económico-jurídica de la relación obligatoria de acuerdo con el sistema de organización de intereses de las partes. En otros términos, el Convenio de 2006 introdujo cambios en la relación concesional preexistente. Esos cambios no tuvieron sin embargo una relevancia tal como para comportar la transformación radical de la preexistente y para poder afirmar que la nueva relación constituye un contrato completamente distinto del anterior.

Lo dicho tiene una consecuencia inmediata. Si la relación modificada sigue siendo la que, en sustancia, era y si, ínsita a su naturaleza concesional, son las ideas de riesgo y ventura y riesgo de explotación a cargo del concesionario, resulta palmario que estas no han podido desaparecer, ni suprimirse completamente del entramado contractual. A lo sumo podrán haberse mitigado, pero no suprimido. Si se hubiere suprimido el riesgo de explotación a cargo del concesionario, la relación, bien se habría extinguido, bien ya no sería calificable de concesional incardinándose en otra categoría jurídica. Por consiguiente, toda aplicación de las cláusulas concesionales ha de hacerse teniendo presente la concurrencia de la idea de riesgo y la imposibilidad de su completa exclusión.

C) El Convenio de 2006 tenía un objeto concreto: la ejecución de determinadas obras que, en sí mismas, no eran susceptibles de explotación independiente. En consecuencia, conforme a lo expuesto antes, puede afirmarse que el objeto de la modificación no era propiamente la construcción y explotación de las nuevas obras sino solo su construcción. El concesionario obtenía, como contraprestación, su explotación —en el seno de la relación global—, quedando sujeta esta a la regla de que el concesionario debe ser retribuido por la inversión efectuada, sin que pueda extenderse a otros ámbitos que exceden la mencionada modificación.

7. Como se ha puesto de manifiesto, lo que subyace en primer término en la consulta de V. E. es la cuestión relativa a si procede censurar favorablemente las cuentas presentadas por la concesionaria en las que incluye como derecho consolidado a su favor el saldo de liquidación a cierre de cada ejercicio, computando en el margen de explotación considerado la disminución de tráfico de la vía habida, con independencia de su causa y superando ampliamente su montante la cuantía íntegra de la inversión llevada a cabo a resultas del Convenio de 2006.



A juicio del Consejo de Estado, no procede la censura favorable de las cuentas presentadas por la concesionaria en los términos indicados. Lo que hace la concesionaria al formular las cuentas en el sentido expuesto es una inadecuada lectura de la cláusula 8.<sup>a</sup> del Convenio de 2006.

En efecto, el sistema de compensación previsto en el Convenio no despliega una eficacia constitutiva a favor del concesionario desde el momento de su aprobación en 2006. Este no consolida anualmente un derecho a percibir una cantidad en el caso de exista una diferencia entre los valores de los flujos de caja libres de explotación de referencia y los reales. El Convenio articula un mecanismo de futuro, un método de cálculo que tiene por objeto, una vez realizada la inversión, determinar en 2021 —no antes— el “saldo de compensación de liquidación” que el concesionario eventualmente puede recibir si no ha visto compensado entonces el máximo de inversión —cifrada en 504 millones de euros en valor de 2005— mediante los tráficos habidos. Por tanto, en el patrimonio del concesionario, no nace derecho alguno que quede consolidado. Ello porque la situación jurídica que puede generar su aparición tampoco queda conformada con seguridad. El concesionario está a expensas de lo que ocurra durante todo el periodo concesional para verificar, en el momento final, si nace a su favor un derecho a obtener la correspondiente compensación. Tampoco nace en su patrimonio un derecho o situación jurídica de poder, debilitado o interino, que le atribuya un poder real —aún transitorio— sobre los saldos anuales de compensación. El sistema previsto lo único que articula es un método de cálculo que se utilizará, en 2021, para regular y liquidar las relaciones derivadas de la concesión en orden a mantener el equilibrio económico financiero, sin originar —hasta entonces— concretas obligaciones de dar, hacer o no hacer inmediatamente exigibles. Se trata de un mecanismo análogo en cuanto a su estructura y funcionamiento al propio de un contrato de cuenta corriente, en el que los saldos de las distintas partidas intermedias no son exigibles. Así las cosas, el método de cálculo articulado por el Convenio solo genera en el concesionario la expectativa de que, en 2021, el saldo de compensación de liquidación se determine conforme con los términos aplicables.

La consecuencia obligada de lo expuesto es que, al no generarse en el patrimonio del concesionario un derecho al saldo anual de liquidación frente a la Administración pública, este no puede calificarlo como activo financiero conforme al Plan General de Contabilidad —aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre— y, en concreto, conforme a las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las em-

presas concesionarias de infraestructuras públicas —aprobadas por Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre—.

El apartado 1.2 de la norma segunda de adaptación (“Tratamiento contable de los acuerdos de concesión”) disciplina la calificación y valoración de la contraprestación a recibir por los servicios de construcción y mejora de la infraestructura.

(.../...)

Conforme a las previsiones de esta Norma, el concesionario construye el activo (“infraestructura”), entregándolo a la Administración concedente, quien reconoce a la empresa concesionaria una contraprestación o retribución cuantificada por el valor razonable del servicio prestado que, en principio, es el equivalente al coste de la infraestructura más el margen de construcción.

Dicha retribución puede calificarse bien de activo intangible, bien de activo financiero.

(.../...)

Conforme lo expuesto, existe un derecho incondicional de cobro cuando el riesgo de demanda —el asociado a la utilización del servicio público, es decir, a la capacidad y voluntad de los usuarios de utilizar la infraestructura, según la definición contenida en la Orden EHA/3362/2007, de 16 de noviembre— es asumido íntegramente por la Administración, de manera que esta garantiza de antemano el pago de importes determinados o la recuperación del déficit. En todo caso, es requisito imprescindible que, además, la Administración no tenga capacidad para evitar el pago de la retribución descrita. La norma recalca por otra parte que “la presencia de cláusulas en el acuerdo de concesión que mitiguen el riesgo de la demanda que soporte la empresa concesionaria, por sí solas, no califican la contraprestación como un activo financiero porque la empresa concesionaria, en el momento inicial, no tiene un derecho incondicional de cobro».

La interpretación de norma contable transcrita ha de hacerse de acuerdo con los criterios señalados por el International Accounting Standards Board y, en concreto, con la denominada IFRIC 12 desarrollada por el International Financial Reporting Interpretations Committee, de noviembre de 2006. La citada IFRIC 12 ha sido asumida por el Reglamento 254/2009, de la Comisión, de 25 de marzo de 2009, por el que se modifica el Reglamento 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la Interpretación número 12 del Comité de interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera. Conforme con ella, la empresa concesionaria

debe reconocer un inmovilizado intangible, de una parte, si la retribución prevista consiste en el derecho a cobrar las correspondientes tarifas en función del grado de utilización del servicio público y, si la Administración concedente controla el uso físico que se debe dar a la infraestructura, en la medida en que es ella quien decide a qué servicio público debe quedar afecta, a quién se debe prestar el servicio y a qué precio. En estos casos, la concesionaria no puede registrar la infraestructura como un inmovilizado material —sino como un inmovilizado intangible— dado que lo que realmente controla es el derecho a explotar un servicio y a cobrar por ello (una concesión o licencia).

En otros términos, se ha dicho que la retribución de la empresa concesionaria es calificable como un derecho incondicional de cobro y, en consecuencia, contabilizable como activo financiero solo cuando, habiendo nacido de manera efectiva, el concesionario en lugar de recibir un derecho a explotar la obra o el servicio público hace suyo un derecho a percibir una retribución, —limitándose su actividad ordinaria a gestionar dicha retribución (caso de peaje en la sombra)— y siempre que la Administración no tenga capacidad de evitar el pago.

No ocurre así en el caso a que se refiere la consulta. Como se ha señalado, el concesionario no tiene en su patrimonio un derecho incondicional de cobro, ya nacido y de posible uso cierto y real. Ese derecho nacerá, en su caso, en 2021, al momento de liquidar el saldo correspondiente. Pero hay más, el nacimiento de ese eventual derecho está supeditado, según la cláusula 9.<sup>a</sup> del Convenio, a dos requisitos: a) que, una vez comunicada al Ministerio de Fomento la liquidación, se verifique por la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje; y b) a que la citada Delegación del Gobierno impulse la creación de la oportuna partida presupuestaria. La concurrencia de estos dos requisitos evidencia que la Administración tiene capacidad para evitar el pago en los términos exigidos por la norma contable. Y es que, frente a lo que, de soslayo, dice alguno de los informes aportados por la concesionaria en el trámite de audiencia ante este Consejo de Estado, no existe la obligación jurídica de crear la partida presupuestaria con que afrontar el eventual crédito resultante.

En resumida síntesis, la fórmula recogida en el Convenio no concede al concesionario derecho subjetivo alguno en la actualidad, sino simples expectativas que tan solo dan lugar a un reflejo contable (saldos de compensación, que se suman y que se restan anualmente). No son por consiguiente de ejercicio futuro incondicional y, frente al Estado, no cabe ni calificarlas ni contabilizarlas como activos financieros.

Así las cosas, en el caso de que la concesionaria presente unas cuentas incluyendo, como saldos reales y efectivos frente al Estado, un saldo de liquidación que incluya los decrecimientos por tráfico y por ende un importe resultante superior al montante de las inversiones realizadas a resultas de las obras previstas en el Convenio de 2006, la Delegación del Gobierno debe formular la correspondiente objeción contable con ocasión del ejercicio de su competencia para censurar las cuentas.

La concesionaria puede formular y aprobar sus cuentas como desee, pero debe constar la reserva del Estado, reseñándose que la cifra consignada por el concepto antes indicado es una cifra provisional y estimada—correspondiente a una mera expectativa que quizás se concrete o no— y no un saldo real y efectivo. Solo así se puede evitar que una imputación contable hecha discrecionalmente por la concesionaria pueda llegar no ya a generar derechos para la concesionaria—que no lo puede hacer— sino a contribuir a consolidar una apariencia de tales derechos para los terceros adquirentes de los hipotéticos créditos transferidos por la mencionada concesionaria.

8. En 2021, habrá de verificarse si se ha restablecido el equilibrio económico-financiero de la concesión tras haberse realizado la inversión derivada de las inversiones del Convenio de 2006 y que ascendían a un máximo de 504 millones de euros en valor de 2005.

El concesionario tendrá en ese momento el derecho asegurado a ver compensado el importe de la inversión efectuada a resultas del Convenio de 2006—504 millones de euros máximo al valor de 2005— con una tasa de capitalización anual del 6,50%. A juicio del Consejo de Estado, la cláusula octava del Convenio no ampara eventuales compensaciones por disminuciones del tráfico de la autopista que no vengan generadas por lo que es estrictamente el desdoblamiento de la carretera nacional II y la CN-340—lo que no se ha producido— y que excedan el montante máximo de las inversiones efectuadas en aplicación del Convenio de 2006.

Si, en 2021, los ingresos por tráfico compensan dicho montante, la Administración Pública no tendrá que abonar ninguna cantidad al concesionario. Si por el contrario no se alcanza dicho importe, la diferencia entre lo obtenido de los ingresos de los usuarios y la referida cuantía deberá ser compensada por la Administración Pública.

Así, de esta manera, se conjugan adecuadamente el principio de riesgo y ventura— inherente a la concesión— y el equilibrio económico-financiero reconocido a favor del concesionario.

El Convenio de 2006 no suprimió el riesgo de la demanda en toda su extensión, frente a lo que se ha dicho. No podía hacerlo conforme a la

naturaleza de la concesión y la jurisprudencia —nacional y comunitaria— antes citada. Lo mitigó. Lo distribuyó entre la Administración concedente y el concesionario. Llevó al máximo legalmente su modulación, hasta el extremo de garantizarle la recuperación del importe de la inversión realizada en virtud del Convenio de 2006. La exclusión del riesgo de la demanda se ciñó al recobro de la inversión derivada del Convenio —lo que es conforme con la naturaleza de la modificación operada en la que primaban los perfiles propios del contrato de obra—. En fin, garantizó al concesionario la no pérdida de lo invertido, pero no le aseguró la percepción de unos ingresos adicionales y menos por una demanda de usuarios inexistente. El Convenio no pudo ir más allá porque el sistema de incentivos legalmente admisible conforme con lo expuesto antes no alcanza la bonificación por tráficos inexistentes. Antes al contrario, su aplicación requiere el uso real y cierto de la infraestructura por parte de los usuarios y ese uso cierto y real falta en los supuestos de no uso.

La aplicación de la cláusula en los términos expuestos se adecua, por lo demás a la institución concesional que exige la pervivencia del riesgo y ventura. Se ajusta a la índole de la modificación operada en 2006 cuyo auténtico carácter venía determinada por unos perfiles que la aproximaban más a un contrato de obra que a una concesión de servicios en los términos antes dichos —de manera que la explotación de la obra no era el objeto de la concesión sino la contraprestación—. Se conforma con la realidad objetiva del Convenio de 2006 que no contempló la compensación por eventuales disminuciones de tráfico derivadas de la crisis económica u otras causas exógenas a la propia concesión. Y es que el presupuesto fáctico del Convenio fue el de la existencia de unos tráficos crecientes de modo constante en la autopista. Así se deduce claramente del Anejo 2, que fija la serie de crecimientos de tráfico para el periodo 2006-2021, sin contemplar, ni como mera hipótesis, un decrecimiento de estos. Las partes solo consideraron una eventual disminución de las frecuencias de uso de la vía a consecuencia del desdoblamiento de la CN-II y CN-340, que no se ha producido. Y, en fin, se aviene con la intención de las partes que era la de resarcir una inversión adicional máxima de 504 millones de euros, esto es, con la causa del contrato, desde el punto y hora que el abono de cantidades por razón de otras circunstancias subvertiría dicha causa al convertir el contrato en algo distinto de lo perseguido por las partes.

Además de lo expuesto, la aplicación de la cláusula en los términos indicados es la única que se acomoda con el ordenamiento, toda vez que este articula un mecanismo específico para compensar a las concesionarias de autopistas eventuales pérdidas por disminuciones de tráfico.

9. En efecto, en el grupo normativo aplicable a las autopistas de peaje, se han introducido diversos mecanismos para compensar las disminuciones de tráfico. En concreto, para atenderlas y para restablecer el equilibrio económico-financiero de las concesiones de autopistas de peaje, se ha diseñado un modelo de préstamos participativos en las disposiciones adicionales 41.<sup>a</sup> y 42.<sup>a</sup> —está referida a las Entidades acogidas al Programa de adecuación para las autovías de primera generación— de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010. Posteriormente, la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, previno en su disposición adicional 47.<sup>a</sup> la posibilidad de establecer los mecanismos necesarios para compensar a las concesionarias de las autopistas por la reducción de peajes que se establecieran en los entornos urbanos y periurbanos en razón de la mejora de la movilidad y seguridad vial. La disposición adicional 8.<sup>a</sup> de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, estableció también la posibilidad de crear una cuenta de compensación por la cual el Estado pagaría a las sociedades concesionarias la diferencia entre el 80% de los ingresos previstos y los ingresos reales durante los tres años siguientes. Estas aportaciones deberán devolverse a la Administración a un tipo de interés equivalente al de los préstamos participativos hasta ese momento concedidos.

La insuficiencia económica de todas estas medidas ha llevado a una modificación de la disposición adicional 8.<sup>a</sup> de la Ley 43/2010, mediante la disposición final 21.<sup>a</sup> de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, al objeto de ampliar hasta 2018 el recurso a los préstamos participativos en la cuenta de compensación, previendo su abono con relación a los ingresos reales percibidos por peaje conforme a las cuentas auditadas.

Es decir, el restablecimiento eventual del equilibrio económico financiero por decrecimiento del tráfico se logra a través de este específico mecanismo legal *ad hoc*.

Por consiguiente, incluso aun cuando las compensaciones por decrecimientos del tráfico hubieran quedado comprendidas en el ámbito de la cláusula 8.<sup>a</sup> del Convenio de 2006, esta habría devenido ineficaz con posterioridad, habida cuenta la existencia de un mecanismo legal específico que la sustituye.

No constituye obstáculo para la aplicabilidad de este sistema específico de compensación el hecho de que las mencionadas previsiones legales señalen nominativamente las autopistas beneficiarias. La estructura del grupo normativo aplicable a las autopistas de peaje permite extraer sin

violencia los principios y criterios que hacen posible su plena aplicación a favor de ACESA. En efecto, en el ámbito del derecho administrativo, la solución jurídica a las cuestiones planteadas no viene determinada por la aplicación de una concreta norma —que no es tal ya que nunca contiene toda la regulación de un determinado supuesto concreto—. Ha de extraerse de un «espacio normado», integrado por múltiples disposiciones legales y reglamentarias, que recibe la denominación de grupo normativo. El grupo normativo está constituido por todas las normas jerárquicamente ordenadas y completas que contemplan el mismo supuesto de hecho abstracto bajo una misma *ratio* o finalidad. Su noción no corresponde, por tanto, al esquema simplista que ofrece ni el criterio de la jerarquía normativa, ni el de concreción sucesiva de las normas, sino a la idea de estar dotado de una misma *ratio* o finalidad.

Así las cosas, al haber articulado el ordenamiento un instrumento *ad hoc* para compensar los eventuales decrecimientos del tráfico en el grupo normativo aplicable, ha de estarse a este, de tal suerte que, aun cuando se considerara que la cláusula octava del Convenio de 2006, los contemplaba, dicha cláusula —como se ha señalado— ha devenido ineficaz por disposición de la ley.

10. Expuesto lo que antecede, se puede afirmar sin ambages que la cláusula 8.<sup>a</sup> del Convenio de 2006 consagra únicamente el derecho del concesionario a liquidar y, en su caso, a obtener en 2021, el saldo de compensación correspondiente en los términos expuestos. Además, no le atribuye un derecho consolidado a los saldos anuales de compensación. Se tratan de meras y simples expectativas.

En fin, no puede hablarse de la existencia de un desequilibrio de las prestaciones entre las partes, al no tener el concesionario ni derecho consolidado alguno a los saldos anuales de liquidación, ni a unas eventuales compensaciones por las disminuciones del tráfico debidas a la crisis económica general. Por consiguiente, en estado de cosas, no procede adoptar medidas modificativas del contrato, ni a través de los mecanismos ordinarios previstos en la ley, ni por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

11. No puede sin embargo el Consejo de Estado dejar de señalar algunas cuestiones en relación con el objeto de consulta.

Se ha expuesto con rotundidad en los informes obrantes en el expediente —con la excepción de la Abogacía del Estado en el Departamento— que no cabe en ningún caso ni modificar la concesión, ni aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*.

Como se ha señalado, también este Cuerpo Consultivo coincide con ese parecer, pero porque el contrato ha de aplicarse en sus términos y, en

su caso, con las modulaciones que vienen impuestas por la legislación sobrevenida, que articula un mecanismo específico de compensación para las disminuciones de ingresos por eventuales decrecimientos del tráfico.

Ahora bien, en el hipotético supuesto de que, en el ámbito de la cláusula 8.ª del Convenio de 2006, quedaran comprendidos los referidos decrecimientos y que se estuvieran generando ya unos derechos consolidados y efectivos a favor del concesionario, la solución a la cuestión suscitada tendría su solución natural en la modificación contractual, que estaría amparada legalmente.

En efecto, frente a lo que se ha sostenido, la potestad administrativa de modificar el contenido de la relación concesional está plenamente reconocida y resulta aplicable al caso concreto. Dicha potestad no se limita a los supuestos previstos en los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Autopistas en régimen de concesión. Estos preceptos contemplan la posibilidad de modificar, por razón de interés público, los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios (artículo 24) y la ampliación de la obra que constituye la infraestructura (artículo 25). No serían aplicables al caso. Pero, junto a estos supuestos específicos, la ley ampara la modificación de la concesión en otros aspectos; y, en particular, en lo tocante al equilibrio económico-financiero. En tal sentido, el artículo 258 de la Ley de Contratos del Sector Público, bajo la rúbrica de «Mantenimiento del equilibrio económico-financiero», afirma tajantemente que:

*«1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico-financiero en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.*

*2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda...*

*3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan...».*

Análogas previsiones se contienen, en relación con el contrato de gestión de servicios públicos, en el artículo 282 (apartados 1, 4 y 5).

Es de resaltar que, frente a planteamientos legales anteriores, la norma contempla el restablecimiento del equilibrio económico-financiero no solo a favor del concesionario sino también a favor de la Administración y lo configura como una obligación para la Administración. Es decir, en el caso de que la conmutatividad de las prestaciones pactadas se viera alterada en perjuicio de la Administración, esta no es que esté facultada para modificar



el contrato sino que viene obligada a hacerlo a fin de garantizar los intereses públicos.

12. Ha existido por otra parte coincidencia en los pareceres de la Abogacía General del Estado y la concesionaria en la imposibilidad de aplicar, en el caso presente y para el supuesto que el derecho de la adjudicataria fuera ya efectivo, la cláusula *rebus sic stantibus*.

Discrepa igualmente el Consejo de Estado de dicho planteamiento. Desconocen los citados pareceres —al igual que la ringlera de informes aportados por la concesionaria— la actual configuración de la mencionada cláusula; en especial, tras las sentencias de la Sala Primera —de Pleno— del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 y de 30 de junio de 2014. Dichos pronunciamientos modifican de manera sustancial su alcance.

En los períodos en los que la coyuntura económica se ve alterada profundamente y las circunstancias derivadas de esta perturban significativamente la relación de equivalencia entre las prestaciones contractuales, la cuestión de su influencia en la vida de los contratos con relaciones obligatorias sinalagmáticas duraderas —o de ejecución instantánea cuando su cumplimiento ha sido diferido a un momento futuro— deviene conflictiva. Afloran entonces dos principios, el de *pacta sunt servanda* —que fuerza a mantener en vigor el contrato y en los términos inicialmente pactados— y el principio de buena fe en el desenvolvimiento de las relaciones contractuales, que recoge el Código Civil en su artículo 7.1 y aboga por su resolución o, al menos, su modificación. A veces, la doctrina y la jurisprudencia invocan —como argumento sustitutivo al de la buena fe o complementaria de él— la necesidad de la persistencia de la causa. La causa no solo es un requisito para la existencia del contrato. Lo es también para su posterior vigencia. En consecuencia, si hay una alteración significativa entre la prestación y la contraprestación se rompe el sinalagma. Con él, se quiebra la causa, ya que, como establece el inciso primero del artículo 1274 del Código Civil, «en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte».

Nadie o casi nadie duda hoy de que, una vez perfeccionado el contrato, si las circunstancias económicas se alteran radicalmente, se debe resolver o modificar el contrato. Se discute el fundamento conceptual con el que hacerlo. La justificación tradicional —que arranca de la glosa del D. 12. 4, 8, «*clausula rebus sic se habentibus*», de Bartolo y Paulus de Castro— ha sido la de entender que existe una cláusula implícita en todos los contratos que determina que estos obligan mientras las circunstancias no se alteren (*clausula rebus sic stantibus*). Pero, en todo caso, su aplicación siempre fue muy

restrictiva. En tal sentido, la doctrina clásica del Tribunal Supremo (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1940, de 12 de junio de 1956, de 17 de mayo de 1957, de 21 de octubre de 1958, de 29 de mayo de 1996 y 19 de mayo de 1996) exigía, para activarla, una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes y la imprevisibilidad de la contingencia. Es decir requería que la contingencia habilitante para la aplicación de la regla rebus había de ser razonablemente imprevisible para el deudor al tiempo de contratar. Ello era sumamente raro que se produjera. Por eso, la jurisprudencia introdujo diversas modulaciones que, aunque conceptualmente respondían a planteamientos doctrinales distintos, permitían una aplicación más flexible. En concreto, esas modulaciones vinieron derivadas de la denominada doctrina de la presuposición o base del negocio y de la doctrina de la frustración del fin del contrato.

Conforme a la primera, se afirmó primeramente que, si la obligación devenía imposible materialmente, aun cuando hubiera sido previsible tal circunstancia, se extinguía el contrato, al calificarse la cláusula contractual determinante como obligación condicional (*Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1990, de 6 de noviembre de 1992 de 14 de diciembre de 1993 y de 14 de octubre de 1999*). Y, con base en la segunda —la doctrina de la frustración del fin del contrato—, se dijo que una alteración sobrevenida de la base del negocio que comportara la alteración de la relación de equivalencia entre las prestaciones y que destruyera la finalidad común del negocio habilitaba para modificarlo (*Sentencias del Tribunal Supremo número 344/1994, de 20 de abril y núm. 514/2010, de 21 de julio*).

En todo caso, la doctrina del Tribunal Supremo era muy restrictiva. La modificación de las condiciones económicas debía ser extraordinaria y radicalmente imprevista. Y la desproporción entre prestación y contraprestación, exorbitante, fuera de toda lógica, de suerte que desbaratará la economía del contrato.

Sin embargo, como se ha señalado, tal planteamiento ha sufrido una radical transformación con las sentencias de 17 y 18 de enero de 2013 y, especialmente, con la de 30 de junio de 2014.

Señala este último pronunciamiento que,

*«en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la figura referenciada en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional...» a una “valoración de ... esta figura... plenamente normalizada, en donde su prudente aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato...”.* Considera que, de acuerdo con los principios Unidroit, PECL y otras re-

*glas internacionales, “la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido. No obstante ... la aplicación de la cláusula no se produce de forma generalizada ni de un modo automático pues... resulta necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención... En relación a la excesiva onerosidad hay que señalar que su incidencia debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. Este hecho se produce cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato)».*

resaltando la plena aplicación de la cláusula a un caso en el que

*«en el momento de la contratación, de claras expectativas de crecimiento, sólo se tuvieron en cuenta, de acuerdo con las prácticas negociales del sector, la participación de la empresa ofertante en el incremento ofertado de la facturación en los años sucesivos, pero no la situación contraria o su posible modificación».*

La doctrina sentada por el Tribunal Supremo altera sustancialmente el planteamiento tradicional de la aplicación de cláusula *rebus sic stantibus*. De una parte, construye una fundamentación objetiva y normalizada de la figura. Considera que no es un instrumento excepcional. Al contrario, la concibe como un mecanismo de aplicación normal cuando concurren las circunstancias que la justifiquen. La configura como inherente al vínculo contractual normal.

En consonancia con esta concepción normalizada, sienta el criterio de que la crisis económica existente desde 2007 «puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, de alterar las bases sobre las cuales la iniciación y desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido».

Por otro lado, el Tribunal Supremo reformula los requisitos precisos para su aplicación. Ya no se exige la imprevisibilidad —absoluta o relativa— de la situación causante de la alteración. El requisito determinante para su posible aplicación es la alteración de la conmutatividad de las prestaciones en cuanto elemento que determina la frustración del negocio.

La conmutatividad de las prestaciones se sitúa como elemento esencial de la causa del contrato, de tal manera que una alteración grave permite la revisión.

La alteración de la conmutatividad —causante de la frustración contractual— puede servir de base a la modificación o resolución contractual siempre que se traduzca en una excesiva onerosidad (en consonancia con la «*hardship*» de los principios Unidroit que reformulan la doctrina anglosajona de la frustración del fin del contrato más en la línea del artículo 1467 del CC italiano de 1942, excesiva onerosidad, que de la tesis alemana sobre la base negocial, acogida en el parágrafo 313 BGB, modificado en 2000).

La sentencia de 30 de junio de 2014 invoca, en tal sentido, expresamente los principios UNIDROIT y los Principles of European Contract Law —promovidos por la Comisión Europea—. Tanto en unos como en otros, la excesiva onerosidad (*hardship*) incorpora la noción de «imposibilidad económica» propia del Derecho norteamericano (la «impracticabilidad» de los parágrafos 2-615 UCC y 261 del Restatement Second of Contracts y la figura contenida en el parágrafo 313 del Código Civil Alemán, modificado en 2000), que no hace referencia tanto a la imposibilidad jurídica como a la alteración de equivalencia de las prestaciones. En concreto, las reglas de UNIDROIT dicen:

*«Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido,...».*

La doctrina del Tribunal Supremo expuesta resulta de plena aplicación en el ámbito de la contratación pública con diversas modulaciones. En concreto, la reformulación de la conmutatividad de las prestaciones —situándolo como elemento esencial de la causa del contrato— debe ponderar muy especialmente el interés público. Así, la conmutatividad del contrato se quiebra cuando la lesión económica del interés público resulta excesiva, imprevista o comporta una carga pública que excede la normal equivalencia de prestaciones. Concebida de este modo, la conmutatividad —propia del contrato civil— se configura como el equivalente al equilibrio económico-financiero —propio de contrato administrativo—.

La aplicación de lo expuesto al caso sometido a consulta —para el supuesto de que se pudiera considerar que el concesionario tiene un derecho cierto y real a percibir una compensación por los decrecimientos del tráfico— tendría consecuencias claras: la conmutatividad entre las prestaciones a percibir por la concesionaria hasta la fecha —y más si siguen

las disminuciones de tráfico— y el importe de las inversiones efectuadas —504 millones de euros— no guarda en absoluto la mínima equivalencia y resulta palmariamente descompensada. Ello ampararía, sin lugar a dudas, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* con el efecto de declarar la ineficacia sobrevenida de la cláusula 8.<sup>a</sup> del Convenio de 2006 y, en consecuencia, de modificar el contenido obligacional de la concesión.

13. El Consejo de Estado no puede dejar de señalar tampoco que no tienen amparo algunas de las razones expresadas durante la tramitación del expediente para justificar una eventual imposibilidad de modificación de la relación concesional. En especial, se ha aducido reiteradamente que no cabe la modificación del Convenio de 2006 al no concurrir en el citado Real Decreto 457/2006, de 7 de abril, por el que se aprueba, ninguna causa de nulidad y al haber transcurrido ya el plazo de cuatro años previsto en el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En otros términos, que la relación concesional solo puede modificarse caso de concurrir alguna causa de invalidez en el acto formal de aprobación del Convenio de 2006.

El Real Decreto 457/2006, de 7 de abril —como bien señala la Abogacía del Estado— no tiene carácter normativo. Es un mero acto instrumental de aprobación del convenio novatorio de la concesión. A juicio de este Consejo, ese carácter instrumental no constituye obstáculo alguno para una eventual modificación del contenido de la relación concesional, bien mediante un nuevo convenio, bien por la Administración en el ejercicio de las potestades administrativas que le corresponden. Una cosa es el acto formal de aprobación del convenio y otra distinta la relación concesional. Y, esta última, en cuanto tiene carácter contractual, puede ser objeto de modificación en los términos legalmente autorizados tanto por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Autopistas en régimen de concesión y la Ley de Contratos del Sector Público, como mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. No cabe aducir como causa impeditiva para ello la falta de concurrencia de los requisitos y condiciones establecidos en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 16 de noviembre, pues el ámbito de estos preceptos es otro. La eventual imposibilidad de revisar el Real Decreto 457/2006, de 7 de abril, no impide la modificación del contrato concesional. De igual manera que la modificación llevada a cabo por el Convenio de 2006 no se vio impedida o menoscabada por los numerosos actos de aprobación de convenios modificativos de la misma concesión durante su larga existencia —que se remonta, en determinados tramos, a 1967—.

14. El Consejo de Estado debe hacer finalmente una consideración adicional. En el dictamen emitido el 30 de marzo de 2006, se llamó la atención sobre la excepcionalidad del contenido de las cláusulas séptima

y octava del Convenio de 2006 en cuanto aseguran en todo caso un saldo de compensación positivo en el periodo concesional; se indicó que previsiones de tal índole podían encontrar acomodo en la a la sazón regulación contenida en la Ley de Contratos de las Administraciones públicas para las concesiones de obra pública si bien no debían ser objeto de generalización por cuanto comportan la desnaturalización de la institución concesional y se manifestó que el Consejo no podía asumirlas por cuanto no estaban debidamente justificadas, ni acreditadas.

Pues bien, la excepcionalidad entonces apreciada queda sin amparo hoy conforme a las previsiones de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que entró en vigor a los veinte días de su publicación y que debe ser incorporada antes del 18 de abril de 2016.

El artículo 2.1. a) de esta Directiva define la concesión de obras públicas como «un contrato oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago». El apartado b) del mismo precepto define la concesión de servicios como «un contrato oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago».

El párrafo segundo del precepto añade que:

*«La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable».*

Conforme con la Directiva —que ha recogido en este punto la jurisprudencia comunitaria consolidada sobre la materia—, el rasgo diferencial

que caracteriza a la concesión frente a otros contratos es la transferencia del riesgo en la construcción de la obra o la prestación del servicio.

Las previsiones de la Directiva inciden notablemente en la regulación española. Esta hace pivotar la figura concesional en el siempre delicado equilibrio entre el riesgo y ventura en la ejecución de la obra y la prestación del servicio y el derecho al equilibrio económico financiero de la concesión. Sin embargo la nueva regulación va mucho más allá al tomar como gozne de la institución concesional el riesgo operacional. La existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico-financiero de la concesión en el derecho español —de tal manera que el margen de beneficio planteado en el estudio económico financiero se mantenga estable en términos económicos durante la vida del otorgamiento— choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional. Este, como se ha dicho, existe cuando no está garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes, afirmando que la aplicación de la regulación de concesiones es improcedente en los casos en que se alivie al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes. A la vista de estas previsiones, se ha dicho que la nueva regulación europea priva al concesionario de su derecho al equilibrio económico-financiero.

El artículo 43.1 de la Directiva establece, por otra parte, que las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión de conformidad con sus previsiones cuando se cumplan todas las siguientes condiciones, a saber: que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever; que la modificación no altere el carácter global de la concesión y que en el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el Anexo II, el posible aumento de valor no podrá superar el 50% del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas.

El contenido de las obligaciones concesionales del otorgamiento al que se refiere la consulta no se ajustan a las previsiones de la Directiva citada. Si bien esta establece en su artículo 54 que no se aplicará a la adjudicación de concesiones licitadas o adjudicadas antes del 17 de abril de 2014, nada impide hacerlo, total o parcialmente, si el Legislador nacional así lo decide. En este sentido —y para solventar situaciones de excepcionalidad conforme a la legislación vigente y anómalas a la vista de la que debe introducirse—, debiera ponderarse especialmente la conveniencia de extender las previsiones de la Directiva —sin merma de los derechos consolidados

ya por los concesionarios— a los otorgamientos hechos con anterioridad respecto de las expectativas y situaciones que hayan de producirse luego de su incorporación al ordenamiento jurídico nacional. Dicha extensión puede llevarse a efecto con ocasión de la aprobación de la ley que ha de modificar la legislación de contratos públicos».

(Dictamen 660/2014, de 17 de diciembre).



# **BIBLIOGRAFÍA**



# **RECENSIÓN DE LIBROS**



**Leyes Administrativas de la Defensa. Autor: Fernando García-Mercadal y García-Loygorri. Edic. Boletín Oficial del Estado, 2015**

Joaquín Ruiz Díez del Corral  
*Teniente coronel auditor*

La Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, adscrita al Ministerio de la Presidencia, que con tanto acierto dirige el letrado Manuel Turo Secades, ha puesto en marcha a lo largo de esta Legislatura, que está próxima a concluir, importantes cambios para adaptarse a las exigencias de las nuevas tecnologías y de la llamada sociedad de la información, a las que la Administración no puede ser ajena, modernizando de este modo sus formas de organización y trabajo.

Entre estas novedades merece ser destacada la colección de *códigos electrónicos* que permite su descarga gratuita, en formatos PDF y EPUB, desde la página web de la Agencia, para facilitar la lectura y almacenamiento en dispositivos diversos. Se trata de compilaciones de las principales normas vigentes del ordenamiento jurídico, presentadas por ramas del Derecho —Constitucional, Administrativo, Penal, Social, Tributario y Financiero, Civil, Mercantil y Procesal— permanentemente actualizadas, es decir los textos consolidados de las normas jurídicas, con sus modificaciones y correcciones de errores, en su caso. Los *códigos electrónicos* se pueden adquirir también en soporte papel, en la librería del propio BOE y en establecimientos especializados.

Entre los *códigos electrónicos* en cuestión figura el de las *Leyes Administrativas de la Defensa*, de cuya edición ha sido responsable el general auditor Fernando García-Mercadal y García-Loygorri, doctor en Derecho y actual jefe de la Asesoría Jurídica del Ejército. García-Mercadal, autor de una extensa obra ensayística sobre las instituciones premiales españolas

y otros asuntos jurídicos e históricos muy variados, ha seleccionado y ordenado el corpus normativo de nuestras Fuerzas Armadas, presentando sus principales disposiciones reguladoras, agrupadas en nueve capítulos: Legislación Básica (Ley Orgánica de la Defensa Nacional, Reales Ordenanzas y Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas), Organización General (que incluye las disposiciones que establecen y desarrollan la estructura del Ministerio de Defensa), Estructura de los Ejércitos, Personal Militar, Retribuciones, Riesgos Laborales y Seguridad Social, Disciplina Militar, Honores y Recompensas, Instalaciones y Propiedades Inmobiliarias, y Contratación Militar.

Son en total cuarenta y cuatro disposiciones legales, en la última versión actualizada (23 de septiembre de 2015) en el momento de escribir estas líneas. Cada norma con índice y aplicación para buscar la redacción vigente en determinada fecha. Y, como hemos dicho, con posibilidad de actualización. En suma, un servicio público impagable y una obra muy útil y valiosa para todos cuantos, por uno u otro motivo, mantenemos relación con las Fuerzas Armadas.

**Vida y obra de un jurista militar en el exilio. Ricardo Calderón Serrano (1897-1952). Autor: Antonio Millán Garrido. Editorial Reus, S. A. Madrid, 2014, 95 páginas**

Renato de J. Bermúdez Flores  
*Contralmirante del Servicio de Justicia Militar de México*

Antonio Millán Garrido es un destacado académico y jurista militar hispano, Doctor en derecho y Diplomado en Derecho penal militar; prestó sus servicios en el Ejército español, dentro del Cuerpo Jurídico Militar, en donde obtuvo el grado de comandante auditor; pero es también conocedor de la literatura jurídica castrense mexicana, de la cual se ha ocupado en diferentes ensayos. Sobresale, entre sus diferentes trabajos sobre los temas jurídicos marciales mexicanos, la investigación realizada sobre el *Boletín Jurídico Militar* de México, importante revista especializada que, en su época (1935 a 1955), tuvo amplia presencia y circulación en el medio académico nacional y en el ámbito marcial de México y Centroamérica. La obra que se menciona apareció en la *Revista Española de Derecho Militar*, número 68, correspondiente a julio-diciembre de 1996.

Siguiendo con su interés sobre nuestro Derecho Militar, en fechas recientes Millán Garrido elaboró un estudio sobre la vida y obra del general y licenciado don Ricardo Calderón Serrano, destacado jurista militar hispano nacionalizado mexicano y quien durante mucho tiempo fue profesor de la materia en la hoy Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, y, por ello, mentor de varios individuos civiles y militares que se interesaron por el tema, y para quienes elaboró cuatro libros que versan sobre temas jurídico marciales.

El trabajo que Millán Garrido escribió sobre el maestro Calderón, y que es el motivo de la presente recensión, aparece publicado en España,

con el título de: *Vida y obra de un jurista militar en el exilio. Ricardo Calderón Serrano (1897-1952)*. Y lo presenta perfectamente dividido en dos grandes partes: su vida, y su obra.

En la primera, narra las vicisitudes y peripecias que vivió, desde su nacimiento en Marchena (Sevilla) hasta su defunción en la Ciudad de México, pasando por la etapa rumbo al exilio; en tanto en la segunda, analiza de manera sintetizada, pero con profundidad, el contenido de sus cuatro libros, los cuales debemos considerar como un tratado sobre la materia por los temas que en ellos aborda, y, en tema separado, comenta su desempeño durante el tiempo que laboró en el *Boletín Jurídico Militar* de nuestro país.

Dentro del aspecto biográfico del maestro Calderón, el autor de la obra en comento nos hace saber que fue un jurista andaluz y que prestó sus servicios en el Cuerpo Jurídico Militar hispano habiendo obtenido la categoría de Magistrado, y que posteriormente, por razones políticas, debió de exiliarse en nuestra Patria, en donde se nacionalizó e ingresó al Ejército alcanzando la jerarquía de general; que, además, realizó una intensa actividad académica, principalmente en la Facultad de Derecho, como docente e investigador, y en, poco más de una década, elaboró el primer tratado sobre Derecho Militar en lengua española. *El Ejército y sus tribunales; Derecho penal militar; Derecho procesal militar; y Crímenes de Guerra*.

Con respecto a su obra académica y que, en conjunto, constituye el tratado al cual alude Millán, el primer libro versa sobre *el Ejército y sus tribunales*, y está dividido en dos partes, la primera analiza al ejército y su desenvolvimiento histórico y fue publicada en 1944 y, la segunda, está dedicada en forma particular a la organización de los tribunales marciales, que viera la luz en 1946. A juicio de Millán Garrido, la primera parte del trabajo del maestro Calderón puede considerarse como un compendio de Derecho administrativo militar, abordando algunos temas que se refieren a la ciencia política y al Derecho constitucional.

El *Derecho penal militar*, que fue elaborado en los años de 1941 y 1942, y resulta ser el texto jurídico más conocido, apareció publicado hasta 1944; y se refiere a la parte general, en donde se analiza el concepto y extensión del Derecho punitivo marcial. En alusión a este libro y su contenido Millán Garrido expresa: «El núcleo central de la obra responde al tratamiento doctrinal generalizado en la primera mitad del siglo pasado». Y líneas más adelante anota: «Tal tratamiento determina la estructura de la obra, en la que, tras los temas introductorios, el autor (Calderón Serrano) aborda la noción de delito militar, su naturaleza clases y formas de aparición, grados de ejecución y autoría y participación».



La anterior transcripción resulta de capital importancia, en cuanto a la orientación doctrinal, considerando que nuestro actual Código de Justicia Militar fue elaborado en el año de 1933, motivo por el cual necesariamente recibió la influencia del pensamiento jurídico penal imperante en el momento de su redacción; además, fue el código marcial hispano de 1890 el ordenamiento que le sirvió de principal antecedente legislativo. Acción que se realizó básicamente a través de la Ley Penal Militar mexicana de 1901, que estuviera en vigor hasta que comenzó la aplicabilidad total del nuevo ordenamiento

En relación a la parte especial del Derecho punitivo marcial, Millán Garrido menciona la desconocida obra del maestro Calderón sobre los delitos militares en particular, toda vez que solo un reducido número de personas sabe que los mismos, aparecieron publicados como anexos en el *Boletín Jurídico Militar* con posterioridad al fallecimiento de su autor. En tal virtud los dos primeros y únicos temas publicados respecto al ilícito militar, se ocupan: el primero, que analiza básicamente lo relacionado con algunas definiciones atendiendo al argumento esgrimido por el propio autor, quien afirma, «como las disciplinas tienen su terminología propia correspondiente a los conceptos e instituciones fundamentales y más destacadas que las integran», de inmediato procede a precisar o definir conceptos tales como: ejército, oficiales, superior, aeronave, y otros más, que a su juicio resultan indispensables para entender el contenido de la ley penal castrense. El segundo tema se ocupa del delito de traición.

En cuanto a la materia relacionada con el *Derecho Procesal Militar*, el texto respectivo fue publicado en 1947 y en él su autor analiza su concepto y carácter, haciendo notar que los regímenes procesales militares siguen mayoritariamente un sistema mixto al aceptar las reglas del sistema inquisitivo en el primer período del procedimiento y las del acusatorio en el plenario o segundo período. En este mismo libro se hace alusión a la iniciación del proceso, la denuncia, la querrela y, según asienta Millán Garrido, con una detallada exégesis de la normatividad relativa al delito y la identificación del delincuente, así como la particularmente minuciosa exposición de los medios de prueba.

El cuarto libro del maestro Calderón es el trabajo que este denominó *Crímenes de Guerra*, texto que Millán considera como un complemento de la Parte especial del Derecho Penal militar, donde se analiza la actuación del Tribunal Militar Internacional que juzgó y sentenció a los elementos militares y algunos civiles, alemanes y japoneses, que participaron en la denominada Segunda Guerra Mundial y que fueron juzgados en Nuremberg y Tokio, respectivamente, al concluir la etapa bélica correspondiente.

Según opina Millán, la tesis propuesta por Calderón en la actualidad no puede asumirse, «pero su trabajo contiene una profusa información y abundantes referencias doctrinales de la época de enorme interés en la evolución del Derecho humanitario bélico y para un estudio preciso de los precedentes de la Corte Penal Internacional». En síntesis, opino, se trata de un trabajo que debe ser conocido por la información y opiniones que en él se contienen sobre la contienda bélica y su conclusión, en la cual se decretó la pena de muerte para la mayoría de las personas que fueron juzgadas y sentenciadas.

Posiblemente la actividad más relevante del general Calderón en el ámbito jurídico militar mexicano la realizó durante su estadía en las diferentes comisiones que desempeñó en el *Boletín*, y así Millán Garrido asienta: «En la obra de Ricardo Calderón resulta obligada una referencia especial a su contribución al *Boletín Jurídico Militar*». En efecto, el maestro Calderón definitivamente fue uno de los más importantes elementos que intervinieron para que la revista se consolidara: «como órgano de divulgación jurídico militar de la Secretaría de la Defensa Nacional y, en lo sustancial, como una genuina revista profesional, cuyo prestigio trascendió del ámbito nacional para el que inicialmente fue concebida». Aseveración que podemos corroborar con los diversos artículos y ensayos que elaboró y publicó en la revista sobre tópicos relacionados con el Derecho Militar, no solo de México y España; toda vez que también lo hizo sobre legislaciones y organizaciones judiciales militares europeas y latinoamericanas, como fueron, solo por citar algunas: «La Justicia Militar francesa»; «La Justicia Militar chilena»; «Los Tribunales militares argentinos. Su organización»; «Estudio sobre el Derecho militar brasileño»; y otros importantes estudios, que realizó, varios de los cuales menciona Millán Garrido en su trabajo, como citas a pie de página.

En resumen, el texto de Millán Garrido sobre la vida y obra del general Calderón, es un trabajo ampliamente documentado y de gran utilidad para quien lo lea, no solo por la gran síntesis que realizó, sino por las importantes referencias que menciona para precisar las ideas del general. Pero sobre todo por el homenaje que así rinde a un personaje que en el ámbito jurídico marcial mexicano es ampliamente reconocido, pero totalmente ignorado en su país de origen. Sin temor alguno afirmo que el general y licenciado don Ricardo Calderón Serrano sigue presente en nuestra literatura jurídico marcial y constantemente recurrimos a sus obras.

Y al estimado colega y destacado jurista autor del texto comentado, expreso: Gracias comandante Millán Garrido, ¡felicitaciones por su magnífico trabajo!

**Manual de Derecho Operativo, varios autores. Coord. Eugenio Pérez de Francisco. Edita: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. S. A. Madrid, 2015, 491 páginas**

Francisco Luis Pascual Sarría  
*Coronel auditor director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos*

Se ha publicado por Marcial Pons, un Manual de Derecho Operativo, elaborado bajo la coordinación del profesor D. Eugenio Pérez de Francisco, coordinador del área de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Sociales, en la Universidad Nebrija, realizado en el seno de la Cátedra sobre Análisis, Gestión y Resolución de Conflictos. El Manual editado, supone la cobertura de una carencia en el ámbito del Derecho Operacional, no cubierta desde la «*Lecciones de Derecho Militar Operativo*» editadas por la Subsecretaría de Defensa en el año 2001, y que precisaban una urgente actualización.

El Manual que viene prologado por Excmo. Sr. almirante D. Teodoro Esteban López Calderón, comandante del Mando de Operaciones del Estado Mayor de la Defensa y cuenta con numerosos trabajos elaborados por importantes especialistas en la materia; distribuidos en 3 partes; la primera referida a Operaciones, conducción, uso de la fuerza y Estatuto de la fuerza expedicionaria con once interesantes Capítulos; en la segunda parte se aborda la Intervención Militar en Operaciones a lo largo de siete Capítulos; y, la tercera parte, la dedica a la acción disciplinaria y judicial en operaciones, con dos Capítulos.

El primer bloque de materias, referido a «*Operaciones, conducción, uso de la fuerza y Estatuto de la fuerza expedicionaria*», comienza con un interesante trabajo histórico elaborado por el doctor D. Guillermo Calleja Leal, profesor de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nebri-

ja y Académico Correspondiente de la Real Academia de la Historia, dando una aproximación histórica al Derecho Militar Operativo, desde el *Liber Iudiciorum*, pasando por Las Partidas y las Reales Ordenanzas de Carlos III, hasta nuestros días. Los Capítulos 2 a 10, han sido elaborados por el comandante auditor D. Miguel Alia Plana, doctor en Derecho, Historia y Periodismo, y Diplomado en derecho internacional, penal y administrativo militar, Capítulos en los que aborda el vidrioso concepto de Derecho Operativo y sus elementos, con la autorización parlamentaria y las distintas operaciones, militares, policiales y de emergencia; la crisis y la guerra, con el uso de la fuerza como instrumento para su gestión; las operaciones de paz; la doctrina y principios que rigen las operaciones de paz y sus tipos; el novedoso tema del derecho operacional en operaciones navales, con el mantenimiento de la paz oceánica; desarrolla este autor los acuerdos sobre el Estatuto de las unidades expedicionarias, dando su concepto y tipos, con una muy interesante exposición histórica, el SOFA y la legislación española y el concepto penal, procesal, administrativo y operacional de dicho Estatuto; el mando, planeamiento y conducción de las operaciones; el comandante Alia, experto en Reglas de Enfrentamiento a través de numerosos estudios doctrinales, también aborda cumplidamente esta materia, dando el concepto, normas de aplicación, y tipos de ROE tanto en el Derecho patrio como internacional; y dedica el último Capítulo al estudio del *Targeting*. El teniente auditor D. Daniel Rey Moral, dedica el último de los Capítulos de la primera parte a analizar le perspectiva jurídica del género en operaciones, tanto en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como en la planificación de las operaciones de mantenimiento de la paz, y en los planos estratégico y táctico de las operaciones militares.

Un segundo bloque del manual hace referencia a las funciones del Cuerpo Militar de Intervención en operaciones, comienza la comandante interventora D.<sup>a</sup> Rosa Fontán Pardo, diplomada en Auditoría y Contabilidad, con una breve descripción de los cometidos de los interventores militares en las operaciones de paz; por el teniente coronel interventor D. José María Sempere Domínguez, se aborda el asesoramiento tanto verbal como por escrito del oficial interventor al mando en operaciones; el interesante y complicado tema del análisis de los créditos presupuestarios y del gasto en las operaciones de mantenimiento de la paz, lo desarrolla el capitán interventor D. Álvaro Garnica Hidalgo, auditor de Cuentas y diplomado en Auditoría y Contabilidad; interesante y práctico es el tema que analiza el capitán interventor D. Francisco José Robustillo Bayón, en su trabajo dedicado a la Notaría Militar en Operaciones, realiza no solo un análisis legislativo y teórico de las funciones, sino que, como anexos, incluye diver-

sos modelos, como el acta de otorgamiento de testamento militar cerrado, o el otorgamiento de poderes; al ejercicio de la función interventora y el control financiero permanente de las operaciones desde territorio nacional, dedica un capítulo el comandante D. Fernando María Freire García; y, al control interno del gasto, esta vez, en zona de operaciones, dedica su estudio el teniente coronel interventor D. Juan Luis Zárate Fernández-Cid; cierra esta parte del Manual, el trabajo del capitán interventor D. Antonio Jiménez-Alfaro Nuñez, referido a las actividades del oficial interventor en los supuestos de replégue y cierre de Base.

Y concluye la obra con una tercera parte dedicada a la acción disciplinaria y judicial en operaciones, con dos Capítulos; el primero elaborado por el teniente coronel auditor D. José María Sánchez Sánchez, diplomado en Derecho Internacional Militar, en Derecho Militar Operativo y Derecho de los Conflictos Armados, sobre la aplicación del Régimen Disciplinario en Operaciones, tanto a los miembros de las Fuerzas Armadas, como de la Guardia Civil, con una referencia a la nueva Ley Orgánica 8/2014; en el último Capítulo se aborda, por el Excmo. Sr. general consejero togado D. Rafael Eduardo Matamoros Martínez, doctor en Derecho y auditor presidente del Tribunal Militar Central, la jurisdicción militar en operaciones.

Como conclusión, el presente Manual es una obra de necesaria lectura tanto para los estudiosos de esta novedosa rama del derecho, como para quienes vayan a integrarse en los contingentes que se desplacen para operaciones en el exterior.



**La Justicia Militar en tiempos de la Guerra Civil: Consejos de Guerra en el Protectorado de Marruecos. Autor: Joaquín Gil Honduvilla, Editorial Comares S. L. Granada, 2014, 162 páginas.**

Francisco Luis Pascual Sarría.

*Coronel auditor director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos*

El teniente coronel auditor Joaquín Gil Honduvilla, doctor en Historia y diplomado en Derecho Penal Militar, es un destacado historiador militar y jurista, autor de numerosas obras entre las que destacan sus trabajos: «El Crucero Reina Regente y su hundimiento el 9 de marzo de 1895», «Justicia en Guerra: Bando de guerra y jurisdicción militar en el bajo Guadalquivir», «Militares y sublevación: Cádiz y provincia», «Militares y sublevación: Huelva y provincia», «Militares y sublevación de Cádiz 1936: causas, personajes, preparación y desarrollo», «Militares y sublevación de Sevilla 1936: causas, personajes, preparación y desarrollo», «El Crucero Reina Regente», «Desde la proclamación de la República al 18 de julio de 1936», o, «Marruecos ¡17 a las 17!»; así como numerosos artículos en Revistas de Historia Militar: «La conquista de Huelva I y II», «Los sucesos de Tablada de Junio de 1931 y sus consecuencias», «Los masones andaluces de la República, la guerra y el exilio: Diccionario biográfico»; «Desde la proclamación de la República al 18 de julio de 1936», y, «Gibraltar en la Operación “Torch” I y II», entre otros muchos.

Siguiendo con su interés sobre nuestra Historia Militar durante la Guerra Civil, en fechas recientes el teniente coronel auditor Gil Honduvilla elaboró un estudio sobre la justicia militar en dicho periodo, concretado, esta vez, a los Consejos de Guerra celebrados en el antiguo Protectorado español de Marruecos; trabajo que ha merecido ser premiado y publicado

por la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, obra prologada por el general auditor D. José Rojas Caro.

El trabajo realiza un estudio de la actuación jurisdiccional, e incluso extra jurisdiccional, realizada en los primeros meses de la Guerra Civil española, por las fuerzas sublevadas en Protectorado de Marruecos, para ello el autor analiza, desde la doble perspectiva histórico-jurídica, diversos procedimientos de la jurisdicción castrense instruidos por los militares alzados contra compañeros que optaron por mantenerse leales al Gobierno de la República.

Así, a lo largo de sus ocho capítulos, analiza los procedimientos sumarísimos seguidos contra los generales Manuel Romerales Quintero y Agustín Gómez Morato, por los delitos de traición, rebelión y sedición, así como la ejecución del primero. La aplicación retroactiva de la norma en el procedimiento seguido al comandante Pablo Ferrer Madariaga y al alférez Emilio Soler Mola. Los sucesos del Batallón de Tiradores de Ifni y de su oficial al mando, el comandante Juan Montero Cabañas, condenado por negligencia. La condena al capitán José Rotger Canals, su ideología política y los procedimientos incoados contra él.

El teniente coronel Gil Honduvilla, analiza también el procedimiento seguido al comandante Edmundo Seco Sánchez, por el delito de desobediencia, y la circunstancia agravante aplicada de pertenencia a la «masonería». Las irregularidades en el procedimiento seguido a los interventores Militares de la Dirección de Asuntos Indígenas, teniente coronel Jesús Jiménez Ortoneda y comandante José Castelló del Olmo, por la singularidad de sus cometidos. El análisis pormenorizado del procedimiento seguido al capitán del Arma de Aviación Aturo Álvarez Buylla, con un hermano en el Gobierno del Frente Popular, detenido el día 18 de julio de 1936, y que planteó una interesante cuestión de competencia. Y, por último, el autor hace un interesante estudio de la naturaleza del Bando de Guerra, relacionada con la resistencia armada a la sublevación y la aplicación de los Bandos dictados los días 17 y 18 de julio de 1936; analizando los procedimientos que condujeron a la ejecución del comandante Ricardo de la Puente Bahamonde, familia del general Franco, y del capitán Virgilio Leret; así como el seguido al capitán del Arma de Aviación Luis Burguete Reparaz, por no colaborar en el bombardeo a Sevilla.

En resumen, el texto del teniente coronel auditor Gil Honduvilla, constituye un minucioso trabajo histórico-jurídico de algunos de los más significativos procedimientos penales militares incoados en el Protectorado; un trabajo destacable por la dificultad documental que conlleva, y por la



objetividad con la que es tratada la aplicación del derecho castrense en un momento tan convulso como lo fue la Guerra Civil española.

No queda sino felicitar al autor en su empeño de dar a conocer nuestra historia reciente, y, singularmente la realidad de la justicia militar en dicho periodo.



**El principio de justicia universal y los crímenes de guerra. Autor: Abraham Martínez Alcañíz. Edita: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado (UNED). Madrid, 2015, 599 páginas.**

Francisco Luis Pascual Sarría  
*Coronel auditor director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos*

El capitán auditor Abraham Martínez Alcañíz, es doctor en Derecho y profesor del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja; su interés por el Derecho Internacional Humanitario le llevó a realizar su tesis doctoral, bajo la dirección del general consejero togado José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto y siendo codirectora la profesora Alicia Gil Gil, en el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UNED, sobre «*El principio de Justicia Universal y los crímenes de guerra*»; obteniendo la calificación de sobresaliente *cum laude*, trabajo que por su excelencia ha sido objeto de la presente publicación.

La obra, dividida en once capítulos, aborda de manera cumplida la Justicia Penal Internacional y los crímenes de guerra, tanto desde un punto de vista conceptual, como en su *iter* histórico, partiendo de la Primera Guerra Mundial y el Tratado de Versalles, pasando por los Tribunales *ad hoc*, tras la Segunda Gran Guerra de Nüremberg y Tokio, y los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, hasta la Corte Penal Internacional, sus antecedentes y competencia; los principios que rigen esta jurisdicción (atribución de la jurisdicción penal, territorialidad, personalidad, protección de intereses, beligerancia, y aplicación supletoria, con especial atención al ordenamiento jurídico español. La obra, aborda asimismo, el principio de «*Justicia Universal*», su origen, concepto (la protección penal de determinados bienes jurídicos y la protección de los

derechos humanos y del derecho internacional humanitario), sus fuentes convencionales y consuetudinarias, y sus clases; la obligación «*aut dedere aut iudicare*», su concepto, sus clases y relación con la extradición en el derecho patrio y sus relaciones y diferencias con el principio de justicia universal; también, y en relación con este principio, el capitán auditor Martínez Alcañiz, aborda de manera pormenorizada los crímenes y delitos internacionales que resultan susceptibles de ser enjuiciados, en aplicación de este principio (piratería, esclavitud, falsificación de moneda, genocidio, terrorismo transnacional e internacional, torturas, y, crímenes de lesa humanidad); la persecución universal de estos crímenes de guerra, diferenciando los crímenes de guerra y las infracciones graves del derecho internacional humanitario, desde los Convenios de Ginebra hasta la Corte Penal Internacional, así como la aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra; los límites a la jurisdicción universal, inmunidades, excepciones, el *non bis in ídem*, la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, la amnistía y la impunidad; el principio *nullum crimen sine lege* a la luz del derecho internacional tanto en los Tribunales Internacionales, como en la Audiencia nacional y su aplicación en el derecho comparado y en el derecho español.

Concluye la obra el doctor Martínez Alcañiz, con unas muy interesantes conclusiones, que en sí mismas, constituyen ya un tratado y una guía, aportando las, a su juicio, mejoras legislativas que, en el ámbito del ordenamiento jurídico patrio, deberían de producirse.

El muy elaborado trabajo del autor, resulta un referente tanto para internacionalistas como para penalistas, en él se analiza la aplicación de la justicia universal por diversos Estados para juzgar crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra, a través de la doctrina, tanto internacional, como patria, que estudia en profundidad este título jurisdiccional; así como a través de la jurisprudencia de los Tribunales que se han ocupado del análisis de los crímenes de guerra o de la justicia universal. Desarrolla los numerosos inconvenientes y límites que se han planteado en el uso de este principio jurisdiccional, en concreto, la injerencia en asuntos internos de otro Estado. Concluyendo que la justicia universal puede ser un mecanismo óptimo para juzgar aquellos crímenes internacionales que no lo estén siendo por los tribunales penales internacionales ni por los tribunales del *locus delicti*. Lo importante para el doctor Martínez Alcañiz es que en la aplicación de este principio, su uso sea adecuado, concluyendo que será ante situaciones excepcionales y cuando pueda observarse que los crímenes presuntamente cometidos puedan quedar sin enjuiciamiento, cuando proceda su aplicación; lo que conducirá a que los Estados tengan perfec-

tamente tipificado en su ordenamiento jurídico los delitos que pretenden juzgar, así como la habilitación jurisdiccional correspondiente, en suma, el alcance de la justicia universal.

Para concluir, la obra del capitán auditor Martínez Alcañíz, debe ser tomada en consideración por cualquiera que quiera aproximarse al conocimiento del tan manido y desconocido principio de justicia universal, siendo una obra de referencia en la materia, debiendo felicitar al autor por tan interesante y fundado trabajo.



# **NOTICIAS DE REVISTAS**





## NOTICIAS DE REVISTAS

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz  
*Letrado mayor del Consejo de Estado*

### SUMARIO:

1. *Noticia de libros*. 2. *Noticia de revistas: cuestiones de derecho internacional*.

#### 1. *Noticia de libros:*

Por su interés, deben mencionarse «*The Oxford handbook of modern diplomacy*», editado por Andrew F. Cooper, Jorge Heine and Armes Thakur, Oxford, Oxford University Press, 2013, 953 págs. Examina con detenimiento el cambio del escenario internacional, los principales actores de dicho escenario, los modos de actuación, los instrumentos diplomáticos y las cuestiones sectoriales.

Otra obra reseñable es «*Seguridad medioambiental y orden internacional: IV Encuentro luso-español de Profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*», que tiene a Pablo Antonio Pablo Fernández Sánchez y José Alberto Azeredo López como directores; Barcelona, ed. Atelier, Sevilla: Universidad de Sevilla y Porto: Católica, Universidade Católica Portuguesa, 2015. 253 págs. Analiza el cambio climático y el derecho internacional; el derecho internacional de los refugiados, mudanza climáticas y otras personas de interés de protección: los desplazados internos y el medio ambiente, la paz y la seguridad internacionales.

«*The legal regimen of straits: contemporary challenges and solutions*», de Hugo Caminos, Vincent P. y Cogliati-Bantz, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, págs 515. Examina las normas aplicables a

los estrechos tanto en tiempo de paz como de guerra; el derecho de paso inocente en los estrechos y en los estados archipelágicos; y la cooperación internacional para la seguridad internacional en los estrechos.

La obra «*Fuentes de energía y derecho internacional: conflictos, principios, sanciones y seguridad*», de J. Antonio Pastor Ridruejo y otros, Antonio Pastor (editor), Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2014, 185 págs. Estudia los principios y las normas en los conflictos internacionales; las fuentes de energía y el derecho internacional; el bombardeo de las plataformas petrolíferas; la energía como medio o modo de combate; los aspectos jurídico-internacionales del suministro por mar de productos petrolíferos a los beligerantes y el régimen de sanciones internacionales.

El libro «*Constitutionalism of european supranational courts: recent developments and challenges*» de Luis Gordillo Pérez (director), Pamplona, Aranzadi, 2015, 295 págs. Estudia, entre otros temas, los derechos fundamentales de las compañías en el derecho transnacional.

Finalmente, son de mencionar: «*International society, global polity: an introduction to international political theory*», de Chris Brown, Los Angeles, Sage, 2015, 244 págs. Su capítulo 3.º está dedicado al estudio de la guerra como institución de la sociedad internacional. Y «*El tráfico de bienes culturales*», de Antonio Bonet Correa *et al.*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 324 págs. Entre sus capítulos, destacan los dedicados a una visión cosmopolita del derecho internacional en el tema de la devolución de los bienes culturales y a la falsificación de obras de arte como problema internacional.

## 2. Noticia de revistas: *Cuestiones de derecho internacional*

En los «*Cahiers de droit europeen*», núm. 3/2014, se publican varios artículos de interés: «*Droit d'asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne*», de Henri Labayle Labayle; «*La procédure de réexamen en droit de l'Union européenne*», de Romain Rousselot, «*Quels pouvoirs pour les agences de l'Union européenne?*», par Elsa Bernard.

El número 32/2014 de la revista *Historia y Política*, está dedicado a la Primera Guerra Mundial e incluye varios trabajos relevantes. Entre ellos, destacan los de Javier Rodrigo, «*Su Majestad la Guerra. Historiografías de la Primera Guerra Mundial en el siglo XXI*»; de Joan Escolies, «*España y la Gran Guerra. Nuevas aportaciones historiográficas*»; de José Antonio Montero Jiménez «*España y los Estados Unidos frente a la I Guerra Mundial*»; de Alberto Basciani, «*Los Balcanes: el avispero revisiiaiclo, desde la crisis oriental de 1908 a la Primera Guerra Mundial*» y de Francisco Veiga, «*La Guerra del 14: un repaso desde la perspectiva del presente*».

En el *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 40 de octubre de 2014, se incluyen los trabajos de Christina Gekes, «How the European Parliament's participation in international relations affects the deep tissue of the RU's power structures»; y de Stephen Nayak-Young, «Delimiting the proper bounds of the "New Legal Realism"».

El *Journal du Droit International*, núm. 1/2015, está dedicado al arbitraje, incluyendo los siguientes trabajos de interés: «De L'autonomie de La convention l'arbitrage á L'autonomie de La sentence arbitrale, Les grands arrêts de La jurisprudence frangaise en matière d'arbitrage international de 1963 á 2007» por Thomas CLAY et PhiLippe PINSOLLE; «Le "droit de régler" et Les nouveaux accords de L'Union européenne sur L'investissement», par Catharine Tin; «La prestation de services internationale, objet du droit et de l'économie ? Le cas des professions juridiques», par Jean-Sylvestre BERGÉ, CamiLLe CHASERANT et Sophie HARNAY; «L'affaire *Julián Assange* : controverses juridiques reLatives á l'asile diplomatique» par J. LEMEY.



## NOTICIAS DE REVISTAS

Francisco Luis Pascual Sarriá  
*Coronel auditor director de la EMEJ*

### *SUMARIO:*

A) Derecho comparado. B) Derecho Administrativo. C) Derecho Penal y Procesal.

#### A) DERECHO COMPARADO

En el núm. de febrero de 2015 de *The Army Lawyer*. Num: february 2015. Headquarters, Departement of the Army, se incluye el artículo «Absent without leave on appeal and the fugitive disentitlement doctrine», del coronel James A. Young, de United States Air Force.

#### B) DERECHO ADMINISTRATIVO

En el núm. 56 de 2015, de la *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, se incluye el artículo «Límites a la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas», del capitán auditor D. Álvaro Sedano Lorenzo.

En el núm. 196 de enero/abril 2015, de la *Revista de Administración Pública*, se incluyen los artículos «Los efectos de la resolución de los contratos administrativos: resolución por concurso y por incumplimiento del contratista. La conveniencia de una reforma normativa», de Concepción Barrero Rodríguez; y, «La servidumbre de protección de costas. Un estudio a la luz de la Ley 2/2013 y del nuevo Reglamento General de Costas», de Matilde Carlón Ruíz.

C) DERECHO PENAL Y PROCESAL

En el Tomo XXVII, 2 de 2015, de la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, se incluye el artículo «Algunos aspectos relevantes sobre el proceso penal contra personas jurídicas», de Ernesto Sagüillo Tejerina.

# INFORMACIÓN





## **JORNADAS DE LA FISCALÍA JURÍDICO MILITAR (19 y 20 de febrero de 2015)**

Alfonso Barrada Ferreirós  
*Teniente coronel auditor*

Durante los días 19 y 20 de febrero de 2015 se celebraron en la sede de la Fiscalía General del Estado unas Jornadas de la Fiscalía Jurídico Militar, organizadas por el Centro de Estudios Jurídicos y dirigidas y coordinadas por la Fiscalía Togada de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

Las Jornadas fueron inauguradas por la fiscal general del Estado, D.<sup>a</sup> Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, y clausuradas por la subsecretaria de Defensa, D.<sup>a</sup> Irene Domínguez-Alcahud Martín-Peña.

Asistieron a las Jornadas, además de miembros de la Fiscalía Jurídico Militar (Fiscalía Togada, Fiscalía del Tribunal Militar Central y Fiscalías de los Tribunales Militares Territoriales), representantes de los órganos de la Jurisdicción Militar, de las Asesorías Jurídicas del Ministerio de Defensa, los Ejércitos y la Armada y de otros órganos centrales del Departamento.

Los temas sobre los que han tratado las ponencias giraron en torno a cuestiones de actualidad en la Jurisdicción Militar, tanto de naturaleza disciplinaria como penal. Abrió las Jornadas el fiscal de Sala D.<sup>on</sup> Mariano Fernández Bermejo, destinado en la Fiscalía Togada, con una ponencia titulada «*Algunas particularidades del derecho administrativo en el procedimiento sancionador*», en la que se pusieron de relieve los aspectos más relevantes y las novedades contenidas en la nueva Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

A esta exposición siguieron otras en las que se abordaron cuestiones como la iniciativa penal por el órgano judicial en el proceso contencioso-disciplinario, la negativa a someterse a análisis de detección de drogas en

las unidades militares, el tratamiento penal y disciplinario del trato degradante o los efectos de la recusación en el procedimiento disciplinario militar, entre otras, según el programa que se reproduce a continuación.

Las Jornadas se cerraron con una mesa redonda que giró en torno a la justicia universal en los delitos cometidos en la mar, en la que intervino el fiscal de Sala D. José Ramón Noreña Salto, fiscal jefe de la Fiscalía Anti-droga, el teniente coronel auditor y magistrado D. Alfonso Barrada Ferreirós en representación de la Fiscalía Togada y el asesor jurídico del Estado Mayor de la Defensa, coronel auditor D. Salvador Torres Ballesteros.

## PROGRAMA DE LAS JORNADAS DE LA FISCALÍA JURÍDICO MILITAR

Jueves 19 de febrero:

INAUGURACIÓN:

Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, fiscal general del Estado.

### **Algunas particularidades del derecho administrativo en el procedimiento sancionador.**

Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Bermejo, fiscal de Sala de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

### **La iniciativa penal por el órgano judicial en el proceso contencioso-disciplinario militar.**

Ilmo. Sr. D. Marcelo Roldán Navarra, coronel auditor, fiscal jefe de la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Segundo (Sevilla).

**La negativa a someterse a análisis de detección de drogas en las unidades militares.**

Sr. D. José Salvador Balsalobre Martínez, teniente coronel auditor, fiscal de la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Primero (Madrid).

**Tratamiento penal y disciplinario del trato degradante.**

Sr. D. Ángel Rivas Areales, teniente coronel auditor, fiscal jefe de la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Quinto (Tenerife).

**Los efectos de la recusación en el procedimiento disciplinario militar.**

Sra. D.<sup>a</sup> María José Serrano García, comandante auditor, fiscal de la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Segundo (Sevilla).

Viernes, 20 de febrero:

**La prisión preventiva, estudio comparativo de la Ley Procesal Militar y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.**

Sra. D.<sup>a</sup> María Teresa Rodríguez López, capitán auditor, fiscal de la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Primero (Madrid).

**Derecho de defensa y asistencia letrada al detenido a la luz de las Directivas Comunitarias.**

Sr. D. Jorge Aragüena Sande, capitán auditor, fiscal de la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Cuarto (A Coruña).

**El papel del Ministerio Fiscal como garante de la independencia judicial.**

Sra. D.<sup>a</sup> María Contin Trillo-Figueroa, capitán auditor, fiscal de la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Primero (Madrid).

MESA REDONDA:

**Justicia universal en los delitos cometidos en la mar. Especial referencia a la necesidad de querrela del Ministerio Fiscal para su persecución en España.**

Excmo. Sr. D. José Ramón Noreña Salto, fiscal de Sala, jefe de la Fiscalía Antidroga.

**Los delitos contra la seguridad marítima. El marco jurídico del artículo 23.4.d LOPJ.**

Sr. D. Alfonso Barrada Ferreiros, teniente coronel auditor, magistrado (exc.), fiscal de la Fiscalía de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

**La aplicación del principio de jurisdicción universal en operaciones militares.**

Ilmo. Sr. D. Salvador Torres Ballesteros, coronel auditor, asesor jurídico del Estado Mayor de la Defensa.

CLAUSURA:

Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Irene Domínguez-Alcahud Martín-Peña, subsecretaria de Defensa.

**EL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO  
AERONÁUTICO Y DEL ESPACIO, Y DE LA AVIACIÓN  
COMERCIAL CELEBRÓ SUS XLI JORNADAS**

Javier Aparicio Gallego  
*Presidente del Instituto*

Durante los días 26 a 29 de noviembre de 2014 se celebraron en Madrid y en la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Aeronáuticos, de la Universidad Politécnica de Madrid (UPM), las XLI JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO AERONÁUTICO Y DEL ESPACIO Y DE LA AVIACIÓN COMERCIAL, reunión académica en la se conmemoraron el Cincuentenario de la Fundación del Instituto y el septuagésimo aniversario de la creación de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), en la Conferencia de Chicago de 1944.

Su Majestad el Rey, Don Felipe VI, se dignó aceptar la Presidencia de Honor del evento, dotándolo de una excepcional relevancia.

El Solemne Acto de Apertura estuvo presidido por el director de la Escuela, Ilmo. Sr. Dr. Ingeniero Aeronáutico, Prof. D. Miguel Ángel Gómez Tierno, que actuó en representación del Rectorado de la UPM; el general Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. general del Aire, D. Francisco Javier García Arnaiz; el director general de Aviación Civil del Ministerio de Fomento, Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Arias Serrano; el representante permanente de España ante la OACI, Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel Aguado Aguado; y por el presidente del Instituto, quien firma estas líneas.

En este Acto, el presidente del Instituto, tras expresar el agradecimiento de la entidad y el suyo propio a Su Majestad el Rey por haber aceptado la Presidencia de Honor de las Jornadas, pronunció unas palabras de presentación de las autoridades que ocupaban la mesa de respeto, y expuso el

contenido de las ponencias que iban a ser presentadas: ASPECTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS DE LA INVESTIGACIÓN DE ACCIDENTES E INCIDENTES DE AVIACIÓN, por la Profa. Dra. Ingeniero Aeronáutico D.<sup>a</sup> Cristina Cuerno Rajado, de España, y LOS ACCIDENTES AÉREOS DEL MH370 —ÍNDICO SUR— Y DEL MH17 —UCRANIA DEL ESTE—. COBERTURAS DE SEGUROS Y ASISTENCIA POSTACCIDENTE, por el Dr. Carlos M. Vassallo, de Argentina; MODIFICACIÓN DEL CONVENIO SOBRE LAS INFRACCIONES Y CIERTOS OTROS ACTOS COMETIDOS A BORDO DE LAS AERONAVES (TOKIO, 1963). PROGRESOS EN INCONVENIENTES, por el Dr. Álvaro Lisboa Mont, de Chile; SOBRE EL ACUERDO DE LA LUNA Y EL PATRIMONIO CULTURAL DEL ESPACIO, por la Lcda. Elvira Prado Alegre; y AERONAVES NO TRIPULADAS. ASPECTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS, por la Lda. Nerea Cañas Zarroa, de España, y MARCO REGULATORIO DE LOS SISTEMAS DE AERONAVES PILOTADAS REMOTAMENTE (RPAS), por el comandante piloto Rafael Teijo Gundín.

Tras esta presentación, el presidente del Instituto dirigió a los presentes el discurso de conmemoración del cincuenta aniversario de la fundación del Instituto, en el que después de significar la creciente importancia de las actividades aeronáuticas y espaciales y el impacto que han producido en el campo del derecho, recordó como las preocupaciones en este ámbito y en nuestro país cristalizaron en la Sección de Derecho Aeronáutico del Instituto de Derecho Internacional «Francisco de Vitoria», del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, antecedente histórico del Instituto que, como heredero de las actividades de la mencionada Sección, fue fundado en la Universidad de Salamanca en 1964, siendo su primer presidente el Excmo. Sr. general auditor del Aire D. Luís Tapia Salinas. En un rápido repaso expuso los fines del Instituto, sus normas reguladoras como asociación inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior español, y un breve resumen de las actividades desarrolladas durante los cincuenta años de su existencia, con especial referencia a los temas tratados en las cuarenta Jornadas Iberoamericanas anteriores, así como a los seminarios, cursos y publicaciones que durante este dilatado periodo de tiempo se han llevado a cabo. Concluyó la exposición con el reconocimiento internacional de la entidad al haber sido reconocida como Organismo Consultivo del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de la Comisión Latino Americana de Aviación Civil (CLAC) y, recientemente, de la Comisión de Naciones Unidas para la Utilización Pacífica del Espacio Ultraterrestre (COPUOS), y con un sentido recuerdo a los eminentes juristas miembros del Instituto fallecidos y que a lo largo de los años de existencia de la enti-

dad participaron destacadamente en sus actividades; recordaremos en esta nota, dejando al margen a los de diferentes países iberoamericanos que fueron expresamente citados, a los españoles miembros del Cuerpo Jurídico del Aire, Excmo. Sr. general auditor del Aire D. Luís Tapia Salinas, Excmo. Sr. general consejero togado del Aire D. León Herrera y Esteban, y al Ilmo. Sr. coronel auditor del Aire D. Carlos Gómez Jara. Ellos, y los demás aquí no expresamente citados, españoles e iberoamericanos, son acreedores de nuestro reconocimiento y agradecimiento.

Seguidamente y en el mismo Acto de Apertura, el Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel Aguado Aguado, representante permanente de España ante la OACI, pronunció un importante parlamento en conmemoración del setenta aniversario de la creación de la OACI, en el que subrayando la importancia del impacto en la economía mundial de las actividades aéreas y la necesidad de la mejora sistemática de los índices de su seguridad —safety—, así como el impacto de la aviación en el medio ambiente, examinó los logros de la Convención de Chicago y la necesidad de sus enmiendas, planteando la evolución necesaria de la protección de su seguridad ante los ataques ilícitos —security—, de la Planificación Regional, de la cooperación técnica y de la protección del medio ambiente atendiendo al cambio climático. Terminó su exposición con unas palabras dedicadas al futuro, subrayando la necesidad de que la OACI esté «en permanente contacto con la realidad, siendo sensible a las necesidades de sus Estados miembros, próxima a las preocupaciones de la industria y sus colectivos profesionales y capaz de captar a los mejores expertos» para «seguir liderando el crecimiento sostenible de la aviación civil internacional de las próximas décadas, y probablemente de los próximos setenta años».

Las Jornadas se celebraron con total normalidad, presentando los ponentes sus ponencias y, seguidamente a cada una de ellas, las comunicaciones recibidas. Para la primera ponencia se presentaron las comunicaciones «Aspectos técnicos e jurídicos da investigação de acidentes e incidentes de aviação civil: evolução do direito brasileiro», del Dr. José Gabriel Assis de Almeida, de Brasil; «Un cisne negro», del comandante piloto D. Ángel Arroyo Alcolea, de España; y «Acidente é un fato complexo», de la Dra. Claudia María Munhoz da Rocha e Silva, de Brasil. A la segunda ponencia concurrieron las comunicaciones «Consideraciones jurídicas relativas a los Oficiales de Seguridad a Bordo», por el Dr. Hernán Adrián Gómez, de Argentina; y «Un nuevo capítulo en el desarrollo del Derecho Aeronáutico Penal» del Dr. Mario O. Folchi, de Argentina. Para la tercera ponencia, la Dra. Elisa González Ferreiro, de España, presentó una comunicación titulada «Treinta aniversario de la entrada en vigor del Acuerdo que debe

regir las actividades de los Estados en la Luna y otros Cuerpos Celestes»; y el Dr. José Luís Álvarez Hernández, de México, otra proponiendo un «Anteproyecto de un Organismo Internacional Autónomo encargado de las Actividades Espaciales». Finalmente, a la cuarta ponencia se presentaron las comunicaciones «El Ejército del Aire y la Operación de los Sistemas Aéreos», del teniente coronel del Ejército del Aire (EA) D. José Ramón Asensi Miralles, de España; «Aeronaves no tripuladas. Aspectos Registrales», del Dr. Diego Sebastián Idiart, de Argentina; «La regulación jurídica de las aeronaves no tripuladas en Honduras», de las Dras. Gloria Argentina Castro Alvarado y Gloria Alvarado Castro, y el Dr. Augusto José Alvarado Castro, los tres de Honduras; «Drones: pequeñas aeronaves que prometen grandes cambios en el Derecho Aeronáutico», por el Dr. Franco Puppio Pérez, de Venezuela; y «El régimen jurídico de las aeronaves pilotadas por control remoto; una lectura del Real Decreto Ley 8/2014, en clave de Derecho privado», por el Prof. Dr. Ignacio Quintana Carlo, de España.

A lo largo de las Jornadas, después de la exposición de cada una de las cuatro ponencias y de las comunicaciones aportadas a ellas se suscitaban interesantes debates en los que participaron muchos de los asistentes y que, en alguna ocasión, motivaron que los ponentes aceptaran el resultado de las discusiones modificando sus posiciones iniciales. El resultado final de los debates queda recogido en las conclusiones de cada una de las ponencias, conclusiones que fueron aprobadas en la Sesión Plenaria final que cerró el evento.

Tanto las ponencias como las comunicaciones, y las conclusiones correspondientes, conclusiones que fueron comunicadas a las Embajadas de los países iberoamericanos acreditados en España y a las empresas aéreas de nacionalidad iberoamericana que operan en nuestro país, han sido publicadas por el Instituto en un volumen editado a finales de 2014, que ocupa el número 34 de los que han recogido los trabajos de las Jornadas.

Con independencia de los actos académicos a que se ha hecho referencia, se celebraron reuniones del Consejo Directivo del Instituto y de la Asamblea General de miembros de la entidad. De sus acuerdos merece destacarse la convocatoria, con motivo de la celebración del Cincuentenario de la fundación del Instituto, de un premio dotado con dos mil euros (2.000.- €) que, con la denominación PREMIO LUÍS TAPIA SALINAS: CINCUENTA AÑOS DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO, ha de reconocer los méritos del trabajo seleccionado entre los presentados por una Comisión de Evaluación a designar de acuerdo con las normas de la convocatoria.



También tuvieron lugar diversos actos de convivencia programados por la Comisión Organizadora para reforzar los lazos de camaradería y afecto entre los miembros del Instituto, de diferentes nacionalidades y profesiones, lazos que, en muchos casos, se remontan a muchos años atrás.



**XX CONGRESO DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE  
DERECHO MILITAR Y DERECHO DE LA GUERRA (PRAGA,  
14-18 ABRIL 2015)  
LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE DERECHO MILITAR Y  
DERECHO DE LA GUERRA**

Ángel Serrano Barberán.  
*Coronel auditor*

Aunque para gran parte de los lectores de la Revista Española de Derecho Militar, la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra es de sobra conocida, creo que no está de más comenzar esta breve nota recordando algunos de sus caracteres principales. La Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra («la Sociedad» en lo sucesivo) es una asociación de carácter no lucrativo, constituida en el año 1956, y que reúne a juristas y militares de un gran número de países del mundo. Su objeto principal es el estudio y difusión del Derecho Militar y del Derecho Internacional Humanitario, fomentando, al propio tiempo, las relaciones entre sus miembros o, lo que es lo mismo, las relaciones entre militares y juristas de distintas naciones. Su sede actual se encuentra en Bruselas.

La «“Sociedad”», funciona tanto a través de miembros asociados individualmente como, y principalmente, a través de grupos nacionales. El Grupo nacional español, formado a finales de los años 50 y constituido como Asociación en el mes de octubre del 2002, ha tenido un peso notable desde el momento de su creación, aun cuando en los últimos años ha conocido una fase de cierta crisis. En la actualidad, no obstante, se está procediendo a su reactivación por parte de un grupo de oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, contando con el apoyo de Subsecretaría de Defensa y

de la propia «Sociedad», que está muy interesada en ello, al considerar al Grupo nacional español como un referente importante para los países de habla hispana. La «Sociedad» publica, además, una revista técnica, con artículos de gran interés científico (dos volúmenes al año).

## PROGRAMA Y CONTENIDO DEL XX CONGRESO DE «LA SOCIEDAD»

Los Congresos de la «Sociedad » tienen lugar cada tres años. En el XX Congreso, celebrado en Praga (República Checa) entre los días 14 al 18 de abril de 2015, han tomado parte 140 personas de 40 nacionalidades distintas y entre ellos un oficial auditor del Cuerpo Jurídico Militar español. El programa completo del Congreso es accesible en la siguiente página web: [http://www.ismllw.org/congres/2015\\_04\\_21\\_Prague\\_prog.pdf](http://www.ismllw.org/congres/2015_04_21_Prague_prog.pdf) Su consulta permite comprobar que las ponencias y los temas tratados han sido de gran actualidad. Mencionamos, entre ellos, los siguientes:

– *Will Current International Crisis result in Structural Shifts in International Law?* Michael BOTHE, profesor emérito de la Universidad GOETHE, Frankfurt in Main.

– *Status of Foreign Fighters under International and National Law*, Sandra KRAEHEMANN, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights.

– *The Challenges in the Implementation of International Humanitarian Law*, comodoro del Aire Peter HEBLY, jefe de los Servicios Jurídicos holandeses y teniente coronel Jean Michel CAMBRON, Cuerpo Jurídico canadiense.

– *Caso Jaloud v. The Netherlands, an In-Depth Analysis*, debate dirigido por el profesor Eugene FIDELL, Yale Law School.

– *How Defence Procurement and Critical Infrastructure can fall Victim of the Cyber Threat*, debate dirigido por Roland TROPPE, Departamento Jurídico de la Academia militar USA.

– *Persons in Distress at Sea : Legal Implications for Navies and Enforcement Agencies// Use of Force against Pirates : Operational and Legal Challenges*, debate dirigido por el capitán de Fragata italiano Gianmatteo Breda.

– *Current Air and Joint operations in Syria and Irak*, debate dirigido por el capitán de Fragata italiano Gianmatteo Breda, con intervención del profesor Natalino RONZITTI, reconocido experto en Derecho de los Conflictos Armados.

– *Non-State Actors and the Laws of Armed Conflict*, debate dirigido por el profesor Stefan Oeter, Universidad de Hamburgo.

– *The Importance of Cyber Warfare in Current International Crisis*, debate dirigido por el profesor W. HEINTSCHELL von HEINEGG, European University Viadrina. Frankfurt.

Las ponencias y las actas del Congreso serán publicadas próximamente en la Revista de la «Sociedad», Sociedad.

Además del interés de las ponencias, merece la pena destacar la siguiente información, difundida durante el Congreso:

- La «Sociedad», Sociedad ha asumido el compromiso de elaborar un Manual sobre «Derecho Internacional en Operaciones de Paz», iniciativa que cuenta con el apoyo de la Organización de Naciones Unidas. Los trabajos para la elaboración del Manual se han iniciado ya, bajo la dirección de los profesores Dieter Fleck, William H. Boothby y T. D. Gill. Naciones Unidas participará en las sesiones de debate del texto de Manual a través de personal de su Oficina de Asuntos Legales y del Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz (DPKO).
- El Gobierno suizo y el Comité Internacional de la Cruz Roja han puesto en marcha una iniciativa para reforzar el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario (DIH), que fue presentada por embajador Voeffray y que, básicamente, prevé la celebración de reuniones anuales de todos los Estados Partes de los Convenios de Ginebra para analizar y debatir la situación en relación con temas o aspectos concretos de la aplicación del DIH (y no en relación con países concretos) y proponer posibles medidas correctoras.
- El director, dentro de la «Sociedad», Sociedad, del Seminario para Asesores Jurídicos, está interesado en la posibilidad de organizar en España ese Seminario (que se celebra anualmente) a lo largo del año 2017.
- Las próximas actividades que la «Sociedad», Sociedad tiene previstas realizar son las siguientes:
  - o Reunión de expertos para debatir el Manual sobre Derecho Internacional en Operaciones de Paz. Se celebró en Yaoundé (Camerún) entre los días 28 de junio y 1 de julio de 2015.
  - o Conferencia centrada en la Justicia Militar, prevista para el mes de abril de 2016 en Lima (Perú).
  - o Seminario sobre Operaciones de Paz, que organiza el Grupo Nacional británico y que se hará coincidir con una reunión del Con-

sejo Directivo de la Sociedad. Se celebrará en la ciudad inglesa de Exeter entre los días 21 a 23 de junio de 2016.

- o Por último el Grupo Nacional italiano tiene previsto otro seminario sobre operaciones navales en Venecia, en fecha aún por concretar, pero seguramente en la primavera del año 2016.

## **PLAN DE DIFUSIÓN DE LA NUEVA LEY DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO PARA LAS FUERZAS ARMADAS EN LA COMUNIDAD DE MADRID (ENERO 2015)**

Francisco Luis Pascual Sarría  
*Coronel auditor director de la EMEJ*

En el salón de Actos de la Academia Central de la Defensa (Escuela Militar de Estudios Jurídicos), los días 14 y 21 de enero de 2015, y en cumplimiento del Plan General de Difusión de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, se desarrollaron dos Mesas Redondas, en aplicación del Plan Territorial de Difusión, para Madrid, de la nueva Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Las Mesas Redondas fueron presididas por el director general de Reclutamiento y Enseñanza Militar, Excmo. Sr. teniente general D. Juan Antonio Álvarez Jiménez y por el director de la Academia Central de la Defensa, Excmo. Sr. vicealmirante D. Andrés Amable Breijo Claúr.

Y ello, con la doble finalidad de: por un lado, garantizar el cumplimiento del deber ordenancista que pesa sobre todo militar de mantener un elevado conocimiento de su profesión, el cual ha de extenderse sin duda a la materia relativa a las correcciones y sanciones de las faltas a la disciplina, que según las propias Reales Ordenanzas es obligado exigir y fortalecer como norma de actuación en el seno de las Fuerzas Armadas, para el exacto cumplimiento de los deberes y obligaciones del servicio; y, de otro, suministrar a los jefes de unidad y a los cuadros de mando con mayores responsabilidades en materia disciplinaria una información más detenida acerca del nuevo Régimen Disciplinario, analizando su contenido y proporcionando criterios y soluciones adecuadas a los problemas más visibles

en la aplicación futura de la normativa, con el fin de infundirles confianza y seguridad en su uso, con vistas al correcto y normal ejercicio de las competencias que les corresponden.

Las conferencias de las Mesas Redondas fueron impartidas por el Ilmo. Sr. coronel auditor director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos D. Francisco Luis Pascual Sarría, quien disertó sobre las «Infracciones disciplinarias», y por los tenientes coroneles auditores D. José María López de Celis y D. José María Sánchez Sánchez, quienes trataron de las sanciones disciplinarias, y de la competencia sancionadora y procedimiento, respectivamente.

A las mesas redondas, dirigidas a los jefes de Unidad y a los mandos con responsabilidad disciplinaria, acudieron más de 300 militares de los tres Ejércitos procedentes de unidades ubicadas en la Comunidad de Madrid.



# **NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN**



## REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. NORMAS EDITORIALES

La *Revista Española de Derecho Militar (REDEM)*, iniciada en 1956 y publicada por el Ministerio de Defensa, tiene su sede en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Su objetivo es el de la difusión del conocimiento de las distintas ramas del Derecho militar, fundamentalmente penal, disciplinario, administrativo, internacional, constitucional, marítimo, aeronáutico o comparado, desde cualquier perspectiva científica, ya sea esta dogmática, histórica, sociológica o filosófica. A estos efectos, publica estudios originales sobre estas materias, dirigidos a juristas nacionales o extranjeros especializados en el asesoramiento jurídico militar o en el ejercicio de la jurisdicción militar. Asimismo, se dirige a abogados, jueces o representantes del mundo académico, interesados en profundizar en la vertiente militar de sus respectivos ámbitos de especialidad. Si bien en sus cien primeros números ha tenido una periodicidad semestral, en lo sucesivo su periodicidad será anual.

Lo publicado en la *REDEM* no expresa directrices específicas ni la política oficial del Ministerio de Defensa. Los autores son los únicos responsables de los contenidos y las opiniones vertidas en los artículos.

Además de en soporte papel, la Revista es accesible a través del Portal del Ministerio de Defensa, página web [www.publicaciones.defensa.gob.es](http://www.publicaciones.defensa.gob.es).

## REQUISITOS DE LOS TRABAJOS

La *REDEM* solo aceptará para su publicación trabajos originales. Salvo que concurren circunstancias excepcionales, se rechazarán trabajos publicados con anterioridad o remitidos paralelamente para su publicación en otras revistas.

Las colaboraciones podrán adoptar la forma de estudios y notas. Los estudios habrán de tener una extensión máxima de 20.000 palabras de texto, incluida la bibliografía, equivalentes a 50 páginas impresas. La extensión máxima de las notas es de 12.000 palabras, correspondientes a 30 páginas impresas. Las colaboraciones deberán estructurarse en las siguientes partes: resumen, sumario y desarrollo.

Toda colaboración habrá de estar precedida por un resumen del contenido del artículo con una extensión máxima de 150 palabras, y cuatro palabras clave, acompañado de la correspondiente traducción o *Abstract* en inglés.

El sumario encabezará el artículo, y en él se hará constar, de forma continua y sin puntos y aparte, los distintos apartados y subapartados en los que el tema se va a desarrollar.

El contenido del artículo será desarrollado siguiendo la estructura prefijada en el sumario. En cuanto al sistema de citas, se podrá optar bien por el sistema abreviado, consistente en indicar en el texto, entre paréntesis, el nombre del autor, año de aparición de la obra y número de la página, por ejemplo: (Rodríguez-Villasante 1987, p. 2), referido a un elenco bibliográfico al final del artículo; o bien el sistema tradicional con notas bibliográficas a pie de página. En cuanto a las citas bibliográficas, siempre que se cite la obra completa deberá ser presentada de la siguiente forma: APELLIDO/S, inicial del nombre, *Título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de página. En lo que respecta a la cita de los artículos de revistas, estos irán entre comillas y, en cursiva, el título de la revista; por ejemplo: RODRÍGUEZ VILLASANTE, J. L., «La modificación del Código Penal Español por la Ley Orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra», *Revista Española de Derecho Militar* 95-96, 2010, p. 149.

Los trabajos serán enviados a la redacción de la *REDEM* (Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de Ingenieros, n.º 6, 28047 Madrid), preferiblemente en soporte electrónico, a la siguiente dirección de correo-e: <emej@oc.mde.es>. Una vez recibidos, se remitirá el correspondiente acuse de recibo.

## **NORMAS DE EVALUACIÓN**

Tras la recepción del texto se procederá a una primera evaluación. Al menos dos miembros del Consejo de Redacción comprobarán que el trabajo se ajusta a los requisitos exigidos sobre extensión y sistema de citas, así como a la temática, metodología científica y líneas editoriales de la *REDEM*, pudiendo rechazarse aquellos artículos que reproduzcan temas tratados en el número anterior. En el caso de ser rechazado el trabajo, se notificará al autor, a quien también se le podrá requerir, en su caso, para que efectúe las correspondientes modificaciones.

Cada colaboración será evaluada mediante el sistema de «doble referee». A estos efectos, la colaboración se remitirá a un miembro del Consejo de Redacción, experto en la especialidad de que se trate, y que tendrá la consideración de gestor. Este se encargará de la búsqueda de dos evaluadores externos, reconocidos expertos en la materia, a quienes se remitirá, para evaluación, el citado artículo, garantizando el carácter anónimo de su autor. Los evaluadores disponen de seis u ocho semanas para entregar sus informes motivados, que se ajustarán al formulario incluido en anexo. Para ser publicado, un trabajo deberá obtener los correspondientes informes positivos de esos dos evaluadores externos. En el caso de que uno de los informes sea negativo, se estará a lo que decida el gestor o, en su caso, el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo cuya decisión será vinculante. Cualquiera de los evaluadores externos puede hacer observaciones o sugerir correcciones a los autores, a los que se dará un plazo adicional para incorporarlas a su trabajo. En este último supuesto, la publicación del trabajo, caso de que el gestor lo considere conveniente, se someterá de nuevo al Consejo de Redacción.

A los autores de los trabajos aceptados, caso de solicitarlo, se les expedirá un certificado en el que se haga constar que su manuscrito ha sido aprobado por el Consejo de Redacción de la *REDEM* y se halla pendiente de publicación.

**ANEXO**  
**INFORME SOBRE EVALUACIÓN DE TEXTOS**

TÍTULO DE LA OBRA

OBSERVACIONES SOBRE EL CONTENIDO

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

(Utilización de fuentes primarias o secundarias, documentación...)

CALIDAD Y SOLIDEZ DE LA INVESTIGACIÓN

(Estructura, Coherencia, Fundamentación de las conclusiones)

NOVEDADES QUE APORTA A SU CAMPO DE ESTUDIO

(Originalidad de las tesis o conclusiones)

OBSERVACIONES SOBRE LA FORMA

EXTENSIÓN

ORDEN

ESTILO

¿RECOMIENDA SU PUBLICACIÓN?

SÍ, SIN OBJECIONES

NO, DEBE SER RECHAZADO

SÍ, SI SE REALIZAN CORRECCIONES

SI SON NECESARIAS CORRECCIONES, INDÍQUELAS



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE DEFENSA

SECRETARÍA  
GENERAL  
TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL  
DE PUBLICACIONES  
Y PATRIMONIO CULTURAL

ISSN 0034-9399



9 770034 939003