

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

78

JULIO
DICIEMBRE
2001

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

Ministerio de Defensa



**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

78 *JULIO
DICIEMBRE
2001*

MADRID

Edita:



NIPO: 076-01-008-8

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de cierre: diciembre 2001

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

ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 78 JULIO-DICIEMBRE 2001

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

- 1.1. Florentino Ruiz Ruiz, “La intervención democrática. Análisis jurídico de su licitud” 13
- 1.2. José Manuel Sánchez Patrón, “La distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda” 53

2. NOTAS

- 2.1. Centro de Estudios Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, “Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” 87
- 2.2. María Teresa Garcés Lloreda y Augusto J. Ibáñez Guzmán, “La Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma. Algunas reflexiones sobre su ratificación” 129
- 2.3. M^a Concepción Pérez Villalobos, “La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas” 143
- 2.4. Juan Manuel Fernández Aparicio, “La necesidad de reforma de los delitos relativos al medio ambiente a la luz de la jurisprudencia y la doctrina del Tribunal Constitucional” 181

— 2 .5. Miguel Alía Plana, “Cinco iniciativas de mantenimiento de la paz desconocidas: La MOPEP, los cascos blancos, el SRC, la OUA y la MFO en Sinaí (los Orange Helmets)”	195
---	-----

II. TEXTOS

— 1. LEGISLACIÓN. Por M ^a Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera	221
— 2. JURISPRUDENCIA	
— 2.1. Constitucional. Por Luis B. Alvarez Roldán	227
— 2.2. Contencioso-Administrativa. Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández	297
— 3. DOCUMENTACIÓN	
— 3.1. Doctrina del Consejo de Estado. Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz	319
— 3.2. Estados Partes en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española	331

III. BIBLIOGRAFÍA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

— J. Jorge Urbina, “Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario”, por E. Montull Lavilla.....	355
— Alicia Gil y Gil, “El genocidio y otros crímenes internacionales”, por L.B. Alvarez Roldán.	361
— J.L. Fernández-Flores y de Funes, “El Derecho de los Conflictos Armados”, por C. Eymar Alonso.	367
— A. Millán Garrido (dir.), “Justicia Militar”, por Eloy-M. López García.	371

2. NOTICIA DE LIBROS

por C. Eymar Alonso	379
---------------------------	-----

3. RECENSIÓN DE REVISTAS

— Cuadernos de la Guardia Civil, nº XXIII (2000), por L.B. Alvarez Roldan.....	388
--	-----

4. NOTICIA DE REVISTAS

por Leandro Martínez-Cardós Ruiz	395
--	-----

IV. INFORMACIÓN

1. Discurso de D. Eduardo Montull Lavilla en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.	399
2. Seminario de investigación de accidentes aéreos, por L.B. Alvarez Roldán.	425

V. NECROLOGICA

<i>In memoriam</i> Don Nicolás González-Deleito y Domingo Por J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto	433
---	-----

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

LA INTERVENCION DEMOCRATICA. ANALISIS JURIDICO DE SU LICITUD

Florentino Ruiz Ruiz.

Profesor Titular interino de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Burgos.

SUMARIO

INTRODUCCION. I.- CAMBIOS EN LA CONFIGURACION DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y PROMOCION DE FORMAS DEMOCRATICAS DE GOBIERNO. II.- DEMOCRACIA Y DERECHO INTERNACIONAL. 1.- Las posibilidades planteadas. 2.- Democracia y libre determinación de los pueblos. A) No intervención y libre determinación de los pueblos. B) Ampliación del derecho de autodeterminación de los pueblos y forma democrática de gobierno. 3.- Capacidad de reacción ante gobiernos ilegítimos. III.- LA PRACTICA RELACIONAL. 1.- La intervención en Granada. 2.- Rumanía. 3.- La intervención en Panamá. IV.- LA PRACTICA INSTITUCIONAL. 1. La cuestión española. 2.- La cuestión de Haití. 3.- Sierra Leona. V.- CONCLUSION: VALORACION JURIDICA DE LA DENOMINADA INTERVENCION DEMOCRATICA.

INTRODUCCION

Es conocida la afirmación de Despagnet según la cual, “el gobierno tirano sólo tiene un justiciero: el pueblo al cual oprime y, a falta de la unión y el coraje de este pueblo para sustituirlo, encuentra su castigo en el mantenimiento del tirano que le oprime”(1). Esta afirmación refleja la posición

(1) Despagnet, Cours de Droit international public, 4^a ed. Paris, 1910, p., 216.

del Derecho Internacional clásico respecto de la forma de gobierno de cualquier Estado, considerada una cuestión puramente interna. Se corresponde, asimismo, con una época en la que el Derecho Internacional presta muy escasa atención a la protección de la persona humana(2). No obstante, la evolución experimentada en el contexto general de las relaciones internacionales en los años inmediatamente precedentes permite plantear una reflexión sobre si se ha producido también, o está en trance de producirse, una evolución en las normas jurídicas internacionales que permita afirmar la modificación o sustitución de las preexistentes. En este sentido, la cuestión que nos planteamos bien puede considerarse una manifestación del interés, progresivamente creciente, del Derecho Internacional por el reconocimiento y la protección de los derechos humanos(3).

Es posible plantearse así, una reflexión sobre si el Derecho Internacional permite intervención de algún tipo con la finalidad de establecer gobiernos democráticos en terceros Estados, o el restablecimiento de aquellos gobiernos democráticos que hayan sido sustituidos por formas de gobierno no representativas mediante actos de fuerza contrarios a la legitimidad. Bien se plantee esta posibilidad como supuesto de intervención con entidad propia, bien se haga en relación a la regulación internacional de los derechos humanos, cuyo reconocimiento y protección requiere formas de gobierno representativas y democráticas y, a la inversa, no resultan garantizados adecuadamente con formas de gobierno que no lo son(4).

Existen algunos textos internacionales que vienen en apoyo de una respuesta positiva a la cuestión planteada. En este sentido es de reseñar, en primer lugar, el art. 21,3 de la DUDH (5) e, incluso, el propio espíritu y

(2) Fuera de las reglas sobre derecho humanitario bélico y las del standard mínimo sobre el trato a los extranjeros.

(3) Como ha señalado J. Roldán Barbero, “existe un orden secuencial lógico e inextricable en la triada de la cultura política occidental, hoy idealizada universalmente: democracia, Estado de Derecho, derechos fundamentales”. *Democracia y Derecho Internacional*, Cívitas, Madrid, 1994, p., 121.

(4) Resultan ilustrativas a este respecto, las palabras de R. Mesa Garrido para quien “el respeto a los derechos humanos está operando una división selectiva y en absoluto burocratizante de la sociedad internacional, entre aquellos pueblos que disfrutaban de sistemas democráticos y aquellos otros que ven secuestradas sus libertades por sus propios gobernantes”. «Factores de paz y elementos de crisis en la sociedad internacional contemporánea», R.E.I., 1986-4, p., 1.070.

(5) “La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

contenido de la Declaración(6), junto con algunas Resoluciones de la AGNU (7). A su vez, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 3 del Protocolo nº 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el art. 13 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos reconocen el derecho a la participación política.

Esta primera aproximación conduciría a considerar lícitas aquellas actuaciones llevadas a cabo, incluso por medios coactivos, tendentes al establecimiento o restablecimiento de sistemas de gobierno democráticos. Podría concluirse así que la regla de la efectividad se ha sustituido en Derecho Internacional por la de la legitimidad. Los argumentos basados en las mutaciones habidas en el marco global de las relaciones internacionales también coadyuvarían a esta consecuencia. En este sentido, no puede ser el mismo el sustento sociopolítico del principio de legitimidad y su traducción jurídica, en un mundo bipolar, como era el que marcaba el desarrollo global de las relaciones internacionales en la época de la guerra fría, que en un contexto internacional en el que la bipolaridad ha desaparecido(8).

En contra es posible citar, sin embargo, a la propia AGNU que ha reconocido que “no existe un sistema político único ni un modelo único de proceso electoral que convenga igualmente a toda las naciones y a todos los pueblos y que los sistemas políticos y los procesos electorales están condicionados por factores históricos, políticos, culturales y religiosos”(9), lo que sería confirmado por la Resolución 46/130, de 17 diciembre de 1991,

(6) Como ha puesto de manifiesto J. Roldán Barrero, “a la luz de la lectura íntegra y sistemática del texto, es indiscutible que las formas autoritarias suponen un desviacionismo en relación a la letra y el espíritu de la Declaración”. Op. cit., p., 112.

(7) En 1981, la AGNU aprobó una resolución que condenaba “todas las ideologías y prácticas totalitarias u otras, en particular nazis, fascistas o neofascistas, fundadas sobre el exclusivismo o la intolerancia raciales o étnicas, el odio, el terror, que conduzcan a la negación sistemática de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. De otra resolución unos días anterior se deducía que el único criterio de legitimidad del sistema político de un Estado es su elección “conforme a la voluntad de su pueblo”. Véanse, Resolución 36/162, de 16 de diciembre de 1981, A/RES/36/162; Resolución 36/103, de 9 de diciembre de 1981, A/RES/36/103.

(8) A este respecto, J. Salmon, señaló hace ya algún tiempo que “en un mundo dividido en sistemas de gobierno antagonistas en el que cada cual reivindica su propia legitimidad, la legitimidad aplicada como principio jurídico impediría cualquier verdadera coexistencia pacífica, porque implicaría una intervención en los asuntos internos de los Estados”. Salmon, J., *La reconnaissance d'Etat*, París, 1971, p., 32.

(9) Resolución 45/51, de 18 de diciembre de 1990, A/RES/45/51. Una declaración en el mismo sentido se contenía también en la Resolución 45/150, de 18 de diciembre, A/RES/45/150.

al referirse al “estricto respeto de los principios de soberanía y de no injerencia en los asuntos internos de los Estados”(10).

Posicionamientos tan diversos, al menos en apariencia, muestran, en realidad, como subyace aquí el dilema que ya señalara G. von Glahn, entre el respeto de obligaciones igualmente provenientes de la Carta de las Naciones Unidas que, dada la configuración de la sociedad internacional y la conformación política interna de buena parte de los Estados, están llamadas, al menos teóricamente, a contraponerse. En este supuesto, de una parte, las que imponen el respeto a la soberanía y la independencia política de todos los Estados y, de otra, las que consagran el respeto de los derechos humanos y la libre determinación de los pueblos(11).

Tratar la temática de la denominada *intervención democrática* implica tratar los términos del dilema y establecer los posicionamientos correspondientes respecto de las exigencias jurídicas derivadas de unos y otros principios. Para ello parece conveniente considerar la práctica institucional y relacional y los argumentos en favor de uno y otro de los términos de la cuestión.

I.- CAMBIOS EN LA CONFIGURACION DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y PROMOCION DE FORMAS DEMOCRATICAS DE GOBIERNO

La problemática que abordamos no puede ser ajena a la realidad social en la que ha de desenvolverse. Es innegable que el cambio global en la configuración de las relaciones internacionales que se ha producido al final de la década de los ochenta y en la de los noventa, ha propiciado la prevalencia de aquellas posturas que se decantan por los sistemas democráticos de gobierno. Es perceptible, en este sentido, como el interés y las actuaciones dirigidas al establecimiento o promoción de formas de gobierno representativas se ha desarrollado intensamente tras el cambio que ha supuesto para la configuración global de las relaciones internacionales la desaparición de la tensión este-oeste y la aparición de la idea del denominado “nuevo orden internacional”. Ello se ha manifestado tanto a nivel universal, en el ámbito de las Naciones Unidas, cuya actuación en el caso de Haití, es el más representativo, como en ámbitos regionales, si bien, en cada uno de éstos con

(10) Resolución 46/130, de 17 de diciembre de 1991, A/RES/46/130.

(11) Von Glahn, G., *Law among Nations: An Introduction to Public International Law*, 4ª ed., McMillan and Collier-McMillan Ltd, Nueva York, Londres, 1981, p., 171.

distinta intensidad según la esfera de influencia a la que pertenecieran los Estados con anterioridad a la desaparición de la tensión este-oeste, y según que pueda identificarse algún movimiento de reacción frente a tendencias seculares de gobiernos autoritarios.

Este último caso es el que se produjo en el ámbito iberoamericano con anterioridad a los cambios producidos en la configuración global de las relaciones internacionales en la última década del siglo XX. En el ámbito interamericano se incluyó el principio democrático en la Carta de la OEA (12) y su contenido fue concretado por una resolución de los Ministros de Asuntos Exteriores(13). La promoción y defensa de los sistemas democráticos de gobierno en la región fue también afirmada a comienzos de la década de los noventa(14). Sin embargo, en el ámbito interamericano se plantea la necesidad

(12) Art. 3 c).

(13) Según ella, el sistema democrático exige “separación de poderes y control de la legalidad de los actos gubernamentales por los órganos jurisdiccionales del Estado, elecciones libres, libertad individual y justicia social, integración de los derechos humanos en la legislación de los Estados americanos y protección de éstos por medios judiciales eficaces, libertad de prensa, de la radio y de la televisión y libertad de información y de expresión”, así como “elecciones libres y periódicas en las que participe, en escrutinio secreto, la población adulta del país”. Documentos Oficiales de la OEA/ser. C/11.5 p., 4 y s.s. y Documentos Oficiales de la OEA/ser. E., XIII.I, doc. 8.

(14) Así, la Asamblea General de la OEA el 4 de junio de 1991, en su vigésimo primer periodo ordinario de sesiones aprobó el denominado “Compromiso de Santiago con la democracia y con la renovación del sistema americano”, en la que se expresa el compromiso político de defender la democracia representativa y los derechos humanos en el continente, “dentro del respeto a los principios de libre determinación y no intervención”, “de conformidad con la Carta de la Organización de Estados Americanos”. En el mismo periodo de sesiones, el 5 de junio de 1991, se aprobó igualmente una Resolución con el título “Democracia representativa”, en la que se afirma que la promoción y consolidación de la democracia representativa es uno de los propósitos fundamentales de la OEA y, dentro del respeto al principio de no intervención, se prevén una serie de actuaciones para el caso de que se produzca la interrupción de un proceso democrático o la destitución de algún gobierno de la región democráticamente elegido. Las actuaciones previstas son: “1. Instruir al Secretario General que solicite la convocatoria inmediata del Consejo Permanente en caso de que se produzcan hechos que ocasionen una interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo, en cualquiera de los Estados miembros de la Organización para, en el marco de la Carta, examinar la situación, decidir y convocar una reunión ad hoc de ministros de Relaciones Exteriores, o un periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General, todo ello dentro de un plazo de diez días. 2. La reunión ad hoc de ministros de Relaciones Exteriores o el periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General tendrán por objeto analizar colectivamente los hechos y adoptar las decisiones que se estime apropiadas, conforme a la Carta y al derecho internacional. 3. Encomendar al Consejo Permanente que elabore un conjunto de propuestas de incentivo a la preservación y fortalecimiento de los sistemas democráticos, sobre la base de la solidaridad y la cooperación internacional, e informe a la Asamblea General en su vigésimo segundo periodo ordinario de sesiones.”

de conciliar declaraciones como la 1.080 de su Asamblea General(15) y su concreción posterior, con lo dispuesto en resoluciones anteriores en especial en la resolución 78 de 21 de abril de 1972, de su Asamblea General(16).

En el ámbito europeo, la Carta de París para la Nueva Europa, adoptada por los Estados participantes en la CSCE, proclama “la democracia como único sistema de gobierno”, afirma que “el gobierno democrático reposa sobre la voluntad del pueblo, expresada a intervalos regulares por elecciones libres y leales”, “la democracia está fundada sobre el respeto de los derechos humanos y el Estado de derecho”, y que “dado su carácter representativo y pluralista, implica la responsabilidad hacia el electorado, la obligación para los poderes públicos de conformarse a la ley y el ejercicio imparcial de la justicia”(17).

En el ámbito universal cabe citar algunas Resoluciones de la AGNU. Así, la Resolución 44/22, de 16 de noviembre de 1989, en la que se “subraya que el pueblo de Kampuchea debe poder ejercer su derecho inalienable a la autodeterminación a través de elecciones libres leales y democráticas, celebradas bajo vigilancia internacional”(18). Por su parte, la Resolución 45/150, de 18 de diciembre de 1990, en la que la AGNU “declara que para determinar la voluntad del pueblo, es preciso un proceso electoral que dé a todos los ciudadanos oportunidades iguales de llegar a ser candidatos y de hacer valer sus opiniones políticas,...., según lo prevé la Constitución y la legislación nacionales”(19). La Resolución 43/13, de 26 de octubre de 1988, adoptada en relación al régimen racista de Sudáfrica señala como condiciones para el desarrollo de un proceso electoral, “a) la liberación

(15) En ella se afirma que la Organización tomará medidas si el gobierno democráticamente elegido de un Estado miembro es derrocado. OEA, AG/RES 1080 (XXI-O/91).

(16) En dicha resolución, la Asamblea General de la OEA, decide, “1. Recordar solemnemente a los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos que deben observar estrictamente los principios de no intervención y de autodeterminación de los pueblos en tanto que medio para asegurar entre ellos una coexistencia pacífica, e invitarlos a abstenerse de todo acto que, directa o indirectamente, podría constituir una violación de estos principios.

Reafirmar la obligación que tienen dichos Estados de abstenerse de aplicar medidas económicas, políticas o de cualquier otra naturaleza para ejercer una coerción sobre otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier orden.

3. Reafirmar igualmente la obligación de estos Estados de abstenerse de organizar, apoyar, promover, financiar, suscitar o tolerar actividades subversivas, terroristas o armadas contra otro Estado y de intervenir en una guerra civil de otro Estado o en sus luchas internas”.

(17) Primer principio, «Derechos humanos, democracia y Estado de derecho», su texto puede consultarse en RGDIP, 1991, p., 294 y s.s.

(18) A/RES/44/22.

(19) A/RES/45/150, cit..

inmediata e incondicional de todos los prisioneros y detenidos políticos; b) el levantamiento de la prohibición respecto de todas las organizaciones políticas; c) el levantamiento del estado de emergencia; d) la retirada de las tropas del régimen de los poblamientos negros; e) la concesión de amnistía a todos los exiliados políticos”(20).

Puede afirmarse que se ha entrado así en un camino de generalización del modelo liberal de la democracia(21), que lleva a plantearse si nos encontramos ante el inicio también de una práctica generadora de normas jurídicas. Se ha señalado así la posibilidad de que se encuentre en formación una nueva norma general según la cual “el régimen democrático es el único en el que el dominio y la capacidad de dictar normas que deben ser obedecidas es aceptado y reconocido”(22). Se plantea, por su parte, en relación al contenido de los principios y normas jurídicas, si puede entenderse cristalizado el contenido del principio de autodeterminación de los pueblos en sus connotaciones democráticas.

II.- DEMOCRACIA Y DERECHO INTERNACIONAL

1.- LAS POSIBILIDADES PLANTEADAS.

Puede comprobarse empíricamente la existencia de una correlación entre sistemas democráticos de gobierno y respeto a los derechos humanos, y al revés, es decir, entre violaciones sistemáticas de estos últimos y existencia de gobiernos no representativos(23). Sin que ello suponga pronunciarnos en este momento sobre la cuestión de fondo, el ordenamiento internacional tampoco es del todo ajeno a esta premisa. De este modo, como ha señalado J. Roldan Barbero, “el orden internacional no se desentiende, como antaño, sino que participa, progresivamente, del fundamento del poder, de la

(20) A/RES/43/13.

(21) En este sentido, Salmon, J., *Droit des gens*, 12ª. ed., PUB, Bruselas, 1991, add., p., 1-3.

(22) Véase, Laghmani, S., «Vers une légitimité démocratique?», en Ben Achour, R. et Laghmani, S., (ed.), *Les nouveaux aspects du droit international*, Pedone, Paris, 1994, p., 250 y 251.

(23) Como ha puesto de manifiesto V. Abellan Honrubia, los derechos humanos necesitan y configuran, al mismo tiempo, una sociedad democrática, y como ha dicho P. Nikken, “el hombre no puede ser libre sino en un Estado libre, de tal modo que la primera condición para que los derechos humanos puedan ser una realidad jurídica es la existencia de un Estado de Derecho fundamentado en la autodeterminación del pueblo y la supremacía de la ley”. Por su parte, K. Vasak ha puesto de manifiesto como los derechos humanos se

racionalización del Estado”(24), e incluso, como indicara el que fuera Secretario General de las Naciones Unidas puede señalarse una correspondencia “entre las prácticas democráticas y la instauración de una paz y una seguridad verdaderas en un orden político nuevo y estable”(25).

Sin embargo, de lo anterior no puede deducirse la existencia de una regla de Derecho Internacional que permita el empleo de medios coactivos por los Estados, de forma unilateral, para sustituir por otro al gobierno de un tercer Estado si este último no es un gobierno democrático o, incluso, no respeta los derechos humanos.

Se ha señalado, a este respecto, en primer lugar, que la relación entre sistemas democráticos de gobierno y protección de los derechos humanos no significa que entre ellos exista necesariamente identidad ni coincidencia(26). Pero, en particular, que la regla jurídica que puede afirmarse con claridad es exactamente la contraria(27). Es decir, la libertad de cada Estado para elegir soberanamente su sistema político y su forma de gobierno, sin que ningún otro tenga el derecho a influir o intervenir sobre ella(28) ni siquiera sobre pretexto de la violación de los derechos humanos(29). Esta

desarrollan en un sistema democrático, del que constituyen la base necesaria”. Véanse, Abellan Honrubia, V., «La protección internacional de los derechos humanos: métodos internacionales y garantías internas», en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Homenaje a D. Antonio Truyol Serra*, p., 29-58; Nikken, P., *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo.*, IIDH, Cívitas, Madrid, 1987, p., 61; Vasak, K., «La paix et les droits de l’homme: vers un droit de l’homme à la paix», en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 1998, vol. II, p., 589.

(24) Roldán Barbero, J., *Op. cit.*, p., 138.

(25) Agenda para la Paz, informe presentado por el Secretario General en aplicación de la declaración adoptada por la reunión en la cumbre del CS el 31 de enero de 1992, Naciones Unidas, Nueva York, Doc. A/47/277-S/24111. Por su parte, K. Vasak ha puesto de manifiesto que la ausencia de preocupación de las Naciones Unidas por la democracia durante toda la guerra fría fue la principal consecuencia de las reticencias del bloque soviético ante los derechos humanos. *Loc. cit.*, p., 589.

(26) Véase, Valticos, N., «La démocratie et les droits de l’homme», *AE*, 1987, p., 54.

(27) A título únicamente ilustrativo, el Derecho Internacional sí reconoce la competencia del gobierno establecido de defenderse por la fuerza frente a quienes tratan de derribarlo por la fuerza. En este sentido, Pinto, R., «Les règles de Droit international concernant la guerre civile», *RCADI*, 1965-I, p., 466.

(28) En este sentido, el TIJ ha afirmado que “no podría concebir la creación de una regla nueva que diese derecho a una intervención de un Estado contra otro porque éste hubiese optado por una ideología o un sistema político particular”. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats Unis d’Amérique)*, fond, arrêt, 27 juin 1986, *CIJ Recueil*, 1986, párr. 263, p., 133.

(29) En este sentido, el TIJ ha afirmado, en relación a la pretensión de los Estados Unidos de justificar sus medidas de intervención armada en Nicaragua sobre la base de la salvaguardia de los derechos humanos, que “si los Estados Unidos pueden ciertamente mantener su propia apreciación sobre la situación de los derechos del hombre en Nicaragua, el

conclusión no sólo no se desnaturaliza, sino que se refuerza con los pronunciamientos de la AGNU, de los que pueden extraerse argumentos para afirmar que esta regla se extiende no sólo a la actuación de los Estados, sino también a la de la propia Organización(30).

Al fin y al cabo, la Carta de las Naciones Unidas no se pronuncia, sobre la legitimidad de una determinada forma de gobierno, salvo lo que se refiere a las ideologías vencidas en la segunda guerra mundial(31). De esta manera, resulta imposible una definición de lo que se entendiera por «democracia» u «otras formas de gobierno representativas». Aunque alguna doctrina ha sostenido que la estructura institucional del Estado ha dejado de pertenecer en exclusiva a su jurisdicción interna(32), la opción por una determinada forma de gobierno es una cuestión de la competencia interna de cada Estado(33).

No obstante, es preciso tomar en consideración que la existencia de un gobierno no democrático, o constituido por la fuerza, en un Estado, y su

empleo de la fuerza no podría ser el método apropiado para verificar y asegurar el respeto de estos derechos. En cuanto a las medidas que de hecho se han tomado, la protección de los derechos del hombre, visto su carácter estrictamente humanitario, no es de ninguna manera compatible con el minado de puertos, la destrucción de instalaciones petroleras, o incluso el entrenamiento, el armamento y equipamiento de los contras. El Tribunal concluye que el argumento basado en la salvaguardia de los derechos del hombre no puede justificar jurídicamente la conducta de los Estados Unidos. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, 27 juin 1986, CIJ Recueil 1986, párr., 268, p., 134.

(30) En este sentido, la AGNU ha señalado que “los esfuerzos hechos por la comunidad internacional para reforzar la eficacia del principio de elecciones libres y honestas no deben perjudicar el derecho soberano que tiene cada Estado para elegir y poner en práctica libremente, conforme a la voluntad de su pueblo, sus sistemas político, social, económico y cultural, correspondan éstos o no a las preferencias de otros Estados”. Véase, Resolución 46/137, de 17 de diciembre de 1991, A/RES/46/137.

(31) Torres Bernardez, S., «Perspectivas en la contribución de las Naciones Unidas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: comentarios y observaciones sobre la Declaración de los miembros del Consejo de Seguridad de 31 de enero de 1992», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p., 737.

(32) Véase, Shelton, D., «Representative Democracy and Human Rights in the Western Hemisphere», H.R.L.J., 1991-10, p., 359.

(33) En contra podrían citarse algunos ejemplos, como los que proporciona la actuación de las Naciones Unidas respecto a Sudáfrica. Así, la Resolución 930 (1994) del CS de 27 de junio de 1994 (S/RES/930(1994)), muestra su satisfacción por la consecución de una Sudáfrica unida, no racial y democrática. Sin embargo, esta afirmación del CS, como en general la acción de las Naciones Unidas respecto a Sudáfrica hay que entenderla como incardinada en el proceso de eliminación de los regímenes racistas, consecuencia de lo cual fue la elección de un gobierno elegido democráticamente, pero la acción de las Naciones Unidas no puede entenderse directamente dirigida a la instauración de este último.

actuación, sean calificados como una amenaza a la paz o un quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales. Una calificación de esta naturaleza, ya apuntada por el Secretario General en su *Agenda para la Paz*, supone una ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y una ampliación de sus funciones por el CS. Pero supone también que la Organización puede actuar lícitamente en la situación así calificada y, a su vez, los Estados, en cuanto su actuación se enmarque dentro del mandato conferido por el CS. Teniendo en cuenta que la utilización del Capítulo VII de la Carta ha supuesto, hasta la fecha, actuaciones meramente autorizatorias a los Estados para que empleen “todos los medios necesarios”, la actuación de los Estados encontraría, así, una cobertura formal, pero, de hecho, sería discrecional, puesto que no se encuentra bajo el control del CS.

Es, no obstante, por esta vía de la ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales por la que, al menos formalmente, puede señalarse, con relativa fiabilidad, un procedimiento lícito para utilizar “todos los medios necesarios” para deponer a un gobierno dictatorial y sustituirlo por otro democrático, o reponer en el poder a un gobierno democrático derrocado por la fuerza.

2.- DEMOCRACIA Y LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS.

A) No intervención y libre determinación de los pueblos.

Sobre las cuestiones que suscita la relación entre la instauración o reposición de formas democráticas de gobierno y los principios de soberanía e independencia política planean las consecuencias del principio de libre determinación de los pueblos, que, en su dimensión interna lleva precisamente a afirmar el derecho de cada pueblo a elegir su sistema político, social, económico o cultural(34).

(34) Proclamado el principio de autodeterminación de los pueblos, sin embargo, el distinto alcance y contenido con el que se entendió por los Estados, suscitó posturas contrapuestas en cuanto, primero a su propio reconocimiento como principio jurídicamente vinculante y, después, en cuanto a los modos y condiciones de su ejercicio. Su enunciación en los arts. 1-2 y 55 de la Carta de las Naciones Unidas se entendió como un principio sin valor jurídico por aquellos Estados que en el momento de entrar en vigor la Carta contaban

En el Derecho Internacional contemporáneo puede llegar a ser legítimo el uso de la fuerza, en ejercicio del derecho de libre determinación, por aquellos pueblos sometidos a dominación colonial, así como contra los regímenes racistas⁽³⁵⁾. La finalidad sobre la que se justifica la licitud del uso de la fuerza en estos casos viene dada por su configuración como un medio -extremo o de *ultima ratio*, pero medio al fin- utilizable para garantizar que cada pueblo pueda elegir libremente su sistema de organización política, su forma de gobierno y su modelo de desarrollo económico, social y cultural, sin injerencias extranjeras. Sólo la admisión de la licitud de la lucha armada contra los regímenes racistas escapa a esta finalidad aunque se encuentra emparentada con ella en cuanto los regímenes racistas no venían a ser sino un sustituto de regímenes coloniales anteriores. De este modo, el principio de autodeterminación de los pueblos y el uso de la fuerza como medio para llegar a hacer efectivo su ejercicio apuntalan las consecuencias derivadas del de no intervención, puesto que la intervención, incluso con empleo de la fuerza, se configura como una excepción a

con posesiones coloniales, en tanto que los países afroasiáticos y socialistas lo entendieron como un principio dotado de valor jurídico. La AGNU, cuya posición puede considerarse refrendada por los pronunciamientos del T.I.J, optó por esta última interpretación, lo que plasma en la adopción de varias resoluciones entre las que es preciso destacar la Resolución 1.514 (XV) de 14 de diciembre de 1960, que contiene la "Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales". A ésta le iban a seguir otras reconociendo el valor jurídico del principio junto con la legitimidad de la lucha de los pueblos sometidos a colonización, o en las que el reconocimiento del derecho y la legitimidad del uso de la fuerza por los pueblos sometidos a colonización para liberarse de ella se hace de forma indistinta. Cabe mencionar, junto a ellas, la redacción dada al art. 1-4 del Protocolo I de 11 de diciembre de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los Conflictos armados internacionales. Según su tenor, "las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas". Véase, respecto de los pronunciamientos del TIJ, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) notwithstanding la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, 21 juin 1971*, CIJ Recueil 1971, par. 53, p., 16; *Sahara Occidental, avis consultatif, 16 octobre 1975* CIJ Recueil 1975, par. 72, p., 37. Respecto de las Resoluciones de la AGNU, véanse, Resolución 1514(XV), de 14 de diciembre de 1960, A/RES/1514(XV); Resolución 2105(XX), A/RES/2105(XX); Resolución 2160(XXI), A/RES/2160(XXI); Resolución 3314(XXIX), A/RES/3314(XXIX). Véase también, Jimenez de Arechaga, E., «International Law in the Past Century», R.C.A.D.I., 1978-I, p., 100 y s.s..

(35) En este sentido, sirven de apoyo a esta afirmación, las Resoluciones de la AGNU, pronunciamiento del TIJ y texto convencional citados en la nota número 34. Asimismo, las resoluciones citadas en la nota nº. 33 ut supra.

la regla general que la prohíbe, en cuanto se justifique en la necesidad de hacer efectivo el principio de libre determinación de los pueblos y su consecuencia de libre elección de su sistema de organización política, su forma de gobierno y su modelo de desarrollo económico, social y cultural. Ejercido este derecho, el ordenamiento internacional reconoce igual licitud a toda forma de gobierno libremente elegida por cada pueblo. Por tanto, ejercido el derecho de libre determinación, es aplicable la regla que prohíbe la intervención en los asuntos esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados y la que prohíbe la amenaza o el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales(36).

Aunque ha experimentado su aplicación más visible y pristina en el marco del proceso de descolonización y frente a los sistemas racistas, el principio de descolonización y el de autodeterminación de los pueblos no coinciden exactamente(37). En este sentido, el derecho a la autodeterminación de los pueblos no puede concebirse sólo como un derecho ejercido de una vez y para siempre, sin ninguna influencia en las formas y prácticas de gobierno que se lleven a cabo posteriormente sobre el pueblo que lo ejerce(38). A su vez, entendido en una concepción más amplia, para que pueda entenderse realmente ejercido, el derecho a la libre determinación de los pueblos habría de conducir al establecimiento de un gobierno representativo de ese pueblo, elegido libremente por él(39). En este sentido, el derecho a la autodeterminación de los pueblos implica una aplicación continua que se concreta en la salvaguardia y la protección de los demás derechos humanos y, esto último, sólo puede garantizarse por un gobierno que responda a la voluntad del pueblo(40). Tal modo de entender y concebir el principio de autodeterminación de los pueblos parece evidente en el caso de los regímenes racistas(41). Queda por resolver, sin embargo, su perti-

(36) Véase, Roldán Barero, J., *Op. cit.*, p., 162.

(37) En este sentido, Virally, M., *L'Organisation mondiale*, Armand Colin, Paris, 1972, p., 308.

(38) Véase, Marie, J.B., «Relations between Peoples Rights and Human Rights: Semantic and Methodological Distinctions», *Human Rights Law Journal*, nº 7, 1986, p., 203.

(39) El derecho a la autodeterminación de los pueblos en sus connotaciones democráticas ha sido descrito por J. Roldán Barbero, entendiéndolo que “el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos se configura como un principio de tracto sucesivo, como un proceso continuo, permanente de autogobierno que infunde legitimidad popular a la regla de la soberanía del Estado”. *Op. cit.*, p., 164. Véase, asimismo, Chaumont, Ch., «Cours général de droit international public», *RCADI*, vol. 129, 1970-I, p., 396 y 397.

(40) Véase Crawford, J., «Democracy and International Law», *British Yearbook of International Law*, LXIV, 1993, p., 116.

(41) El CS declaró que el mantenimiento de una política de segregación racial constituía una amenaza para la paz en los Casos de Sudáfrica -Resolución 282 (1970),

nencia en el caso de gobiernos dictatoriales o instituidos al margen de la legitimidad democrática. En este caso cabe preguntarse si el Estado y, en su nombre, las autoridades que le representan, no está impidiendo al pueblo ejercer su derecho a la libre determinación y, en consecuencia, es posible tomar medidas o realizar acciones tendentes a permitir al pueblo ejercer tal derecho, sin que ello deba considerarse una intromisión ilegítima en los asuntos internos del Estado(42).

La respuesta que se dé a la cuestión anterior ha de tener en cuenta, necesariamente, las exigencias derivadas de los principios de independencia y soberanía del Estado(43), así como de los que sirven a garantizar jurídicamente a estos últimos, como son el de no intervención, prohibición de la amenaza o el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales y el mismo principio de autodeterminación de los pueblos. También, la evolución habida en la configuración global de las relaciones internacionales(44) y las evoluciones recientes producidas en el marco, no ya de la actuación unilateral de algunos Estados, sino de la Organización de las Naciones Unidas.

S/RES/282(1970)- y de Rhodesia del Sur -Resolución 217 (1965), S/RES/217(1965)-adoptando sanciones contra ambos regímenes racistas - Resoluciones 181 (1963), S/RES/181(1963), 282 (1970), S/RES/282(1970), 418 (1977), S/RES/418(1970) 558 (1984), S/RES/558(1984), 581 (1986), S/RES/581(1986) en el caso de sudafrica, y 323 (1966), S/RES/323(1966) y 253 (1968), S/RES/253(1968) en el caso de Rhodesia del Sur.

(42) A este respecto, J. Roldán Barbero ha escrito que “el Derecho Internacional de nuestros días no delimita con precisión sus principios estructurales y que el de autodeterminación es todavía objeto de un tratamiento ambiguo y polisémico, en convivencia siempre con el principio de no intervención en los asuntos internos”. Op. cit., p., 166.

(43) En su concepción más pristina, la igualdad soberana de los Estados lo es con independencia de la forma de gobierno del Estado, que cada uno de ellos es libre de escoger en base al derecho de autodeterminación de los pueblos, lo que es además, manifestación de su independencia política. La presencia de estas ideas puede considerarse como clásica en el Derecho Internacional. Al respecto, véase, la sentencia del TPJI en el asunto del Lotus, Rec. CPJI, série A, nº 10, 1927, p., 19; la sentencia arbitral en el asunto de la Isla de Palmas, de 4 de abril de 1948 (CPA), RSA, vol. II, p., 838; asimismo, Chamount, Ch., «Recherche du contenu irréductible du concept de la souveraineté internationale de l'Etat», en Mélanges, J. Basdevant, Pedone, Paris, 1960, p., 150; Herrero de la Fuente, A., «La defensa de la democracia en América y el Derecho Internacional», en Los derechos humanos en América. Una perspectiva de cinco siglos, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1994, p., 367.

(44) Como ha dicho A.J. Rodríguez Carrión, “la independencia política no es un concepto jurídico claramente exployado en la Carta, sino un principio político del orden internacional. Consecuentemente, la concreción de su contenido vendrá determinada por la concepción global, por la realidad total, de dicho orden internacional; esto indica que ha de entenderse como un principio mutable, contingente, sin delimitación propia a no ser en espacios temporales concretos” El empleo de la fuerza por los Estados, Organización Sindical, Málaga, 1974 p., 172.

La práctica del CS mostrará como en los supuestos planteados se trata de situaciones en las que las Naciones Unidas se encuentran ante acciones de nuevas características sustentadas en una ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, según el cual “la paz está constituida, junto al silencio de las armas, por el derecho de los hombres al desarrollo y a la democracia”(45).

La consideración anterior puede basar una interpretación según la cual las resoluciones del CS, en los casos en los que se ha producido una situación de este tipo, “constituyen el primer precedente en el que el conjunto de los Estados parece admitir que un golpe de Estado es contrario al Derecho Internacional, y más particularmente a los derechos de la persona”, desarrollándose así “una interpretación nueva de la declaración universal de los derechos del hombre, en virtud de la cual la ‘voluntad del pueblo’ en tanto que base de la autoridad pública adquiere una importancia fundamental y prohíbe poner en entredicho elecciones libre y válidamente efectuadas”(46).

B) Ampliación del derecho de autodeterminación de los pueblos y forma democrática de gobierno.

Si se entiende que el principio de libre determinación de los pueblos, en su vertiente interna, únicamente se concreta en el derecho a elegir libremente el modelo de desarrollo político, económico, social y cultural, como señaló L. Conderelli, se encuentra desequilibrado en favor de las pretensiones de los Estados y en perjuicio de las de los pueblos(47). En cambio, una apreciación de esta misma vertiente del derecho, puesta de manifiesto por H. Thierry permite sostener la transformación del principio de autodeterminación de los pueblos desde la perspectiva de la descolonización hasta una evolución reciente en la que, el principio se encuentra camino de ser considerado como el de los pueblos a decidir el régimen político en el interior del Estado. De esta forma, el principio se encuentra en el camino de convertirse en un derecho a la democracia(48).

(45) Daudet, Y., «L'ONU et l'OEA en Haïti et le Droit international», AFDI, 1992, p., 110 y 111.

(46) Corten, O. y Klein, P., *Droit d'ingérence ou obligation de réaction? Les possibilités d'action visant à assurer le respect des droits de la personne face au principe de non intervention*, Bruylant, Université de Bruxelles, Bruselas, 1992. p., 104.

(47) Véase, Conderelli, L., «Le Droit international face à l'autodétermination du Sahara Occidental», La CI, 1978, p., 404.

Camino emprendido por la vía de la vinculación del derecho a la autodeterminación de los pueblos con la salvaguardia de los demás derechos humanos(49). Esta interpretación, aún cuando puede calificarse de extensiva, lleva a considerar que un gobierno autoritario impide al pueblo ejercer este derecho y, en consecuencia, cabe preguntarse si es posible la adopción de determinadas medidas, bien por otros Estados, bien por las Naciones Unidas de forma institucionalizada, en orden a conseguir que el pueblo pueda ejercer su derecho de libre determinación, entendido con esta extensión, es decir, mediante la elección de un gobierno representativo.

Esta idea parecía guiar a W.M. Reisman cuando realizó una construcción del art. 2,4 de la Carta de las Naciones Unidas según la cual serían posibles intervenciones armadas contra aquellos regímenes tiránicos que no respondiesen a la voluntad del pueblo. Según esta construcción, sería el espíritu de la Carta y no la redacción de una disposición particular la que habría de presidir la configuración del art. 2.4. La libre determinación de los pueblos sería, en su opinión, una de las políticas básicas de la Organización, conforme a la cual habría de valorarse, en este supuesto, la intervención armada tendente a asegurar el derecho de los pueblos a decidir su propio destino político. Intervención ésta que merecería muy diferente calificación jurídica que aquella que pretendiera justamente lo contrario(50).

En contra, sin embargo, O. Schachter puso de manifiesto como el principio de autodeterminación de los pueblos no prevalece *a priori* sobre el de no intervención y, que construcciones como la sustentada por W.M. Reisman no suponen sino debilitar la norma que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales(51). En análogo sentido se pronunciaba el Juez Schwebel en su opinión disidente en la sentencia del asunto de las *actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*(52). El propio Tribunal en el mismo asunto negaba que la petición de un grupo opositor pudiera justificar un derecho a la intervención por ter-

(48) Thierry, H., «L'évolution du Droit international. Cours général de Droit international public», RCADI, 1990-3, P., 160.

(49) Véase, Escudero Espinosa, J.F., «¿Hacia una intervención armada en favor de la democracia?. El precedente de Haití», Anuario de Derecho Internacional, 1996, p., 344.

(50) Véase, Reisman, W.M., «Coercion and self-determination: construing article 2 (4)», A.J.I.L., 1984, p. 642 y s.s..

(51) Schachter, O., «The legality of pro-democratic invasion», AJIL, 1984, p., 645 y s.s.; «The right of States to use armed force», Mich.L.R., 1984, p., 1.620 y s.s.

(52) En su opinión, "en el Derecho internacional contemporáneo, el derecho a la autodeterminación, a la libertad y a la independencia de los pueblos está universalmente

ceros Estados. El TIJ afirmaba a este respecto que “es difícil ver que quedaría del principio de no intervención en derecho internacional, si la intervención, que puede ser justificada por la petición de un gobierno, debería ser admitida a petición de la oposición. Cualquier Estado podría intervenir en cualquier momento en los asuntos internos de otro Estado, a petición del gobierno o la oposición. Tal situación no corresponde, según el punto de vista del Tribunal, al estado actual del Derecho Internacional”(53).

En un sentido más matizado que W.M. Reisman, A. d’Amato se ha referido también al empleo de la fuerza para sustituir a gobiernos tiránicos, con independencia de la orientación política de dichos gobiernos, si en su ejercicio del poder se han corrompido de tal manera -en el sentido aristotélico del término- que vulneran los más elementales derechos de su pueblo. En este caso, la intervención estaría, “no sólo legalmente justificada”, sino que sería “moralmente requerida”(54). La intervención no se vincula así directamente a la imposición o restauración de una forma de gobierno democrática y representativa, sino a la salvaguardia de los derechos humanos fundamentales. En estos supuestos, A. d’Amato es partidario de que la intervención se realice de forma colectiva por varios Estados, o de forma institucionalizada por las Naciones Unidas o por acuerdos regionales. Pero, ante la falta de eficacia que el sistema previsto en la Carta de las Naciones Unidas ha mostrado en la práctica, estaría justificada, en su opinión, la intervención unilateral de un Estado con decisión y recursos(55).

Al menos dos matizaciones pueden hacerse, sin embargo, en este momento respecto de las afirmaciones anteriores. En primer lugar que, en sí misma, la legitimidad de la intervención habría de valorarse tomando como parámetros los que sirven a enjuiciar la legitimidad o ilegitimidad de

reconocido; el derecho de los pueblos a luchar para conseguir estos fines es universalmente aceptado; pero lo que no está universalmente reconocido y lo que no es universalmente aceptado, es el derecho de los pueblos a obtener una asistencia o un apoyo del exterior bajo forma de intervención. Dicho de otra forma, un movimiento o un Estado extranjero puede prestar una asistencia moral, política y humanitaria a un pueblo que lucha por la autodeterminación pero un movimiento o un pueblo extranjero no puede intervenir en esta lucha recurriendo a la fuerza, ni proporcionando armas, aprovisionamientos o cualquier otro apoyo logístico en el cuadro de la rebelión armada. Es así -continúa diciendo- se haya proclamado o no que la lucha se inscribía en el proceso de descolonización o estaba dirigida contra la dominación colonial”. *Activités militaires...*, cit., opinión disidente del Juez Schwebel, p., 351.

(53) *Activités militaires...*, cit., par. 246, p., 116.

(54) d’Amato, A., «The invasion of Panama was a Lawful Response to Tyranny», *AJIL*, 1990, p., 519.

(55) *Ibídem*, p., 519.

la intervención dirigida a salvaguardar los derechos humanos *fundamentales* y poner fin a las violaciones graves, masivas y sistemáticas de los mismos(56), y no referir el juicio a una intervención destinada, al menos exclusivamente, a instaurar o reponer el poder a un gobierno democrático.

En segundo lugar, sin perjuicio de las objeciones ya señaladas más atrás sobre este tipo de intervenciones, en la medida en la que se hace referencia antes a la preocupación por la salvaguardia de los derechos humanos fundamentales que a la instauración de una forma de gobierno determinada, que se considera, en cambio, más adecuada a la protección de dichos derechos, es conveniente introducir una matización en el razonamiento. Si bien la protección de los derechos fundamentales de la persona se asegura más fácilmente en el marco de sistemas de gobierno

(56) Respecto de la intervención de humanidad, véanse, BEHUNIAK, E., «The Law of Humanitarian Intervention by Armed Force», MLR, 1978, p., 158 y s.s.; BERMEJO GARCIA, R., El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza; ambigüedades y límites, Cívitas, Universidad de Navarra, 1993, especialmente p. 390 y s.s.; BEYERLING, U., «Humanitarian Intervention», en Encyclopedia of Public International Law, ed. por Bernhart, Instalment, 3, 1982, p., 211 y s.s.; BOWET, D.W., «The Use of Force for the Protection of Nationals Abroad», en CASSESSE, A., (ed.), The Current legal Regulation of the Use of Force, Dordrecht, 1986, p., 39 y s.s.; DE VISCHER, Ch., «L'IDI et le principe de non-intervention dans les guerres civiles (1900-1975)», en Mélanges Fernand Dehousse, Nathan-Labor, París-Bruselas, 1979, vol. I., p., 39 y s.s.; DIAZ BARRADO, C.M., «La pretensión de justificar el uso de la fuerza en «consideraciones humanitarias». Análisis de la práctica internacional contemporánea», REDI, 1988, p., 41 y s.s.; DOMINICE, Ch., «La contrainte entre Etats à l'appui des droits de l'homme», Homenaje al Prof. M. Diez de Velasco, Tecnos, Madrid, 1993, p., 251 y s.s.; FRANK, M. y RODLEY, N.S., «After Bangladesh: the Law of Humanitarian Intervention by Military Force», AJIL, 1973, p., 277 y s.s.; FONTEYNE, J.P.L., «The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention: its Current Validity under UN Charter», CWILJ, 1974, p., 203 y s.s.; GREEN, L.C., «Rescue at Entebbe-Legal Aspects», IYHR, 1976, p., 305 y s.s.; JIMENEZ PIERNAS, C., «El particular ante el Derecho de la responsabilidad internacional: los problemas previos del «standard» mínimo y la protección diplomática», en Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, 1987, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, p., 67 y s.s.; JOYNER, C.C., «The U.S. Action in Grenada, Reflections on the Lawfulness of Invasion», AJIL, 1984, p., 129 y s.s.; LILICH, R.B., «Forcible Self-help by States to Protect Human Rights», ILR, 1967, p., 315 y s.s.; PEREZ VERA, E., «La protection d'humanité en droit international», RBDI, 1969, p., 401 y s.s.; POTTER, P.B., «L'intervention en droit international moderne», RCADI, vol. 32, 1930, especialmente p., 623 y s.s.; ROUGIER, A., «La théorie de l'intervention d'humanité», RGDIP, 1910, p., 468 y s.s.; SCHWEISFURTH, T., «Operation to Rescue Nationals in the third States Involving the Use of Force in Relation to Protection of Human Rights», GYIL, 1980, p., 159 y s.s.; STOWELL, E.C., «La théorie et la pratique de l'intervention», RCADI, vol. 40, 1932, especialmente p., 144 y s.s.; VERWEY, W.D., «Humanitarian Intervention under International Law», NILR, 1985, p., 357 y s.s.; «Humanitarian Intervention», en CASSESSE, A., (ed.), The Current Legal Regulation of the Use of Force, cit., 1986, p., 57 y s.s.;

democráticos que autoritarios, el concepto de democracia que se maneja no pasa de ser formal. Sin embargo, la protección efectiva de los derechos humanos requiere la existencia de unas condiciones políticas, sociales y económicas que permitan dar efectividad a los mecanismos jurídicos precisos para asegurar su respeto(57). Esto último conduce, antes que a intervenciones armadas o métodos coactivos, a la adopción de medidas, tanto institucionalizadas, como por los Estados considerados individualmente o de forma coordinada, en orden a fomentar el desarrollo político, social y cultural de aquellos pueblos y sociedades en los que el sentimiento democrático y la conciencia por la salvaguardia de los derechos humanos no se encuentran suficientemente desarrollados. Este comportamiento es más susceptible de manifestarse como expresión del principio de cooperación que de ningún otro principio estructural del Derecho Internacional.

3.- CAPACIDAD DE REACCIÓN ANTE GOBIERNOS ILEGÍTIMOS.

Como ha señalado S. Torres Bernardez, sería violentar la Carta, interpretarla en el sentido de que entre sus propósitos se encuentra la promoción de la democracia como forma de gobierno, o la de cualquier otra forma de gobierno determinada(58). Estaríamos ante una forma de injerencia contraria al Derecho Internacional sobre la organización política interna de un Estado si se llevase a cabo cualquier actuación, ya por los Estados de forma descentralizada, ya por la Organización mediante procedimientos institucionalizados, con la finalidad directa de producir un cambio de gobierno si este último no se ajusta a los moldes de la democracia representativa, o para reponer en él a otro que sí se ajuste a esos moldes(59).

Como consecuencia, la adopción y aplicación de medidas coercitivas y el empleo de la fuerza armada contra un Estado con un gobierno ilegítimo precisa que la actuación, o la misma existencia, de ese gobierno se califique como amenaza a la paz o quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales por el CS conforme al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y que el CS, al menos, autorice la adop-

(57) Véase, MULLER, J.P., «Fundamental Rights in Democracy», HRLJ, 1983-2, p., 144.

(58) En este sentido, TORRES BERNARDEZ, S., loc. cit., p., 737.

(59) En este sentido, NANDA, V.P., «The Validity of United States Intervention in Panama under International Law», AJIL, 1990, p., 498.

ción de medidas coercitivas o el empleo de la fuerza armada para poner fin a la situación.

La adopción y aplicación de contramedidas no armadas por terceros Estados tampoco podrá fundarse en la forma de gobierno o el carácter no democrático del gobierno del Estado contra el que se dirigen. Será posible fundar en esta circunstancia la adopción de medidas de retorsión. En cambio, las medidas de represalia adoptadas y aplicadas por terceros Estados habrán de fundarse en la violación de alguna obligación internacional por aquel Estado y, tratándose de la reacción de terceros Estados, de la violación de una obligación *erga omnes*. La existencia de una determinada forma de gobierno no constituye la violación de una obligación internacional. Derrocar un gobierno legítimo por la fuerza y ocupar de ese modo el poder puede convertir, y es deseable que lo haga, al Estado que lo padece en un “indeseable internacional” y de ahí, no ya la licitud, sino la oportunidad de adoptar y aplicar retorsiones. Pero la licitud de la adopción y aplicación de medidas, en principio ilícitas, como son las represalias, requiere la violación previa de una obligación internacional y, tratándose de la licitud de la reacción de cualquier Estado, la violación de una obligación *erga omnes*. En este caso se precisa poner en relación el carácter no democrático del gobierno con las violaciones de los derechos humanos que pueda cometer. Serán estas últimas, en cuanto constituyen la violación de obligaciones *erga omnes*, las que sirvan de fundamento a la adopción de represalias por terceros Estados.

III.- LA PRÁCTICA RELACIONAL

1.- LA INTERVENCIÓN EN GRANADA.

Se trató, en este caso, de una acción llevada a cabo por los Estados Unidos de forma descentralizada, que contó con el concurso de un pequeño número de efectivos pertenecientes a las fuerzas armadas de otros Estados del Caribe. Su calificación como acción institucional habría de serlo a través de integrar la actuación de los Estados Unidos en la petición de ayuda realizada por los miembros de la Organización de Estados del Caribe Oriental, poniendo así por acto una reacción institucional decidida a nivel subregional. No obstante, la utilización de la fuerza armada, aún decidida de forma institucionalizada a este nivel, no era conforme ni con la Carta constitutiva de dicha organización ni con lo dispuesto en el Capí-

tulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas para la actuación de los organismos regionales(60).

El argumento de la defensa de un sistema de gobierno basado en criterios representativos inspiró la justificación dada por los Estados Unidos. Junto al argumento basado en la protección de los ciudadanos norteamericanos en la isla, se mencionó también la necesidad de restablecer el orden e impedir el establecimiento de un gobierno tiránico(61). La Representante de los Estados Unidos en las Naciones Unidas apeló entonces a una “justificación amplia” del uso de la fuerza cuando se trata de hacer realidad “otros valores también insertos en la Carta -libertad, democracia, paz-”(62). Este argumento fue rechazado por la propia doctrina norteamericana(63), aunque puede citarse en su apoyo la construcción de W.M. Reisman (64).

2.- RUMANÍA.

Durante los acontecimientos ocurridos a finales de 1989, algunos Estados occidentales -primero Francia a cuya petición se sumó posteriormente Estados Unidos- pidieron una intervención de la Unión Soviética para poner fin a tales acontecimientos y ayudar a los rebeldes y al ejército a terminar con el gobierno de Nicolae Ceacescu y someter a las fuerzas de seguridad que le apoyaban. Aunque la petición se hizo en base a consideraciones humanitarias, lo cierto es que, al menos, junto al deseo de terminar con el sufrimiento del pueblo rumano, se pretendía también terminar con un régimen dictatorial y su sustitución por otro que se presumía habría de ser más respetuoso con los derechos humanos. Además de lo dudoso de la aplicación a este caso, estricta y única-

(60) Respecto de la decisión institucionalizada de utilizar la fuerza en este caso y sobre la competencia de la Organización de Estados del Caribe Oriental para hacerlo, véase, AUDEOUD, O., «L'intervention amérícano-caraïbe à la Grenade», AFDI, 1983, p., 221 a 223. Sobre las posibilidades de actuación de los organismos regionales, véase, MOMTAZ, D., «La délégation par le Conseil de Sécurité de l'exécution de ses sanctions coercitives aux organisations régionales», AFDI, 1997, p., 105-115.

(61) BERMEJO GARCIA, R., Op. cit., p., 387.

(62) D.S.Bull, nº 2.081, Decembre 1983, p., 74.

(63) Véase, JOYNER, Ch.C., «Reflections on the Lawfulness of Invasion», AJIL, 1984, p., 131 y s.s.; BOYLE, F.A., CHAYES, A., DORE, I., FALK, R., FEINRIDER, M., CLYDE FERGUSON, C., FINE, J.D., NUNES, K., WESTON, B., ««International Lawlessness in Grenada», AJIL, 1984, p., 172 y s.s.

(64) REISMAN, W.A., loc. cit., p., 642 y 643.

mente, de razones humanitarias para justificar la solicitud de intervención, lo cierto es que la petición se hizo en el marco del reparto de esferas de influencia implantado en Europa después de la segunda guerra mundial, que se consolida con la guerra fría, y que en aquel momento no podía darse por completamente desaparecido, aunque estaba claramente en trance de desaparecer. Se estaba reconociendo, de alguna manera, que correspondía a la Unión Soviética, en cuanto cabeza del bloque socialista, el mantenimiento de la estabilidad en el seno de este último y, de esta manera, se estaba vinculando la pretendida intervención por razones humanitarias y la promoción de un régimen de gobierno respetuoso con los derechos humanos con un sistema de reparto del continente en bloques y esferas de influencia, propio de una época en la que aún pervivían rescoldos de la tensión este-oeste y comportamientos propios de ella. El que, al mismo tiempo, se estuvieran desarrollando los acontecimientos de Panamá sirve también a explicar que se tratasen de reavivar de este modo esos rescoldos.

3.- LA INTERVENCIÓN EN PANAMÁ.

Simultáneamente en el tiempo a los acontecimientos de Rumanía, se produjo la invasión de Panamá por los Estados Unidos de América en la que una de las justificaciones alegadas por los responsables norteamericanos consistió en conseguir la restauración de la democracia, impedida por el gobierno dictatorial del general Noriega(65). Esta justificación encontró escasos valedores entre la doctrina(66), y sí valoraciones negativas(67), así como la condena de la AGNU (68).

Sin embargo, con ocasión de los acontecimientos de Panamá, recordando la actuación sobre Granada, doctrinalmente se intentó defender la aparición, mediante esta práctica, de una nueva norma consuetudinaria que ampararía la licitud de las intervenciones llevadas a cabo para sus-

(65) El Presidente de los Estados Unidos utilizó como uno de los objetivos de la intervención norteamericana en Panamá la restauración de la democracia. Discurso del Presidente de los Estados Unidos del 3 de enero de 1990, cit. por NANDA, V.P., loc. cit., p., 494.

(66) En este sentido, d'AMATO, A., loc. cit., p., 516 y s.s..

(67) En este sentido, NANDA, P., loc. cit., p., 494-503.

(68) Que "deploró... vivamente la intervención de las fuerzas armadas de Estados Unidos de América en Panamá, que constituye una violación flagrante del Derecho Internacional y de la independencia, de la soberanía y de la integridad de los Estados". Véase, Resolución 44/240, de 28 de diciembre de 1989, A/RES/44/240.

tituir gobiernos dictatoriales responsables de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos(69). Sin embargo, la utilización de este argumento, en cuanto procede de una actuación desarrollada, en realidad, sobre la base de la valoración unilateral de un solo Estado, o de varios de ellos inducidos por el primero, no puede darse por suficiente para dar lugar a la aparición de un derecho de intervención con la finalidad de sustituir a un gobierno dictatorial y violador de los derechos humanos *fundamentales*, por otro representativo que, se presume, sería respetuoso con los derechos humanos, ni como ejercicio de tal derecho(70).

El recurso a la instauración de formas de gobierno conformes a los principios de la democracia representativa en este caso, ha de verse, sin embargo, desde una óptica diferente, sin duda más matizada jurídicamente, que representa, a juicio de A. Tanca, la actitud norteamericana en la utilización de este tipo de argumentos. Según ella, la instauración de formas de gobierno democráticas en otro Estado no se encontraría “en la base de una regla autónoma, capaz de justificar la intervención armada; se trataría de un criterio para confirmar la validez del consentimiento de la autoridad que requiere la intervención, consentimiento que constituye el verdadero fundamento jurídico de la licitud de ésta”(71). De esta manera, se trataría de sustituir, en cuanto a la determinación de la autoridad competente para prestar dicho consentimiento, la regla de la efectividad por la de la legitimidad, de tal manera que sería válido el consentimiento prestado a la intervención por el gobierno legítimo derrocado por la fuerza o al que se impide, también por la fuerza, el acceso al poder, o bastaría con la petición de intervención efectuada por el gobierno legítimo.

No obstante, es igualmente dudoso, como poco, la aparición de esta regla. Más bien, parece que la petición de intervención o el consentimiento dado a la misma por el gobierno legítimo, pero no efectivo, pretende proporcionar una cobertura formal a las pretensiones del interventor, no siempre preocupado por la legitimidad del gobierno del Estado intervenido, sino por consideraciones menos elevadas.

(69) En este sentido, A. d'AMATO afirmó que “un desarrollo importante del Derecho consuetudinario desde 1948 fue la intervención en Granada en 1983 y la segunda es la intervención en Panamá en 1989”. loc. cit., p., 523.

(70) Para un crítica del argumento mencionado, véase, NANDA, V.P., loc. cit., p., 498 y s.s..

(71) TANCA, A., loc. cit., p., 35 y 36.

IV.- LA PRÁCTICA INSTITUCIONAL

1.- LA CUESTIÓN ESPAÑOLA.

El primer precedente de actuación, en algún modo asimilable a la denominada *intervención democrática*, que puede citarse en el ámbito de las Naciones Unidas viene constituido por la actuación de la Organización en sus primeros años de funcionamiento en relación al régimen del general Franco. Tras la declaración de 4 de marzo de 1946, hecha pública por Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos(72), el CS, nombró un subcomité encargado de estudiar la cuestión(73). Trasladado el asunto a la Asamblea General, la Resolución 39(I), de 12 de diciembre de 1946, recomendaba la exclusión de España de cualesquiera organismos de las Naciones Unidas en razón del peligro que el régimen de Franco significaba para la paz y la seguridad internacionales, así como la retirada de los embajadores y ministros plenipotenciarios de los Estados miembros acreditados ante el gobierno de Madrid. Asimismo, que el CS estudiase “las medidas adecuadas a tomar para remediar esta situación”. Aunque se trató el tema de una posible intervención armada en España, el CS no llegó a adoptar ninguna decisión al respecto.

A la consideración del peligro que para la paz y seguridad internacionales representaba el régimen del general Franco se añadió, en el tercer

(72) En ella señalaban que mientras el general Franco continúe en el gobierno, “el pueblo español no puede esperar una colaboración cordial y completa con las naciones del mundo”, que “el régimen actual ha tomado medidas de represión contra las fuerzas elegidas por el pueblo español para expresar y dar forma a sus aspiraciones políticas”, y piden “el establecimiento de un gobierno provisional o encargado de la gestión de los asuntos corrientes, bajo cuya dirección el pueblo español pueda tener la ocasión de definir el tipo de gobierno que desea darse y elegir a sus representantes”. Declaración citada en el informe del subcomité nombrado por el CS el 29 de abril de 1949 para estudiar la cuestión española. CS, año 1, 1ª. série, suplemento especial, p., 4 y 5.

(73) El informe del subcomité señalaba que no se había producido ninguna amenaza a la paz o seguridad internacionales ni ninguna ruptura de las mismas, por lo que el CS no podía adoptar las medidas previstas en el Capítulo VII de la Carta, aunque si se encontraba facultado para buscar y encontrar los medios de arreglo de la situación que fuesen necesarios. Por otra parte, señalaba, la Asamblea General era también competente para tratar este asunto, por lo que recomendaba al CS que hiciese suyos los principios enunciados por la declaración de Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos del 4 de marzo de 1946 y “transmitir a la Asamblea General la documentación, después de lo cual, a menos que el régimen de Franco haya sido abolido y que las demás condiciones de libertad política indicadas hayan sido, a juicio de la Asamblea General, plenamente cumplidas, esta última vote una resolución recomendando que cada miembro de las Naciones Unidas rompa inmediatamente relaciones diplomáticas con el régimen franquista”. Informe, cit., p., 5 y 6.

periodo de sesiones, el que se trataba de un régimen antidemocrático. La propuesta suscitó manifestaciones encontradas respecto de las posibilidades de actuación de las Naciones Unidas en relación a la legitimidad de los gobiernos de los Estados y de su respeto por los derechos humanos(74).

En la valoración de este precedente deben tenerse presentes, a nuestro juicio, dos consideraciones que determinan la actitud de las Naciones Unidas en el asunto. La primera, relacionada con la iniciación del asunto, se refiere a la actitud manifestada por el gobierno del general Franco durante la Segunda Guerra Mundial, de proximidad hacia las potencias del eje, lo que inclinaba a los vencedores a apoyar la sustitución del régimen por otro más acorde con la línea política que trataron de llevar al espíritu de la Carta. La segunda, en relación a su finalización, viene a mostrar como este tipo de asuntos vienen determinados por consideraciones no sólo jurídicas ni tan siquiera éticas, sino políticas y por la configuración global de las relaciones internacionales en un momento determinado. Si en el momento en el que se inicia el asunto aún pervivía cierta unidad de actuación entre los vencedores, cuando éste finaliza, el mundo está ya inmerso en la situación de guerra fría lo que supone que las potencias occidentales vean al régimen de Franco como un elemento útil contra el comunismo, lo que le valdrá no sólo la finalización de las actuaciones de las Naciones Unidas contra él, sino también el comienzo de cierta normalización de sus relaciones internacionales, al menos con los Estados occidentales, e incluso el ingreso en las Naciones Unidas.

(74) Así, el representante de Perú manifestó que la Asamblea General podía recomendar a un Estado el respeto de los derechos humanos pero no podía juzgar la legitimidad de un gobierno en base a ese dato (A/C. 1/SR. 258, de 5 de mayo de 1949, p., 191). Por contra, el representante de Uruguay señaló que el asunto se refería a un régimen político basado en abusos incompatibles con los principios inspiradores de la Organización, por lo que no podía alegarse un abuso de derecho o una infracción del principio de autodeterminación y no intervención por la Organización (Ibídem, p., 193). Por su parte, el representante de Colombia señaló el carácter de precedente peligroso que podría tener la adopción de la resolución por la que se condenaba a España por la violación de los derechos humanos puesto que no era el único país en el que esto ocurría y no siendo miembro de la Organización, ésta había demostrado su incapacidad para hacer respetar este principio a sus propios miembros (A/PV, 57, de 11 de diciembre de 1946). De hecho la resolución propuesta no se adoptó, imponiéndose la opinión de que la Organización debía abstenerse de pronunciarse sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en un Estado por cuanto ello podría suponer una injerencia en sus asuntos internos.

(75) DAUDET, Y., loc. cit., p., 101.

(76) S/24340, anexo IV. La acción de las Naciones Unidas se limitó, en un primer momento, al estudio de la cuestión por el Consejo de Seguridad, sin adoptar ninguna decisión, aunque su Presidente emitió una declaración en la que calificaba los acontecimientos ocurridos en Haití como "usurpación por la violencia de la autoridad democrática legítima

2.- LA CUESTIÓN DE HAITÍ.

El caso de Haití puede señalarse como el más representativo de cuantos pueden mencionarse como integrables en este supuesto. Como ha señalado Y. Daudet, “en la crisis haitiana, el restablecimiento de la democracia constituye el primer fin perseguido por la comunidad internacional(75).

El derrocamiento del Presidente Jean Bertrand Aristide, democráticamente elegido, por un golpe de Estado el 30 de septiembre de 1991, dio lugar a la adopción de medidas contra Haití por diversos Estados y a la puesta en marcha de diversas iniciativas por organizaciones internacionales en orden a procurar tanto el respeto de los derechos humanos como el restablecimiento en el poder del gobierno legítimo. La situación comenzó tratándose por la OEA, mientras que el papel de la ONU consistía únicamente en un “objetivo general de apoyar la acción de la OEA”(76), lo que ha de considerarse conforme con el art. 54 de la Carta de las Naciones Unidas, puesto que se trataba de mantener la paz y la seguridad internacionales en la región sin que ello implicase la adopción de medidas coercitivas ni el empleo de la fuerza armada(77). Entendida así su actuación por la propia OEA, era coherente también con los Propósitos de su Carta constitutiva puesto que, en estas condiciones, no vulneraba el principio de no intervención y actuaba en defensa del principio democrático(78).

del país” (Declaración del Presidente del CS de 3 de octubre de 1991), y a la adopción de algunas resoluciones por la Asamblea General. En la primera de ellas “condena enérgicamente la tentativa de sustituir ilegalmente al presidente electo de Haití como el empleo de la violencia, la coerción militar y la violación de los derechos humanos en este país”, “declara inaceptable toda entidad surgida de esta situación ilegítima” e invita a la Organización y a los Estados miembros a apoyar la acción de la OEA (Resolución 46/7, de 11 de octubre de 1991, A/RES/46/7). Posteriormente, en la Resolución 46/138, reitera su preocupación por los acontecimientos ocurridos en Haití “que han causado una interrupción brutal y violenta del proceso democrático en este país” y condena el derrocamiento del Presidente constitucional (Resolución 46/138, de 17 de diciembre de 1991, A/RES/46/138).

(77) Véase, JIMENEZ DE ARECHAGA, E., «La coordination des systèmes de l'ONU et de l'organisations des Etats américains pour le règlement pacifique des différends et la sécurité collective», RCADI, 1964-III, p., 424; ORREGO VICUÑA, F., «A la recherche d'un nouveau rôle pour l'organisation des Etats américains: le protocole d'amendements de 1985 de la Charte», AEDI, 1987, p., 784 y s.s..

(78) En términos de justificación genérica, la acción de la OEA se basaba “sobre la idea de que cualquier perturbación del proceso democrático en un país del continente tiene repercusiones sobre la región entera” y, por tanto, aún tratándose de una cuestión interna de Haití “resulta de una ruptura del proceso democrático...y reclama en consecuencia una acción conjunta, conforme a los acuerdos que unen entre sí a los Estados americanos”. Véase, Carta del Secretario General de la OEA al Secretario General de la ONU. S/24340, anexo V.

La actuación de la OEA sigue una senda progresiva en la que, manteniendo siempre la opción por el gobierno legítimo, se va acentuando la intensidad de las medidas adoptadas contra el gobierno de hecho(79). Al tiempo se busca una salida concertada a la situación(80), hasta que no

(79) La eficacia de las acciones decididas por la OEA requería, sin embargo, el apoyo y algún tipo de actuación de la ONU, puesto que era constatable que su eficacia requería la actuación de la Comunidad internacional en su conjunto. La necesidad de colaboración entre la ONU y la OEA y la insistencia de las autoridades legítimas de Haití en sus peticiones llevó a la adopción de la Resolución 47/20 de la AGNU el 24 de noviembre de 1992 que, tras recordar que la Carta de las Naciones Unidas asegura la promoción y el respeto de los derechos humanos y que la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “la voluntad del pueblo es el fundamento de la autoridad de los poderes públicos”, autoriza al Secretario General a tomar, en colaboración con la OEA, las medidas necesarias en la crisis de Haití (Resolución 47/20, de 24 de noviembre de 1992, A/RES/47/20; en el mismo sentido, Resolución 48/27, de 6 de diciembre de 1993, A/RES/48/27). Previamente, el Consejo Permanente de la OEA se había pronunciado en favor de una coordinación de sus acciones con la ONU a fin de favorecer la aplicación de las medidas decididas por las resoluciones de la OEA por los Estados no miembros de esta última pero que sí son miembros de la ONU (OEA, CP/RES 594 (923/92), de 10 de noviembre de 1992). La respuesta de los Estados miembros de la ONU se había concretado ya, al menos en los casos de los Estados más representativos por sus relaciones económicas y comerciales con Haití, en la adopción de medidas de suspensión del comercio y de la cooperación bilateral, o multilateral, como en el caso del conjunto de la ayuda económica prevista en el marco de los acuerdos de Lomé IV, seguidas de la llamada del embajador acreditado en Haití, de la congelación de los bienes financieros del Estado, de la prohibición de las transferencias de fondos con destino a Haití, y de restricciones o prohibiciones en materia de libramiento de divisas en beneficio de las autoridades de hecho o de los simpatizantes del régimen (Véase al respecto, el informe del Secretario General de la ONU sobre la situación de la democracia y los derechos humanos en Haití, de 4 de noviembre de 1992. A/4/599, Add. 1). La acción del CS en este punto se concretará en la adopción de las Resoluciones 841 (1993), de 16 de junio (S/RES/841(1993)), y posteriormente, 873 (1993), de 13 de octubre (S/RES/873(1993)) y 917 (1994), de 6 de mayo (S/RES/917(1994)). La AGNU, por su parte, señaló la importancia del cumplimiento por los Estados de las sanciones decididas por el CS (Véase, Resolución 48/27, cit.). Entre medio, la consecución del denominado Acuerdo de la Isla de los Gobernadores (S/26063) y del Pacto de Nueva York (S/26297), había llevado a que el CS, en la Resolución 861(1993), de 27 de agosto (S/RES/861(1993)) decidiese la suspensión de algunas de las sanciones decididas en la Resolución 841(1993). Se advertía, no obstante, que serían puestas en práctica de nuevo en el momento en el que el Secretario General, a la vista de la opinión del Secretario General de la OEA, “informe al Consejo de que las partes en el acuerdo de la Isla de los Gobernadores u otras autoridades en Haití no han cumplido de buena fe el mencionado acuerdo”. El CS se mostraba, además, dispuesto a revisar las sanciones cuando el Secretario General, a la vista de la opinión del Secretario General de la OEA, informase al CS del cumplimiento del acuerdo de la Isla de los Gobernadores. Sin embargo, el incumplimiento del acuerdo por parte de las autoridades militares y el gobierno de hecho de Haití y la violación de los derechos humanos más elementales que el CS condena, llevó a la imposición de las sanciones previstas en la Resolución 917(1994), a llevar a cabo tanto por los Estados como por las Organizaciones regionales en el marco de sus competencias. Además, en un pronunciamiento de particular importancia, se señala que se trata de una situación excepcional que pone en peligro la paz y la seguridad internacionales en la región. El CS prevé la posibilidad, no obstante, de revisar las sanciones en función de la evo-

hallándose tal salida, la situación se entiende como susceptible de poner en peligro la paz y la seguridad en la región y el asunto se traslada a las Naciones Unidas para que se ponga en marcha el procedimiento previsto en el Capítulo VII de la Carta(81).

lución de la situación y de proceder a su progresiva suspensión en la medida en la que se vaya cumpliendo el acuerdo de la Isla de los Gobernadores. Es señalable, sin embargo, el establecimiento de una serie de condiciones que habían de ser cumplidas para que pudiera entenderse, a su vez, cumplido, el mencionado acuerdo, y sin las cuales, no se levantarían las sanciones. Se trataba, de la retirada del Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas; la dimisión o salida de Haití del Jefe de la Zona Metropolitana de Puerto Príncipe; la destitución del Jefe de Policía de Puerto Príncipe y del Jefe del Estado Mayor del Ejército de Haití; la adopción de las medidas precisas para la retirada o salida de Haití de los jefes de la policía y de los altos mandos del ejército; la adopción de las acciones legislativas previstas en el acuerdo de la Isla de los Gobernadores y creación de un clima apropiado para la celebración de elecciones legislativas libres que permitan la restauración plena de la democracia en Haití; creación de un clima adecuado para el despliegue de la UNMIH; retorno en el menor tiempo posible del Presidente democráticamente elegido y mantenimiento del orden constitucional. (Véase la Resolución 944 (1994), de 29 de septiembre de 1994, S/RES/944 (1994); Resolución 948 (1994), de 15 de octubre de 1994, S/RES/948(1994)).

(80) Así, los acuerdos de Nueva York y de la Isla de los Gobernadores. Este último en cuanto recoge las acciones que se consideran imprescindibles para actuar sobre las causas que dan lugar a la situación, se considera de cumplimiento necesario. La reposición en el cargo del Presidente Jean Bertrand Aristide no es si no un primer paso para afrontar las reformas institucionales (Véase, la Resolución 862(1993), cit.) precisas para tratar de asegurar un gobierno estable, así como para tratar de crear las condiciones sociales y políticas (Véase la Resolución 905 (1994), cit.; Resolución 933 (1994), cit.; Resolución 948 (1994), cit.; también la AGNU se ha referido a la necesidad de cooperación con las autoridades constitucionales, Resolución 48/27, cit.) que permitan un desenvolvimiento normal de un sistema de coexistencia ciudadana y permitir que los derechos humanos reciban aplicación efectiva. Al cumplimiento de esta tarea responde la creación y el posterior funcionamiento de la UNMIH (Respecto a ella, véase la Resolución 867 (1993), de 23 de septiembre, S/RES/867(1993); Resolución 944 (1994), cit.; Resolución 948 (1994), cit.). Tal vez ello explique que el CS, en la Resolución 940 (1994) (S/RES/940(1994)) reafirme “que el objetivo de la comunidad internacional sigue siendo el restablecimiento de la democracia en Haití y el pronto retorno del Presidente legítimo electo, Jean Bertrand Aristide, en el marco del Acuerdo de la Isla de los Gobernadores”. La actitud de las autoridades de hecho que impedía el logro de estos objetivos, así como de las Resoluciones del CS, y suponía el incumplimiento del acuerdo de la Isla de los Gobernadores, llevó al CS a advertir que estaba dispuesto a estudiar la adopción de otras medias distintas a las sanciones ya adoptadas, si dicha actitud persistía (Resolución 873 (1993), de 13 de octubre, S/RES/873(1993)).

(81) El 3 de octubre de 1991, condena el golpe de Estado, afirma reconocer únicamente como representantes del gobierno de Haití a los designados por el gobierno del Presidente Aristide, recomienda a los Estados miembros adoptar medidas tendentes al aislamiento diplomático de las autoridades de hecho en Haití, y la suspensión de todos los lazos comerciales, financieros y económicos con Haití, a excepción de la ayuda estrictamente humanitaria (MRE/RES.1/91). Esta Resolución, en último término, puede considerarse integrada en un modo de actuar tradicional en el ámbito iberoamericano. En este ámbito se desarrollaron a lo largo de varias décadas doctrinas tendentes a negar el reconocimiento a los gobiernos de hecho. Sin embargo, como ha señalado A. HERRE-RO DE LA FUENTE, “en general, el éxito del procedimiento consistente en luchar con-

Fallidos los intentos de dar una solución concertada a la crisis, el paso a las medidas coercitivas se abre en la Resolución 940 (1994), del CS, de 31 de julio, en la que, tras determinar “que la situación en Haití sigue constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”, y

tra los gobiernos no democráticos con el arma del no reconocimiento ha sido limitado y se ha podido llegar a afirmar que si bien este tipo de iniciativas se ha renovado con sorprendente regularidad, patrocinadas tanto por los gobiernos sucesores de regímenes no democráticos como por las víctimas de la intervención de gobiernos no democráticos en sus asuntos, nunca han llegado demasiado lejos en un mundo como el americano, en el que la conquista del poder por la vía no constitucional ha venido siendo un fenómeno general y constante” (Sobre la evolución en el ámbito americano en este tema, véase, HERRERO DE LA FUENTE, A., loc. cit., p., 357 y s.s.). Las medidas mencionadas serán agravadas mediante la adopción de una nueva Resolución el 8 de octubre de 1991 que, para reforzar la Resolución anterior, decide la congelación inmediata de los bienes del Estado de Haití y la aplicación de un embargo comercial contra Haití, salvo casos excepcionales por motivos humanitarios. Se decide también el envío de una “misión civil de apoyo” con la finalidad de facilitar el restablecimiento de las instituciones democráticas y los derechos del hombre y que la misma Resolución y la anterior se transmitan a las Naciones Unidas “pidiendo a sus países miembros adoptar las mismas medidas que las convenidas por los Estados americanos” (MRE/RES.2/91). Posteriormente, el 17 de mayo de 1992 se adopta una nueva Resolución con el fin de incrementar la eficacia del embargo, en la que se recomienda especialmente a los Estados miembros impedir el acceso a sus puertos de los barcos que practiquen el comercio con Haití, vigilar para que el embargo no sea violado por vía aérea y sancionar a los autores y partidarios del golpe de Estado no concediéndoles visados de entrada en su territorio y congelando sus bienes financieros. Pide, además, a los Estados no miembros que mantengan relaciones económicas y comerciales con Haití que tomen medidas apropiadas para reforzar el embargo y solicita la cooperación de las instituciones financieras internacionales y de la ONU para la aplicación de nuevas sanciones (MRE/RES 3./92). Además, la OEA llevó a cabo múltiples iniciativas con la finalidad de restablecer el orden constitucional en Haití, favoreciendo los contactos entre los protagonistas de la crisis e incluso promoviendo la consecución de acuerdos bajo sus auspicios. Casi inmediatamente después del golpe de Estado se propicia un encuentro entre una delegación del Parlamento de Haití y el Presidente Aristide, entre el 22 y el 24 de noviembre de 1991, en el que se acuerda el regreso de este último, continuando posteriormente con la designación de un “Primer Ministro presente”. El 23 y el 25 de febrero de 1992 se concluyen en Washington los acuerdos sobre las condiciones de la vuelta a la legalidad constitucional y las relaciones entre el “Primer Ministro presente” y el Presidente en el exilio hasta la vuelta al país de este último. Estos acuerdos carecerán de eficacia debido a las presiones de los militares que ocupan el poder de hecho, lo que no impide a la OEA proseguir en sus esfuerzos, que continúan con la visita de una delegación de la Organización a Puerto Príncipe, entre el 18 y el 21 de agosto de 1992, formada por el Secretario General de la OEA, varios representantes permanentes ante la Organización y en la que se integraban también representantes de la Comunidad Europea y un representante del Secretario General de las Naciones Unidas. A partir de una propuesta del Secretario General de la OEA, el 4 de septiembre de 1992 se concluye un acuerdo entre un representante del Presidente Aristide y el Ministro de Asuntos Exteriores del gobierno de hecho para la instalación de observadores en Haití, que será el comienzo de la “Presencia civil de la OEA en Haití”. La misión de los observadores consistía en contribuir a la disminución de la violencia, promover el respeto de los derechos humanos, facilitar la distribución de la ayuda humanitaria y, de manera

“actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, autoriza a los Estados miembros a integrar una fuerza multinacional bajo mando y control unificados y, dentro de ese marco, a recurrir a todos los medios necesarios para facilitar la partida de Haití de los dirigentes militares, de conformidad con el Acuerdo de la Isla de los Gobernadores, el pronto regreso del Presidente legítimamente electo y el restablecimiento de las autoridades legítimas del Gobierno de Haití, así como a establecer y mantener un entorno seguro y estable que permita la aplicación del Acuerdo de la Isla de los Gobernadores...”(82). Previamente, las Naciones Unidas habían comenzado a ocuparse del asunto, en particular mediante Resoluciones del CS, en un marco de complementariedad con las actuaciones decididas por la OEA(83). En esta actuación de las Naciones Uni-

general, evaluar los progresos realizados para el arreglo de la crisis. A lo largo de 1993, tras una propuesta del Presidente Aristide, y el nombramiento de un representante especial del Secretario General de las Naciones Unidas para Haití, se nombra una misión civil ONU/OEA, formada por representantes de ambas organizaciones y que, si bien recibe una tenue aceptación por parte de las autoridades militares en el momento de su formación, será objeto de recelos y de dificultades por parte de las autoridades de hecho en el desarrollo de sus funciones. Estaba encargada de recibir comunicaciones relativas a las violaciones de los derechos humanos de cualquier persona, grupo de personas u organismo existente en Haití; acudir libremente a cualquier lugar o establecimiento sin ser acompañada y sin aviso previo; permanecer libremente en cualquier punto del territorio haitiano; entrevistarse libre y confidencialmente con cualquier persona o grupo; recibir, por los medios que estimase apropiados las informaciones pertinentes; presentar recomendaciones y comprobar si han tenido efecto; iniciar campañas educativas sobre los derechos del hombre; ayudar a los órganos judiciales a garantizar los derechos del hombre y el respeto de los procedimientos. La amplitud de sus funciones y los privilegios e inmunidades conferidos a sus miembros no fueron bien recibidos por las autoridades de hecho, a las que no se consultó el estatuto de la misión, lo que ayuda a entender sus recelos y el que su actuación lo fuera no con el consentimiento del gobierno de hecho, sino con su tolerancia, y su efectividad limitada a la no oposición de las autoridades de hecho.

(82) La autorización a los Estados para utilizar la fuerza trata de encuadrarse dentro de algún sistema de control por parte de la Organización, y a tal efecto, se establece un grupo de avanzada de la UNMIH “para instituir los mecanismos de coordinación apropiados con la fuerza multinacional” y para “que desempeñe las funciones de supervisión de las operaciones de la fuerza multinacional”. Terminada la función de la fuerza multinacional, será cuando se despliegue la UNMIH, a fin de colaborar con el gobierno legítimo en las acciones institucionales y estructurales necesarias para crear la situación social y política que permita la pervivencia de gobiernos legítimos y estables y el respeto a los derechos humanos.

(83) El CS había manifestado el interés de la comunidad internacional en la resolución de la crisis de Haití “incluyendo la restauración de la democracia” (Resolución 862 (1993), de 31 de agosto, S/RES/862(1993)), y el pronto retorno del Presidente democráticamente elegido (Resolución 917 (1994), cit.). De hecho, condena la ilegalidad que supone la sustitución de la autoridad legal del Presidente democráticamente elegido y declara que considera ilegítimo a un gobierno constituido por la fuerza (Resolución 917

das entra también en juego la preocupación por una situación de crisis política, que se encuentra en la base de las violaciones de los derechos humanos(84) y del deterioro de la situación humanitaria.

La autorización para el uso de la fuerza se conecta con la calificación de la situación como amenaza a la paz y la seguridad internacionales, teniendo en cuenta, la situación de violación de los derechos humanos y de crisis humanitaria. Es mediante esta ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales como el CS efectúa una verdadera ampliación de sus funciones, lo que, en este caso, tiene como consecuencia extraer del ámbito de la competencia exclusiva interna la cuestión de la conformación del gobierno del Estado(85). En todo caso, la existencia de un gobierno constituido por la fuerza no es el único argumento para calificar la situación como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, sino también las violaciones de los derechos humanos y la situación de crisis humanitaria.

Además, la calificación de la situación como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales y la autorización para el uso de la fuerza armada, se hace en este caso, en circunstancias particulares(86). El propio CS “reconoce el carácter singular de la situación actual en Haití, su naturaleza compleja y extraordinaria y su empeoramiento, que requieren una reacción excepcional”(87). Hubo, además de las particularidades que el asunto ya presenta en sí mismo, sendas cartas del Presidente Aristide(88)

(1994), cit..En el mismo sentido, Resolución 48/27 de la AGNU, cit.). Este interés responde, en cualquier caso, a la existencia de una situación capaz de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales (Resolución 862 (1993), cit.; Resolución 905 (1994), de 23 de marzo de 1994, S/RES/905 (1994), Resolución 933 (1994), de 30 de junio), S/RES/933(1994), concepto sobre el que descansa la capacidad de actuación del CS en el marco del Capítulo VII de la Carta. Susceptible de poner en peligro la paz y la seguridad en la región se considera también el deterioro de la situación humanitaria en Haití (Resolución 933, cit.).

(84) Respecto de la violación de los derechos humanos, véase, Resolución 917, cit.. Asimismo, la AGNU se ha referido a la situación de los derechos humanos en Haití, en sus Resoluciones 46/7, cit.; 46/138, cit.; 47/a, cit.; 47/143, de 18 de diciembre de 1992 (A/RES/47/143), 47/20B, de 20 de abril de 1993 (A/RES/47/20B), 48/27, cit.; 48/151, de 20 de diciembre de 1993 (A/RES/48/151).

(85) Véanse, respecto de las objeciones que esta circunstancia provocó, y de la utilización del Capítulo VII de la Carta en este caso, FALK, R., «The Haiti Intervention: A Dangerous World Order Precedent for the United Nations», *Harvard International Law Journal*, nº 35, 1995, p., 356 y 357; REISMAN, W.M., «Haiti and the Validity of International Action», *American Journal of International Law*, nº 89, 1995, p., 82-84.

(86) Véase, ESCUDERO ESPINOSA, J.F., loc. cit., p., 298.

(87) La excepcionalidad de la situación de Haití ya había sido puesta de manifiesto por el CS con anterioridad. En este sentido, véase, Resolución 917 (1994), cit..

(88) S/1994/905.

y del Representante Permanente de Haití ante las Naciones, que era el del gobierno legítimo(89), en las que se solicitaba la intervención de las Naciones Unidas. En realidad, estas peticiones pueden entenderse como consentimiento del gobierno legítimo para que la intervención se produjera, con lo que, al menos formalmente, se obtendría cierta cobertura jurídica desde el ángulo del consentimiento del Estado intervenido, aunque ciertamente discutible desde las exigencias del principio de efectividad.

Además, en su desarrollo, se produjo un hecho que no puede ser pasado por alto. Cuando la fuerza multinacional se encontraba en disposición de comenzar su acción, el Presidente de los Estados Unidos, país que aportaba la casi totalidad de las fuerzas, envió a Puerto Príncipe una delegación encabezada por el ex-Presidente J. Carter para tratar de llegar a un acuerdo con las autoridades de hecho en virtud del cual se consiguiera que abandonaran el poder y, a ser posible, el país y, en última instancia, supusiera el consentimiento de las autoridades de hecho a la intervención armada que estaba a punto de realizarse. El acuerdo se consiguió cuando, según noticias de prensa, aviones norteamericanos volaban ya hacia Haití para comenzar la intervención.

El envío de esta delegación y el logro del acuerdo al que llegó con las autoridades de hecho puede basarse en que la Resolución 940 (1994) había destacado “la necesidad” de que se adoptaran “todas las medidas apropiadas para velar por la seguridad y la protección de las operaciones y del personal que participe en esas operaciones” y que “las disposiciones sobre seguridad y protección que se adopten abarquen a todas las personas que participen en las operaciones”. Lo cierto es que supuso también el consentimiento de las autoridades de hecho a la intervención, de donde cabe deducir -lo que, en nuestra opinión, es lo más adecuado- que con el envío de esta misión se pretendía, no sólo evitar la pérdida de vidas en combate, sino también eludir las objeciones jurídicas, por hipotéticas y contestables que pudieran ser, sobre la operación.

3.- SIERRA LEONA.

Un golpe de Estado perpetrado el 25 de mayo de 1997 derroca al gobierno elegido democráticamente. Como consecuencia, el CS determina en la Resolución 1.132, de 8 de octubre de 1997, que la situación

(89) S/1994/910.

en Sierra Leona constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales en la región y, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, “pide a la junta militar que tome medidas inmediatas para abandonar el poder en Sierra Leona y deje paso a la restauración del gobierno elegido democráticamente y la vuelta al orden constitucional”, e impone sanciones a Sierra Leona(90), al tiempo que manifiesta su intención de levantarlas cuando la junta militar haya devuelto el poder al gobierno elegido democráticamente y se haya restaurado el orden constitucional(91). La propia Resolución y las sanciones que impone se justifican en la ilegalidad del gobierno de hecho(92) y en las consecuencias que de este hecho y del golpe de Estado se derivan para los países vecinos y para la situación humanitaria en el propio país(93). No autoriza el empleo de la fuerza armada con la finalidad de reponer en el poder al gobierno legítimo, pero si “actuando también conforme al Capítulo VIII de la Carta autoriza a la CEDEAO a que en cooperación con el gobierno democráticamente elegido de Sierra Leona garantice el cumplimiento de las sanciones”, atribuyéndole facultades para aplicar medidas coercitivas con la finalidad de asegurar su aplicación efectiva(94). No obstante, la actuación de la CEDEAO no se limitó a vigilar la aplicación del embargo, incluso mediante la utilización de medidas coercitivas, sino que desplegó un contingente armado en Sierra Leona, incluso antes de la adopción de la Resolución 1.132, sin que recibiera crítica ni condena alguna por parte del CS(95).

(90) Se impone un embargo de petróleo y sus productos derivados, de armas, y material conexo, y la prohibición por todos los Estados de la entrada y tránsito en su territorio de los miembros de la junta militar y sus familiares en edad adulta, salvo por motivos humanitarios.

(91) Como lo fueron finalmente, mediante las Resoluciones 1.156, de 11 de marzo de 1998 (S/RES/1156(1998)) y 1.171, de 5 de junio de 1998 (S/RES/1171(1998)), tras la vuelta al poder del Presidente elegido democráticamente, el 10 de marzo de 1998.

(92) El CS deplora “el hecho de que la junta militar no haya tomado medidas para permitir la restauración del gobierno elegido democráticamente y la vuelta al orden constitucional”.

(93) El CS se declara “gravemente preocupado por la continuación de la violencia y por la pérdida de vidas humanas en Sierra Leona a raíz del golpe militar del 25 de mayo de 1997, el deterioro de la situación humanitaria en ese país y las consecuencias para los países vecinos”.

(94) Autoriza a la CEDEAO, “en caso necesario y de conformidad con las normas internacionales aplicables a que detenga a los buques que se dirigen a Sierra Leona con el fin de inspeccionar y verificar sus cargas y puntos de destino”.

(95) Antes al contrario, el CS mostrará su satisfacción con la actuación global de la CEDEAO. Véanse, Resoluciones 1.162, de 17 de abril de 1998 (S/RES/1162(1998)), 1.181, de 13 de julio de 1998 (S/RES/1181(1998)), 1.231, de 11 de marzo de 1999

La intervención de la CEDEAO se produjo a petición del gobierno en el exilio, es decir, del gobierno legítimo. Esta petición sirve para argumentar la existencia de consentimiento por parte del Estado intervenido, pero la cobertura jurídica que proporciona es meramente formal y sumamente discutible desde las exigencias del principio de efectividad. Se produce, además, en una situación sustancialmente distinta a la de Haití, puesto que, en el caso de Sierra Leona, la situación derivó en una guerra civil.

La actuación de la CEDEAO y la del CS se produce, con todo, en el marco de una situación particular, como también ocurría en el caso de Haití, caracterizada, además, por una situación de grave crisis humanitaria, vulneración de los derechos humanos(96) y movimientos de refugiados y desplazados como consecuencia del conflicto civil. Es más esta última situación, cuya responsabilidad se imputa a la junta militar, que el objetivo directo de reponer en el poder al gobierno elegido democráticamente, la que fundamenta la calificación de la situación como una amenaza a la paz y la seguridad en la región, la adopción de sanciones bajo la cobertura del Capítulo VII de la Carta, la petición a la junta militar de que abandone el poder y lo devuelva al gobierno elegido democráticamente y la utilización del Capítulo VIII para autorizar la aplicación de determinadas medidas coercitivas por la CEDEAO para asegurar la vigilancia del embargo que decide la Resolución, y que no se condene, en ningún momento, el despliegue de tropas llevado a cabo por la CEDEAO en territorio de Sierra Leona.

Igualmente que, una vez repuesto en el poder el Presidente elegido democráticamente, las sanciones se sustituyan por otras dirigidas a afectar a los rebeldes(97) y que se mantengan las que afectaban a los miembros de la junta militar(98). O que condene, tras la vuelta al poder del Presi-

(S/RES/1131(1999)) y 1.245, de 11 de junio de 1999 (S/RES/1245(1999)). El CS ha manifestado también que la presencia de la Misión de Observación de las Naciones Unidas en Liberia (M.ONUL.) está subordinada a la del grupo de control de la CEDEAO (ECOMOG). Véanse, las Resoluciones 1.100, de 27 de marzo de 1997 S/RES/1100(1997) y 1.116, d 27 de junio de 1997 (S/RES/1116(1997)).

(96) Véanse, Resoluciones 1116, cit., 1.181, cit. y 1.231, cit..

(97) El CS prohíbe la venta o entrega de armas y de material conexo a las fuerzas no gubernamentales y determina que las armas y material conexo sólo podrán entrar en territorio de Sierra Leona por los puntos de entrada que el Gobierno de Sierra Leona señale al Secretario General. Véase Resolución 1.171, de 5 de junio de 1998 (S/RES/1171(1998)). Véase también Resolución 1.231, cit..

(98) Se mantiene que todos los Estados prohíben la entrada o el tránsito en su territorio de los jefes de la antigua junta militar, salvo autorización del comité creado por la Resolución 1.132, de 8 de octubre de 1997.

dente elegido democráticamente, la resistencia al gobierno legítimo por parte de los miembros de la junta militar depuestos, al tiempo que les exige que depongan las armas inmediatamente(99). O que, a su vez, condene, también después de la vuelta al poder del Presidente elegido democráticamente, las atrocidades infligidas por los rebeldes a la población civil(100), al tiempo que deplora todas las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario(101).

V.- CONCLUSION: VALORACIÓN JURÍDICA DE LA DENOMINADA INTERVENCIÓN DEMOCRÁTICA

La práctica habida en relación a esta cuestión muestra, cuando se trata de actuaciones realizadas por los Estados -incluyendo entre ellas aquellas en las que la actuación de un determinado Estado ha buscado la cobertura de acuerdos regionales o de la participación junto a él de otros Estados- como entre las justificaciones de los actos de intervención, o intervención armada cuando ésta se ha producido, no se ha encontrado nunca en solitario la de la promoción de formas de gobierno democráticas, sino que ha ido acompañada de otras, como la protección de los nacionales en el extranjero o la salvaguardia de los derechos humanos de la población del Estado intervenido. En cualquier caso, ni el argumento de la promoción de formas de gobierno democráticas ni el conjunto de este último y los demás que se han combinado con él, han servido para evitar la condena de los órganos políticos de la ONU al Estado interventor. Incluso la actitud de aquellos Estados que han visto con buenos ojos la utilización del argumento de la implantación o restitución de formas de gobierno democráticas para justificar una intervención armada, se ha debido más a las circunstancias del caso concreto que como “indicio del cambio de la norma”(102).

La práctica extraída de la actuación de las Naciones Unidas es escasa y dispar. Pueden citarse únicamente tres casos. En uno de ellos, que la doctrina ha venido denominando como “cuestión española”, se trata de una situación planteada y tratada en los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas que, por la relación

(99) Resolución 1.181, cit..

(100) Véanse las Resoluciones 1.181, cit. y 1.231, cit..

(101) Véase la resolución 1.231, cit..

(102) Véase TANCA, A., loc. cit., p., 36 y 37.

del régimen político del que se trataba con los regímenes europeos que habían sido vencidos en la segunda guerra mundial, podía incluirse entre aquellos regímenes cuya legitimidad no era aceptada por la Carta. Por consiguiente, no se trataba, en puridad, de una valoración del carácter democrático o autoritario del régimen, sino de su afinidad, incluso pertenencia, a una ideología que se consideraba enemiga de las Naciones Unidas. Por otra parte, las consideraciones jurídicas cedieron a las políticas cuando la consumación de la división del mundo en bloques ideológicamente contrapuestos, que se sublima en el momento en el que la guerra fría alcanza temperaturas extremas, hizo llegar a la jefatura de filas de uno de ellos al convencimiento de la utilidad de meter en el congelador a la reserva espiritual de Occidente.

En el caso de Sierra Leona, las razones de fondo que realmente justifican la actuación del CS se encuentran antes en las violaciones de los derechos humanos, en la situación de crisis humanitaria y en los movimientos de personas desplazadas y refugiadas producidos como consecuencia de la guerra civil, que en la finalidad de reponer en el poder al gobierno elegido democráticamente. Sin embargo, el conflicto civil tiene su origen inmediato en el golpe de Estado que derrocó al gobierno legítimo y, por ello, se imputa su responsabilidad al gobierno impuesto por la fuerza, lo que da lugar a la adopción de sanciones, la autorización a la CEDEAO, en aplicación del Capítulo VIII de la Carta, para que aplique medidas coercitivas para hacerlas efectivas y a la convalidación de la intervención previa de la CEDEAO. Pero, todo ello se hace, ante todo, por razones humanitarias y no se funda directamente en la destitución por la fuerza del gobierno legítimo.

En todo caso, el asunto de Sierra Leona muestra, al menos, tres consecuencias. De un lado, la relación entre respeto a los derechos humanos y forma democrática de gobierno; de otro, la relación entre el respeto de los derechos humanos y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en una región; por último, que aún en presencia de las dos circunstancias anteriores, la intervención mediante procedimientos institucionalizados o de terceros Estados unilateralmente necesita, para producirse, no sólo la concurrencia de circunstancias que la justifiquen jurídicamente, sino también la decisión de un Estado con intereses lo suficientemente importantes en la zona como para utilizar los medios a su alcance y utilizar toda su influencia para que se utilicen los que puedan proporcionar los mecanismos institucionalizados existentes. En el supuesto de Sierra Leona, ese fue el caso de Nigeria.

Con todo, el supuesto más representativo sigue siendo el de Haití. En este caso, la situación se produjo desaparecida la tensión Este-Oeste, en un ámbito geográfico de interés esencial para la potencia hoy hegemónica, y en un contexto en el que esta última se encontraba en condiciones de conseguir un pronunciamiento del CS que le permitiese llevar a cabo sus deseos con una cobertura de legalidad internacional. En cualquier caso, en este asunto, al igual que en lo que se refiere a la denominada “cuestión española”, la actuación del CS se enmarca en la valoración discrecional por el propio Consejo, de las situaciones capaces de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales. En la medida en la que esto es así, ocurre que, jurídicamente, si el CS decide que una situación pone en peligro la paz y la seguridad internacionales, en realidad no se está produciendo una modificación de la norma, aún cuando se amplíe el concepto material de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, sino que lo que cabe analizar es si el CS ha excedido el límite de sus competencias y su decisión puede ser considerada *ultra vires*. Desde el punto de vista político, la valoración y la decisión del CS va a venir determinada por la valoración de los hechos, e incluso los intereses, que hagan sus miembros permanentes y por su capacidad para llegar a acuerdos(103). En este sentido, la actuación en el caso de Haití, como antes en el de España, muestra el interés en el asunto de alguna gran potencia, o después el de Sierra Leona, de alguna potencia regional como es Nigeria. Las diferencias entre los tres supuestos, desde el punto de vista de las consideraciones políticas no es excesivamente grande. Existen diferencias desde el punto de vista jurídico, motivadas por el hecho de que en el caso de Haití finalmente se actuó, como se actuó, aunque de otro modo, en otras circunstancias y con distinta finalidad, en el de Sierra Leona, y no se actuó en el de España, a las que nos referiremos inmediatamente, y que sirven para mostrar el estadio en el que, en nuestra opinión, se encuentra el Derecho Internacional en esta

(103) En lo que se refiere al papel preponderante de las grandes potencias, F. VON DER HEYDTE señalaba, aún varias décadas después de la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas, el papel preponderante que históricamente el Derecho Internacional había atribuido a las grandes potencias, que en su opinión había sido recogido en la configuración de los mecanismos de institucionalización de la cooperación internacional que se han producido en este siglo. En su opinión, “las grandes potencias no tienen indudablemente una responsabilidad exclusiva en la realización e imposición de las normas de Derecho Internacional, pero sin embargo, desempeñan un papel preponderante. La posición de gran potencia es una posición orgánica en Derecho Internacional; las grandes potencias son los órganos privilegiados para ejercer este derecho”. La intervención militar en el Derecho Internacional moderno, Cuadernos de la Cátedra John Brown Scott, Valladolid, 1970, p., 18 a 20., texto entrecorriado, p., 18.

cuestión. Y existen diferencias desde el punto de vista geoestratégico que muestran la dificultad de emprender, con criterios de generalidad, intervenciones de este tipo, lo que a su vez sirve para apreciar si se ha formado o no una norma que permita las intervenciones armadas para imponer o reponer formas de gobierno democráticas. No es lo mismo, desde este último punto de vista, intervenir militarmente en un país pequeño en el que el control efectivo del territorio puede llevarse a cabo en relativamente poco tiempo y con un coste razonable, que hacerlo en otro de una extensión relativamente grande en el que, además de haberse inventado la guerrilla, su control efectivo podría llegar a requerir un conflicto dilatado en el tiempo y, desde el punto de vista de la realización de las operaciones militares, de elevado coste.

Desde el punto de vista jurídico, la actuación en Haití presenta tres notas que la caracterizan y que llevan a la conclusión de que no supone un cambio de la norma, sino, en función de dos de ellas, una aplicación de reglas ya existentes de las que quiso dejarse a salvo, al menos, su vigencia formal. En primer lugar, el CS decidió autorizar el empleo de la fuerza para reponer en el poder al Presidente legítimo, de forma excepcional y dado que la situación ponía en peligro la paz y la seguridad en la región. La conexión con el concepto de peligro para la paz y la seguridad internacionales es inevitable si el CS pretende utilizar la fuerza armada o autorizar su empleo. Sigue siendo, con todo, el concepto básico, puesto que, en la apreciación del CS, parece entenderse que excepcionalmente la situación política interna de un Estado afecta a la paz y la seguridad de los demás Estados de la región. Por ello, el recurso al Capítulo VII de la Carta se hace también de forma excepcional. La excepcionalidad de la decisión del CS lleva a la conclusión de que no estamos ante la aparición de una nueva norma, o la modificación de las existentes, en orden a legitimar intervenciones armadas para instaurar en el poder a autoridades elegidas democráticamente. La conclusión es extrapolable al asunto de Sierra Leona, en el que la vulneración de los derechos humanos y la crisis humanitaria se imputan a la actuación del gobierno de hecho y, por tanto, la situación que crea al haber expulsado del poder al gobierno legítimo se considera, también de manera excepcional, una amenaza a la paz y la seguridad internacionales en la región.

Además, y esta es la segunda de las notas señaladas, el CS sólo adoptó la decisión de autorizar el empleo de la fuerza después de una petición formal del Presidente legítimo de Haití, cuyo gobierno era el que reconocían las Naciones Unidas. Jurídicamente, desde el punto de vista formal,

se salvaba el requisito de la petición de las autoridades legítimas para convertir en lícita una intervención armada. De modo similar, el despliegue del contingente de la CEDEAO en Sierra Leona también se produjo previa petición del gobierno legítimo en el exilio. Con ello se salvaban, al menos formalmente, los requisitos impuestos por los principios de no intervención y prohibición de la amenaza o el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales.

Por último, no satisfechos con esto último, los Estados Unidos llegaron, cuando sus fuerzas armadas estaban ya prestas a intervenir, a un acuerdo con las autoridades de hecho de Haití en el que estas últimas aceptaban la intervención armada de la fuerza multinacional encabezada por los Estados Unidos. Es cierto que la validez de este acuerdo es discutible dada la presencia de las fuerzas armadas de la fuerza multinacional a pocas millas de la costa de Haití dispuestas a intervenir inmediatamente, y que incluso parece que el acuerdo se logró cuando aviones norteamericanos se dirigían ya a sus objetivos en Haití. La coacción de una de las partes sobre la otra sería un argumento utilizable. Pero no es menos cierto tampoco que, en puridad de norma, los Estados Unidos no necesitaban este acuerdo para intervenir puesto que habían logrado ya la cobertura de una autorización del CS, adoptada en base al Capítulo VII de la Carta, para utilizar la fuerza armada. Si el acuerdo se intentó y se logró se debe a diversas razones a las que no es ajeno el interés de los Estados Unidos por evitar bajas en sus propias fuerzas, pero seguramente también a las reticencias de los Estados iberoamericanos, tradicionalmente celosos defensores del principio de no intervención, a que la intervención se produjera. Esta última razón se encuentra seguramente en la base de la negociación y consecución de un acuerdo que supone el consentimiento de las autoridades efectivas a la intervención y que se añade a la petición efectuada por el Presidente legítimo.

Si se tienen en cuenta estas dos últimas circunstancias parece sostenible que la actuación en Haití se realizó teniendo en cuenta los imperativos derivados del principio de no intervención que, en el ámbito interamericano, se considera condición indispensable para actuar en defensa del principio democrático. Por consiguiente, no puede sostenerse la aparición de una nueva norma que permita la realización de acciones, incluso armadas, para promover o reponer en el poder a gobiernos representativos. Si la posibilidad de actuar para dar efectividad al principio democrático existe, está subordinada, a la vista de este precedente, al respeto del principio de no intervención.

El asunto de Haití y el de Sierra Leona y las consecuencias que, como acabamos de ver, pueden extraerse de ellos sirven también para sostener que la regla de la efectividad no puede entenderse sustituida por otra, como es la de la legitimidad, después de la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas. Aunque, como hemos visto, se ha sostenido una evolución en el Derecho Internacional general que llevaría a esta sustitución, lo cierto es que del estudio de los supuestos que proporciona la práctica no se desprende la sustitución de la regla de la efectividad por la de la legitimidad.

La práctica muestra que el principio de no intervención en los asuntos internos de un Estado, la prohibición de la amenaza o el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales y el principio de autodeterminación de los pueblos constituyen bases jurídicas de un principio estructural en la conformación de la sociedad internacional, como es el de independencia política, que hace que toda forma de gobierno sea igualmente legítima para el Derecho Internacional, sin que sea admisible, en este momento, una intervención, y menos una intervención armada, para sustituirla por otra(104).

Esta conclusión no varía en razón de la relación entre respeto de los derechos humanos y forma de gobierno. La protección de los derechos humanos se realizará, pues, conforme a los mecanismos y métodos de que dispone el Derecho Internacional para ello, que pueden llegar, incluso, a la adopción de contramedidas contra el Estado que les vulnera por los demás Estados y, llegado el caso y cumplidas las condiciones para ello, al empleo de la fuerza armada, como es el caso de la intervención humanitaria. Pero ninguno de los mecanismos y métodos lícitos para asegurar o conseguir la salvaguardia de los derechos humanos fundamentales se dirige a la modificación de la forma de gobierno del Estado transgresor. No existe, como ha dicho J. Roldán Barbero “un derecho general de injerencia frente a la autocracia”(105). Todo Estado está, sin embargo y en última instancia, obligado a respetar los derechos fundamentales de la persona humana con independencia de su forma de gobierno y, en la práctica, es empíricamente constatable como existe correspondencia entre salvaguardia de los derechos humanos y forma democrática de gobierno. Sin embargo, es también

(104) En este sentido, como ha dicho J. ROLDAN BARBERO, “la convicción expandida y comprometida de que la democracia liberal es el mejor sistema político, no elimina por sí solo el principio de la no intervención en los asuntos de la jurisdicción interna. Op. cit., p., 187.

(105) *Ibíd.*, p., 188.

constatable que la promoción y protección de los derechos humanos no depende sólo de la existencia de unas estructuras políticas formalmente democráticas, sino de la existencia de unas condiciones sociales y económicas que hagan posible su ejercicio y de unas reglas e instituciones jurídicas que sean capaces de garantizar su protección de modo efectivo. La consecución de estas condiciones implica algo más que la intervención o el uso de la fuerza en un momento puntual. Implica la necesidad de articular la cooperación internacional en orden a crear y dar estabilidad a tales condiciones.

En suma, la obligación que el Derecho Internacional impone al Estado es el respeto y salvaguardia de los derechos humanos. Esta puede considerarse, hoy en día, impuesta por el Derecho Internacional general y de naturaleza *erga omnes*. Incluso, por lo que se refiere a los derechos que configuran el núcleo esencial de la salvaguardia de la dignidad humana, los derechos humanos *fundamentales*, impuesta por normas de *ius cogens*. El Estado está obligado a salvaguardar los derechos humanos, es decir, reconocerles, respetarles, protegerles y fomentar su respeto y protección, pero de ello no deriva que deba adoptar una determinada forma de organización política interna, sino que, conservando como prerrogativa soberana la de determinar su organización política, ha de asegurar que los órganos que la componen y las personas que les sirven actúen de tal forma que quede asegurado el cumplimiento de aquella obligación de Derecho Internacional general.

Evidentemente, ello no obsta para advertir la tendencia a la promoción de la democracia liberal y el Estado de derecho como forma de organización política, entre otras razones, porque, además de ser el modo de organización política más evolucionado, es el que mejor se adapta a las exigencias de la dignidad humana y, permite, por tanto, una efectividad mayor en la salvaguardia de los derechos fundamentales del ser humano. No obstante, una cosa es la tendencia sociológica e incluso normativa y otra el contenido actual de las normas jurídicas. En este sentido, puede advertirse una tendencia normativa, pero aún no la cristalización de normas jurídicas universales(106).

(106) Véase, *Ibíd.*, p., 216.

**LA DISTINCION ENTRE CRIMENES DE GUERRA Y
CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD A LA LUZ DE LA
JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES PENALES
INTERNACIONALES PARA LA EXYUGOSLAVIA Y RUANDA**

José Manuel Sánchez Patrón.
*Profesor del Departamento de Derecho Internacional
de la Universitat de València.
Doctor en Derecho*

INTRODUCCIÓN. I. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS INFRACCIONES *RATIONE CONTEXTUS*. II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS INFRACCIONES *RATIONE MATERIAE*. 1. El elemento objetivo de las infracciones: a) de carácter cualitativo; b) de carácter cuantitativo. 2. El elemento subjetivo de las infracciones. III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS INFRACCIONES *RATIONE PERSONAE*. 1. La autoría de las infracciones: a) de carácter directo; b) de carácter indirecto. 2. Las víctimas de las infracciones: a) en lo concerniente a la persona; b) en lo concerniente a los bienes. IV. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS INFRACCIONES *RATIONE TEMPORIS*. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Aunque en la actualidad ya no se cuestiona la autonomía de los crímenes contra la humanidad respecto de la de los crímenes de guerra, lo cierto es que con frecuencia se suelen plantear serias dudas acerca de si un determinado comportamiento constituye un crimen de guerra o bien se trata de un crimen contra la humanidad.

La Comisión de Expertos instituida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para examinar y analizar la información concerniente a las violaciones que se estaban llevando a cabo en la ex Yugoslavia(1), advirtió en su informe provisional que:

“(...)las reglas fundamentales del derecho relativo a los derechos humanos son, en substancia, idénticas a las reglas del derecho de los conflictos armados. Un mismo acto puede, en consecuencia, ser a la vez un crimen de guerra y un crimen contra la humanidad”(2).

Con ello, la Comisión de Expertos ponía sobre aviso acerca de las dificultades que muchas veces entraña la calificación de una conducta concreta como un crimen de guerra o como un crimen contra la humanidad.

La Comisión de Expertos establecida por el Consejo de Seguridad, esta vez, para examinar y analizar la información correspondiente a las violaciones que se habían cometido en Ruanda(3), también puso de manifiesto que la distinción de un crimen de guerra de un crimen contra la humanidad se encuentra con la dificultad de determinar cuando nos encontramos ante una u otra de estas dos infracciones penales, máxime cuando en contra de lo que sucede con los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad se caracterizan, precisamente, por su “ambigüedad”(4).

Lo apuntado por ambas Comisiones de Expertos no fue más que el anuncio de uno de los problemas jurídicos a los que tendría que enfrentarse los dos órganos jurisdiccionales que sucedieron a dichas Comisiones de Expertos: el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Tanto uno como otro se han visto en la tesitura de tener que examinar, en los distintos asuntos de los que han conocido, cuando una determinada conducta podía ser considerada como un crimen de guerra y cuando como un crimen contra la humanidad. Esta tarea no siempre ha resultado ser pacífica dado que la indefinición que caracteriza particularmente a los crímenes contra la humanidad ha dado lugar a la adopción de posiciones contrapuestas entre las Salas de Primera Instancia y la Sala de Apelaciones de estas dos jurisdicciones internacionales, cuando no de pareceres encontrados entre los propios miembros que la integran.

Pese a ello, la labor desarrollada por el TPIY y el TPIR en relación con esta cuestión, constituye una valiosa contribución al esclarecimiento

(1) .- Vid. S/RES/780(1992) de 6 de octubre de 1992.

(2) .- Cfr. S/25274, parr. 50.

(3) .- Vid. S/RES/935(1994) de 1 de julio de 1994.

(4) .- Vid. S/1994/1125, parr. 109.

de la confusa distinción que ha existido siempre entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Por este motivo, en las páginas que siguen, examinaremos la jurisprudencia de sendas jurisdicciones internacionales con el objeto de conocer los criterios a partir de los cuales pueden identificarse cualquiera de estas dos infracciones penales, especialmente los crímenes contra la humanidad.

I. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS INFRACCIONES *RATIONE CONTEXTUS.*

Los comportamientos tipificados por los instrumentos convencionales como crímenes de guerra se encuentran ligados a los conflictos armados internacionales(5). Los textos internacionales aplicables a los conflictos armados internos no erigen en crímenes de guerra ninguna transgresión de sus disposiciones(6). Sin embargo, la evolución experimentada en la materia ha llevado a incriminar como crímenes de guerra conductas cometidas en el marco de un conflicto armado interno. Esta evolución no sólo se encuentra justificada por la práctica(7), sino que también ha sido confirmada por la jurisprudencia y avalada por la doctrina(8).

(5) .- Vid. SANDOZ, Y., *Mise en oeuvre du droit international*, en *Les dimensions internationales du Droit humanitaire*, s.l., Pedone, Institut Henry Dunant y UNESCO, pp. 319, 320 y 325.

(6) .- Para DAVID, una correcta interpretación de los Convenios de Ginebra llevaría a extender la responsabilidad por la comisión de crímenes de guerra enunciados en estos instrumentos convencionales a los actos cometidos en un conflicto armado interno. No debemos olvidar que, por un lado, los Convenios de Ginebra prevén entre sus disposiciones generales el artículo 3 común del que se derivan obligaciones que deben ser respetadas en el contexto de un conflicto armado interno; por otro lado, las violaciones graves de aquellas obligaciones - por derivar de un precepto que se encuentra entre las disposiciones generales de los Convenios de Ginebra - pueden dar lugar a algunas de las infracciones graves establecidas en los respectivos Convenios de Ginebra. Partiendo de ambas premisas, DAVID entiende que las infracciones graves contempladas por los Convenios de Ginebra serían invocables con independencia del carácter internacional o interno del conflicto armado. Vid. DAVID, E., *Principes de Droit des conflits armés*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 583 y 584.

(7) .- Según el TPIY: "(...) numerosos elementos de la práctica internacional demuestran que los Estados tienden a criminalizar las violaciones graves de las reglas y principios consuetudinarios relativos a los conflictos internos". Cfr. TPIY(Apelación) sentencia "Tadic" de 2 de octubre de 1995, as. IT-94-1, parr. 130. Vid., *ibid.*, parrs. 128-136.

(8) .- La Comisión de Derecho Internacional en relación con el Proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, ha sostenido, que los crímenes de guerra pueden ser cometidos en el contexto de un conflicto armado internacional o interno. Vid. A/51/10, pp. 118 y ss. El Institut de Droit International en su sesión de Berlín (1998)

Precisamente, el TPIY, pese a que su Estatuto no lo recoge con la suficiente claridad, señaló que el artículo 3 de dicho Estatuto:

“(...) es una cláusula general que abarca todas las violaciones del derecho humanitario no comprendidas en el artículo 2 o cubiertas por los artículos 4 o 5, más concretamente: (...) iii) las violaciones del artículo 3 común y otras reglas consuetudinarias relativas a los conflictos internos; (...)”(9).

Con mayor nitidez, el artículo 4 del Estatuto del TPIR establece que:

“(esta jurisdicción) tendrá competencia para enjuiciar las personas que cometan u ordenen la comisión de graves violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados y del Protocolo Adicional de los Convenios, de 8 de junio de 1977”(10).

Así, se acaba incriminando internacionalmente conductas que hasta el momento sólo se encontraban prohibidas pero que no tenían en sentido estricto la consideración de crímenes de guerra. Esta evolución se ha visto culminada con la adopción del Estatuto del Tribunal Penal Internacional (TPI), ya que en su articulado se recoge como crímenes de guerra una serie de comportamientos cometidos en el marco de un conflicto armado interno(11), si bien es cierto que como nos recuerda el propio Estatuto del TPI, fuera de estos dos tipos de situaciones no cabe invocar la comisión de un crimen de guerra(12).

Por el contrario, los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en cualquier situación, se trate o no de un conflicto armado. Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, la Convención de 9 de diciem-

presentó una resolución acerca de “La aplicación del derecho internacional, particularmente humanitario, en los conflictos armados en los que toman parte las entidades no estatales”. De lo dispuesto en esta resolución, puede fácilmente deducirse que la comisión de crímenes de guerra se extiende a los conflictos armados internos. Vid. Institut de Droit International., *Annuaire*, vol. 68, t.I, pp. 365-370, especialmente, 366 y 369.

(9) .- Cfr. TPIY(Apelación) sentencia “Tadic” de 2 de octubre de 1995, *ibid.*, parr. 89. Vid., *ibid.*, parrs. 134 y 136.

(10) .- Cfr. Art. 4.

(11) .- Vid. Art. 8.2 c) y e).

(12) .- Esta limitación ha sido precisada oportunamente en el Estatuto del TPI. A la hora de enumerar los crímenes de guerra que podían ser alegados en el contexto de los conflictos armados internos, el Estatuto señala que las conductas incriminadas no extienden su ámbito de aplicación a situaciones que no tienen la consideración de conflicto armado interno, como sucede con los disturbios interiores y las tensiones internas. Vid. Art. 8.2 d) y f).

bre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio, la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid de 30 de noviembre de 1973, las Declaraciones de las Naciones Unidas sobre las armas nucleares(13) y las desapariciones forzadas(14) o el Proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad(15).

Cuestión distinta se plantea cuando se limita premeditadamente el conocimiento de los crímenes contra la humanidad por parte de las jurisdicciones internacionales. Los Tribunales de Nuremberg y de Tokio sólo conocieron de los crímenes contra la humanidad que se cometieron a partir del desencadenamiento de las hostilidades que desembocaron en la 2ª Guerra Mundial. Esta sujeción del crimen contra la humanidad a la existencia de un conflicto armado se encuentra presente en el Estatuto del TPIY(16). Los Estatutos del TPIR(17) y del TPI(18) no requieren, sin embargo, que se tenga que observar aquella sujeción(19). En cualquier caso, el que se limite circunstancialmente el conocimiento de los crímenes contra la humanidad, no quiere decir que estas infracciones penales tengan que estar sujetas necesariamente a la existencia de un conflicto armado. Tal y como ha reconocido el propio TPIY

“La ausencia de un vínculo entre los crímenes contra la humanidad y conflicto armado internacional es en la actualidad una regla establecida de derecho internacional consuetudinario”(20).

Así pues, por lo que respecta al ámbito contextual, los crímenes contra la humanidad se aplican a cualquier tipo de situación, constituya

(13) .- Vid. A/Res. 1653(XVI) de 24 de noviembre de 1961. Recientemente, A/RES/46/37 de 6 de diciembre de 1991 y A/RES/47/53 C de 9 de diciembre de 1992.

(14) .- Vid. A/RES/47/133 de 18 de diciembre de 1992.

(15) .- Vid. A/51/10, p. 103.

(16) .- Vid. Art. 5.

(17) .- Vid. Art. 4.

(18) .- Vid. Art. 7.

(19) .- Ahora bien, aunque en estos casos no se requiere que las conductas constitutivas de un crimen contra la humanidad tengan lugar en el contexto de un conflicto armado, si se exige por el contrario que estos comportamientos formen parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil. Por este motivo coincidimos con DAVID cuando advierte que sería ciertamente difícil concebir la comisión de crímenes contra la humanidad en una situación en la que no exista un cierto grado de violencia. Esto significa que lo más probable es que los crímenes contra la humanidad sean perpetrados, como mínimo, en una situación de disturbios interiores y tensiones internas. Vid. DAVID, E., *Principes de Droit des conflits armés*, op.cit., p. 645.

(20) .- Cfr. TPIY (Apelación) sentencia “Tadic” de 2 de octubre de 1995, *ibid.*, parr. 141.

ésta un conflicto armado o no. Por el contrario, los crímenes de guerra tienen que haber sido cometidos en el marco de un conflicto armado, independientemente de la naturaleza internacional o interna del mismo.

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS INFRACCIONES *RATIONE MATERIAE.*

1. EL ELEMENTO OBJETIVO DE LAS INFRACCIONES:

a) de carácter cualitativo

Cualquier transgresión de las prohibiciones establecidas por el Derecho internacional humanitario no constituye un crimen de guerra. Aunque los Estados pueden incriminar en su fuero interno aquellos comportamientos que considere constitutivos de crímenes de guerra, a nivel internacional, sólo se encuentran tipificadas como tales crímenes de guerra las infracciones más graves(21).

Según el TPIY(22) y el TPIR(23) la gravedad de una conducta debe apreciarse en función de dos parámetros; en primer lugar, los valores afectados por dicha conducta, y en segundo lugar, los daños ocasionados por la misma a las víctimas.

Si tomamos en consideración los distintos crímenes de guerra previstos por los instrumentos internacionales, puede observarse que éstos se caracterizan, en su mayoría, por atentar contra lo más preciado del ser humano: su vida, su integridad, su libertad...(24) Sin embargo, a idéntico parecer podemos llegar si examinamos cuales son los valores que resultan afectados por los comportamientos calificables como crímenes contra la humanidad.

Por su parte, el segundo de los parámetros señalados: los daños ocasionados a las víctimas, tampoco nos permite diferenciar los crímenes de guerra de los crímenes contra la humanidad. Como podrá comprenderse, de cualquier conducta constitutiva de un crimen de guerra o de un crimen contra la humanidad puede derivarse consecuencias perjudiciales para

(21) .- Vid. Art. 85.5 del Protocolo I.

(22) .- Vid. TPIY(Apelación) sentencia “Tadic” de 2 de octubre de 1995, ibid, parr. 94 iii).

(23) .- Vid. TPIR(1ª instancia) sentencia “Akayesu” de 2 de septiembre de 1998, as. ICTR-96-4-T, parr. 616; TPIR (1ª instancia) sentencia “Musema” de 27 de enero de 2000, as. ICTR-96-13-T, parr. 286.

(24) .- Vid. TPIY (1ª instancia) sentencia “Erdemovic” de 29 de noviembre de 1996, as. IT-96-22, parr. 28.

la víctima, que sólo podrán llegar a ser determinadas, a nuestro entender, en cada caso concreto.

En consecuencia, de lo dicho, parece que no puede establecerse *a priori* la mayor gravedad de los crímenes de guerra sobre los crímenes contra la humanidad, o viceversa. El debate acerca de la mayor gravedad de estas dos infracciones penales se ha suscitado desde el primer momento entre los miembros del TPIY, como queda demostrado por las distintas posiciones mantenidas en sus opiniones individuales(25). Esta división de pareceres también se han visto reflejadas en las decisiones de las dos instancias del TPIY y del TPIR. Las Salas de Primera Instancia de ambas jurisdicciones internacionales han seguido el criterio de la mayor gravedad de los crímenes contra la humanidad frente a los crímenes de guerra(26),

(25) .- Para algunos miembros del TPIY, lo que realmente caracteriza a los crímenes contra la humanidad - partiendo de los parámetros avanzados en el asunto Tadic para determinar la gravedad de las infracciones penales - es que los crímenes contra la humanidad no sólo ofenden a lo que cada individuo considera como lo máspreciado, sino que se trata de una ofensa a los valores defendidos por la humanidad en su conjunto. Asimismo, los crímenes contra la humanidad no sólo buscan ocasionar un daño a una o varias víctimas, sino que su fin último es el de atentar contra la generalidad de la comunidad. Vid. TPIY(Apelación) sentencia “Erdemovic” de 7 de octubre de 1997, *ibid.* Opiniones separadas de los jueces McDonald y Vohrah, párrs. 20-27; TPIY(Apelación) sentencia “Tadic” de 26 de enero de 2000, *ibid.* Opinión separada del juez Cassese, párrs. 1-19, especialmente, párrs. 14-17. Frente a esta posición, se encuentra quienes se acogen a razones de diversa índole para rechazar la jerarquización de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad desde el punto de vista de la gravedad de los mismos. Para quienes mantienen esta postura, la gravedad de una conducta no debe determinarse en función de si esta forma parte de una categoría u otra de infracciones penales. Al contrario, la determinación de la gravedad de un comportamiento y su correspondiente sanción debe inferirse de la naturaleza de cada una de las conductas consideradas en sí misma. Vid. TPIY(Apelación) sentencia “Erdemovic” de 7 de octubre de 1997, *ibid.* Opinión separada y disidente del juez Li, párrs. 18-26, especialmente parr. 19. TPIY(1ª instancia) sentencia “Erdemovic” de 5 de marzo de 1998, *ibid.* Opinión separada del Juez Shahabuddeen, parte II. TPIY(1ª instancia) sentencia “Tadic” de 11 de noviembre de 1999, *ibid.* Opinión separada del Juez Robinson, parte I. TPIY(Apelación) sentencia “Tadic” de 26 de enero de 2000, *ibid.* Opinión separada del Juez Shahabuddeen. Sólo evitando diferenciar “a priori” los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad en función de su respectiva gravedad, puede darse una respuesta congruente a la pregunta que se formula uno de los miembros del TPIY en su opinión separada:

“(c)omparemos un crimen contra la humanidad cometido por el Apelante con un crimen de guerra, del que es acusado otra persona en función del artículo 3c) del Estatuto del Tribunal internacional, a saber el bombardeo de una localidad no defendida que causa la muerte de un millón de personas. ¿Podemos afirmar que el crimen contra la humanidad cometido por el Apelante es más grave que este crimen de guerra?”.

Cfr. TPIY(Apelación) sentencia “Erdemovic” de 7 de octubre de 1997, *ibid.* Opinión separada y disidente del juez Li, parr. 20.

(26) .- Vid. TPIY(1ª instancia) sentencias: “Erdemovic” de 29 de noviembre de 1996, *ibid.*, párrs. 31 y 40; “Tadic” de 14 de julio de 1997, *ibid.*, parr. 73; “Tadic” de 11 de noviem-

mientras que su Sala de Apelaciones se ha inclinado finalmente por no diferenciar entre estas infracciones penales con arreglo a la mayor gravedad de las mismas. Así, la Sala de Apelaciones en su sentencia de 26 de enero de 2000 pronunciada en el asunto Tadic:

“(...) concluye que no existe en derecho ninguna distinción entre la gravedad de un crimen contra la humanidad y un crimen de guerra. La Sala de Apelaciones estima que el Estatuto y el Reglamento del Tribunal internacional, interpretados conforme al derecho internacional consuetudinario, no permiten fundamentar tal distinción; las penas aplicables son también las mismas y son las circunstancias del asunto las que permitirán determinarlas en cada caso concreto”(27).

Además, la Sala de Apelaciones termina señalando que:

“(...) el artículo 8.1) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, al no prever ninguna distinción, adopta una posición análoga”(28).

b) de carácter cuantitativo.

Quienes defienden la mayor gravedad de los crímenes contra la humanidad sobre los crímenes de guerra, apoyan su postura en el carácter colectivo de los primeros. Al contrario de lo que sucede con los crímenes de guerra, que pueden ser cometidos contra una sola víctima, los crímenes contra la humanidad deben ser perpetrados contra una pluralidad de ellas, lo que les otorga un carácter colectivo.

Los Estatutos de los Tribunales militares de Nuremberg y Tokio disponían, respectivamente, que los crímenes contra la humanidad debían ir dirigidos contra las “las poblaciones civiles”²⁹ o “la población civil”³⁰. Siguiendo este mismo ejemplo, los Estatutos del TPIY, del TPIR, y del

bre de 1999, párrs. 27-29. TPIR(1ª instancia) sentencias: “Kambanda” de 4 de septiembre de 1998, as. ICTR 97-23-S, párr. 14; sentencia “Akayesu” de 2 de octubre de 1998, *ibid.*, párr. 6-10; sentencia “Serushago” de 5 de febrero de 1999, as. ICTR-98-39-S, párr. 13 y 14; sentencia “Kayishema” de 21 de mayo de 1999, as. ICTR-95-1, párr. 9.

(27) .- Vid. TPIY (Apelación) sentencia “Tadic” de 26 de enero de 2000, *ibid.*, párr. 69.

(28) .- Cfr. *Ibid.*

(29) .- Vid. Art. 6c).

(30) .- Vid. Art. 5c).

TPI, mencionan a “la población civil” como víctima de las conductas masivas o sistemáticas en las que consisten los crímenes contra la humanidad, confiriéndole así a estas infracciones penales un carácter colectivo. A esta idea se suma las Convenciones para la prevención y sanción del delito de genocidio así como para la represión y castigo del crimen de apartheid.

No obstante, la Convención para la represión y castigo del crimen de apartheid contempla entre los comportamientos que dan lugar a este crimen contra la humanidad, el de

“(1)a denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la persona (...)”(31) (el subrayado es nuestro).

Aunque el resto de los comportamientos previstos por el citado convenio internacional se refieren indistintamente a los “grupos raciales” o a los miembros (en plural) de tales grupos(32) - lo que responde a la idea de pluralidad de víctimas, que como decimos caracteriza a los crímenes contra la humanidad - cabe afirmar que el supuesto inmediatamente citado, permite considerar como crimen de apartheid y por consiguiente como crimen contra la humanidad(33), una conducta en la que tan sólo se encuentra implicada como víctima un sólo miembro de un grupo racial. Este precedente nos lleva a cuestionarnos si un sólo acto cometido contra un único individuo puede dar lugar a un crimen contra la humanidad.

Antes de que el TPIY y el TPIR conocieran sobre sus primeros asuntos, el Relator Especial nombrado por la Comisión de Derecho Internacional para la preparación del Proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, llegó al convencimiento, en su séptimo informe periódico, de que los crímenes contra la humanidad podían tener como víctima a un sólo individuo siempre y cuando en este supuesto concurren una serie de circunstancias(34).

(31) .- Cfr. Art. 2 a).

(32) .- Vid. Art. 2 b), c), d), e) y f).

(33) .- Según el artículo 1.1 de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid,

“(1)os Estados Partes en la presente Convención declaran que el apartheid es un crimen contra la humanidad (...)”.

Cfr. Art. 1.1.

(34) .- En efecto, el Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, afirmó que:

“(c)abe preguntarse si para que un acto constituya un crimen contra la humanidad tiene que revestir un carácter masivo. El carácter masivo es un criterio del crimen contra la humanidad, pero no es el único. A veces, un acto inhumano cometido contra una sola persona puede también constituir un crimen contra la humanidad si se inscribe en un sistema,

Esta posibilidad, con la que se acaba individualizando las víctimas de los crímenes contra la humanidad, fue acogida por el TPIY en sus primeras decisiones. En efecto, el TPIY afirmó en aquel momento que:

“los crímenes contra la humanidad deben diferenciarse de los crímenes de guerra contra las personas. Aquellos deben, en particular, ser generalizados o presentar un carácter sistemático contra la población civil, (...)”(35).

Ahora bien, continua señalando el TPIY

“(…) un único acto podría cumplir las condiciones de un crimen contra la humanidad. Así, un individuo que comete un crimen contra una sola víctima o un número limitado de víctimas puede ser declarado culpable de un crimen contra la humanidad si sus actos forman parte del contexto concreto anteriormente señalado”(36).

La concepción de los crímenes contra la humanidad avanzada por el TPIY fue retomada por el TPIR en relación con el crimen de genocidio. Para el TPIR

“(…) para que cualquiera de los actos incriminados en el párrafo 2 del artículo 2 del Estatuto sea constitutivo de genocidio, debe haber sido cometido contra uno o varios individuos, siempre que éste o estos individuos sean miembros de un grupo específico y en razón de su pertenencia a dicho grupo. Así, la víctima del acto es elegida no en función de su identidad individual, sino más bien en razón de su pertenencia nacional, étnica, racial o religiosa. La víctima del acto es un miembro del grupo, elegido en tanto que tal, lo que significa en definitiva que la víctima del crimen de genocidio es el grupo mismo y no solamente el individuo “ (37).

o se ejecuta según un plan, o si se presenta un carácter repetitivo, que no deja albergar ninguna duda acerca de las intenciones de su autor”.

Cfr. A/CN.4/419 y Add.1, parr. 60.

(35).- Cfr. TPIY(1ª instancia) decisión “Hospital de Vukovar” de 3 de abril de 1996, as. IT-95-13-R61, parr. 30

(36) .- Cfr. Ibid., parr. 30. Reproducido también por el TPIY (1ª instancia) en su sentencia “Tadic” de 7 de mayo de 1997, ibid., parr. 649. Más recientemente, el TPIY señalaba en el asunto Kupreskic que:

“(s)in embargo, en ciertas circunstancias, un simple acto ha constituido un crimen contra la humanidad si éste tenía lugar en el contexto necesario”.

Cfr. TPIY(1ª instancia) sentencia “Kupreskic” de 14 de enero de 2000, as. IT-95-16, parr. 550. También, vid. TPIY(1ª instancia) sentencias “Kunarac, Vukovic y Kovac” de 22 de febrero de 2001, as. IT-96-23 y IT-96-23/1, parr. 431; “Korvic y Cerkez” de 26 de febrero de 2001, as. IT-95-14/2, parr. 178.

(37) .- Cfr. TPIR(1ª instancia) sentencia “Akayesu” de 2 de septiembre de 1998, ibid., parr. 522.

Con ello, el TPIR también acaba admitiendo que para la comisión de un crimen contra la humanidad, como es el caso del crimen de genocidio, no resulta necesario que se atente contra un número específico de víctimas, sino que la comisión de un crimen contra la humanidad va a depender más de las circunstancias en las que son perpetrados que de la cantidad de víctimas que se vean afectadas por la conducta criminal.

En esta misma dirección parece apuntar la Comisión Preparatoria del Tribunal Penal Internacional, que en la formulación de los elementos de los crímenes recogidos en su Estatuto, admite que los crímenes contra la humanidad pueden cometerse contra

“(...) una o más personas (...)”(38),

siempre y cuando

“(...) la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil”(39).

En definitiva, y a la vista de lo dicho, cabe afirmar que los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad no tienen que consistir necesariamente en conductas colectivas que afecten a un número determinado de víctimas, sino que puede ir dirigida contra un individuo en particular. Desde este punto de vista, lo único que permite distinguir a estas dos infracciones penales es que los crímenes contra la humanidad, en contra de lo que sucede con los crímenes de guerra, no pueden circunscribirse a actos aislados, sino que los actos en los que consisten los crímenes contra la humanidad deben encontrarse inscritos en un contexto en el que se cometan ataques dirigidos contra un grupo o colectividad.

2. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LAS INFRACCIONES.

El propio Tribunal Internacional de Justicia, con ocasión de su opinión consultiva acerca de la licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares de 8 de julio de 1996, aseveró que el número de muertos que pudiera ocasionar la eventual utilización de armas nucleares, pese a que sería probablemente elevado, no bastaría para considerar este hecho como constitutivo de un crimen de genocidio. Al contrario, según el TIJ, la prohibición del genocidio sólo sería aplicable a este caso

(38) .- Cfr. PCNICC/2000/INF/3/Add.2, págs. 10-18.

(39) .- Cfr. Ibid.

“(...) si se hubiese comprobado que el recurso a las armas nucleares comportase efectivamente un elemento de intencionalidad dirigido contra un grupo (nacional, étnico, racial o religioso específico), (...)”(40).

La intencionalidad se convierte así en un criterio a partir del cual puede diferenciarse entre infracciones penales afines.

Como es bien sabido, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad cuentan con un elemento intencional como tales infracciones penales. Ahora bien, debemos preguntarnos si a través de este elemento subjetivo puede distinguirse entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad; o dicho de otro modo, ¿existe una intencionalidad específica que permita diferenciar a ambas infracciones penales?.

Inicialmente, el TPIY consideró que la intencionalidad propia de los crímenes contra la humanidad difería respecto de la característica de los crímenes de guerra, fundamentalmente en dos aspectos: uno, relativo al contexto en el que los crímenes contra la humanidad eran perpetrados, y otro, referido al carácter discriminatorio con el que ésta última infracción penal era cometida.

Por lo que respecta al primero de los aspectos mencionados, debe tenerse presente que los crímenes contra la humanidad se caracterizan por afectar a una pluralidad de víctimas. Para el TPIY, el autor de esta infracción penal debe ser consciente de que su acto se comete en este contexto de ataque colectivo contra las personas(41), a la vez que el acto del autor debe guardar una cierta conexión con ese contexto de ataque colectivo(42).

El TPIR, en idéntica dirección, señala que:

“(...) para ser declarado culpable de crímenes contra la humanidad, el autor debe tener conocimiento de la existencia de un ataque contra la población civil y del hecho de que su ataque se inscribe en el marco de ese ataque”(43).

(40) .- Cfr. TIJ. Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, opinión consultiva de 8 de julio de 1996, Rec. 1996, parr. 26. También, vid. TIJ. Affaire relative a la licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Allemagne, Belgique, Canada, France, Italie, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni), ordenanzas de 2 de junio de 1999.

(41) .- Vid. TPIY(1ª instancia) sentencias: “Tadic” de 7 de mayo de 1997, *ibid.*, parr. 656; “Blaskic” de 3 de marzo de 2000, as. IT-95-14, parr. 250.

(42) .- Vid. TPIY(Apelación) sentencia “Tadic” de 15 de julio de 1999, *ibid.*, parr. 248. TPIY (1ª instancia) sentencia “Blaskic” de 3 de marzo de 2000, *ibid.*, parr. 250.

(43) .- Cfr. TPIR(1ª instancia) sentencias: “Kayishema” de 21 de mayo de 1999, *ibid.*, parr. 133; “Musema” de 27 de enero de 2000, *ibid.*, parr. 206.

Asimismo, el Estatuto del TPI ha incorporado esta jurisprudencia a su articulado, exigiendo que cualquiera de los actos que integran la categoría de crímenes contra la humanidad deben cometerse

“(…) como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”(44).

La necesidad de que el autor de un crimen contra la humanidad sea consciente de que su acto se inscribe en un contexto más amplio de ataques contra la población civil, parece llevar implícita la exigencia de que el autor no pueda actuar por motivos estrictamente personales. Así lo creyó inicialmente la Sala de Primera Instancia del TPIY(45). Sin embargo, en el mismo asunto, la Sala de Apelaciones concluyó que:

“(…) el acto no haya sido cometido por motivos puramente personales no forma parte de los requisitos necesarios para entrar a formar parte de la definición de un crimen contra la humanidad”(46).

Esto significa que no deberá probarse que el autor de un crimen contra la humanidad no actuaba por motivos estrictamente personales, lo que permite descartar, como contrapartida, que el autor de los crímenes contra la humanidad tenga que actuar indefectiblemente, por ejemplo, por razones ideológicas o políticas. Así, el TPIY establece con la suficiente claridad que:

“(…) el elemento intencional propio de un crimen contra la humanidad no exige que el acusado sea identificado con la ideología, la política o el plan en nombre del cual los crímenes colectivos han sido perpetrados, ni tampoco que se haya adherido. Resulta suficiente que haya, en conciencia, asumido el riesgo de participar en la puesta en práctica de este ideología, esta política o este plan (...)”(47).

Por consiguiente, de lo dicho hasta ahora cabe admitir que la intención específica de los crímenes contra la humanidad requiere como mínimo que el autor de esta infracción penal sea consciente de la existencia de

(44) .- Cfr. Art. 7.1. También, vid. PCNICC/2000/INF/3/Add.2, pp. 10-18.

(45) .- Vid. TPIY(1ª instancia) sentencia “Tadic” de 7 de mayo de 1997, *ibid.*, parr. 656.

(46) .- Cfr. *Ibid.*, parr. 272.

(47) .- Cfr. TPIY(1ª instancia) sentencia “Blaskic” de 3 de marzo de 2000, *ibid.*, parr. 257.

(48) .- Vid. TPIY(1ª instancia) sentencia “Kunarac, Vukovic y Kovac” de 22 de febrero de 2001, *ibid.*, parr. 434.

un ataque contra la población civil y que su conducta se inscriba en este contexto(48).

No obstante, además del conocimiento del autor del contexto en el que los crímenes contra la humanidad son perpetrados, el TPIY identifica un segundo aspecto que permite diferenciar un crimen contra la humanidad de un crimen de guerra: el de la intención discriminatoria con la que los crímenes contra la humanidad son cometidos. Pues bien, en relación con este segundo aspecto, la Sala de Apelaciones ha vuelto a corregir el criterio establecido por las Salas de Primera Instancia del TPIY(49) y del TPIR(50). Para la Sala de Apelaciones

“(...) la Sala de Primera Instancia se equivoca al considerar que todo los crímenes contra la humanidad requieren una intencionalidad discriminatoria. Este tipo de intencionalidad es un ingrediente legal indispensable para la ofensa sólo cuando los crímenes contra la humanidad lo requiera expresamente, (...)”(51).

En efecto, salvo que sea expresamente requerida por el tipo penal, como sucede, por ejemplo, con la definición de crímenes contra la humanidad prevista en el Estatuto del TPIR(52), la intencionalidad discriminatoria no debe ser exigida para todos los crímenes contra la humanidad(53).

De este modo, en lo concerniente al elemento subjetivo de las infracciones, la diferencia entre un crimen de guerra y un crimen contra la humanidad, queda reducida a un único aspecto: el del conocimiento del contexto en el que se comete el acto y el de su pertenencia al mismo. Para los crímenes contra la humanidad, este contexto estaría constituido por la existencia de un ataque masivo o sistemático contra la población civil,

(49) .- Vid. TPIY (1ª instancia) sentencia “Tadic” de 7 de mayo de 1997, *ibid.*, parr. 652.

(50) .- Vid. TPIR(1ª instancia) sentencias: “Akayesu” de 2 de septiembre de 1998, *ibid.*, parrs. 584 y 585; “Kayishema” de 21 de mayo de 1999, *ibid.*, parr. 130; “Rutaganda” de 6 de diciembre de 1999, as. ICTR-96-3, parr. 2.3.

(51) .- Cfr. TPIY(Apelación) sentencia “Tadic” de 15 de julio de 1999, *ibid.*, parr. 305. También, *vid. Ibid.* Opinión separada del juez Shahabuddeen, parrs. 33-38. Además, *vid. TPIR (1ª instancia) sentencia “Musema” de 27 de enero de 2000, ibid., parr. 210; TPIY(1ª instancia) sentencia “Blaskic” de 3 de marzo de 2000, ibid., parr. 260.*

(52) .- Vid. Art. 3.

(53) .- Vid. TPIY(1ª instancia) sentencias: “Jelusic” de 14 de diciembre de 1999, as. IT-95-10, parrs. 67 y 68; “Kordic y Cerkez” de 26 de febrero de 2001, *ibid.*, parrs. 186 y 187.

(54) .- La Comisión preparatoria del Tribunal Penal Internacional, en su “Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes”, exige como elemento constitutivo de los distintos crímenes de guerra recogidos en el artículo 8 de su Estatuto, “(q)ue la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional/que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él”, y que “el autor haya tenido cono-

mientras que para los crímenes de guerra dicho contexto estaría formado por la existencia de un conflicto armado(54).

III. EL AMBITO DE APLICACIÓN DE LAS INFRACCIONES *RATIONE PERSONAE*

1. LA AUTORÍA DE LAS INFRACCIONES:

a) de carácter directo.

Con independencia de la responsabilidad internacional que pueda atribuírsele al Estado, las consecuencias penales de la comisión de un crimen de guerra y de un crimen contra la humanidad recaen exclusivamente sobre las personas físicas(55). Así, las jurisdicciones internacionales de carácter penal, limitan su competencia personal a las conductas cometidas por personas físicas(56). Las personas físicas pueden actuar en nombre o por cuenta estatal o bien hacerlo a título particular. La práctica totalidad de los textos internacionales referidos a los crímenes de guerra o a los crímenes contra la humanidad se encuentran abiertos a esta doble posibilidad. Ello se debe a que estos textos internacionales, en su mayoría, no especifican bajo que título o condición las personas físicas pueden perpetrar crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. Esta falta de concreción permite extender la responsabilidad punitiva derivada de estas infracciones

cimiento de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado". Vid. PCNICC/2000/INF/3/Add.2, pp. 19-51. Para la Comisión preparatoria:

"(c)on respecto a los dos últimos elementos enumerados para cada crimen: - No se exige que el autor haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional; - En ese contexto, no se exige que el autor tenga conocimiento de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional; -Únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que haya determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras "haya tenido lugar en el contexto de... y que haya estado relacionada con él".

Cfr. *Ibid.*, p. 19.

(55) .- Vid. TPIY(1ª instancia) sentencia" Furundzija" de 10 de diciembre de 1998, as. IT-95-14/1, parr. 142.

(56) .- Vid. Estatutos del TPIY(art. 6), del TPIR (art. 5) y del TPI(art. 25.1).

(57) .- Vid. Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg(art. 6), Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio(art. 5), Convenios de Ginebra (art. 49, I; art. 50, II; art. 129, III; art. 146, IV), Convención para la prevención y represión del Genocidio de 9 de diciembre de 1948(art. 4), Convención para la represión y castigo del crimen de apartheid de 30 de noviembre de 1973(art. 3), Estatuto del TPIY(art. 7.1), Estatuto del TPIR (art. 6.1) y Estatuto del TPI(art. 25.2).

penales a cualquier persona física sin tener en cuenta el título o la condición estatal o particular con la que actúan(57).

El TPIY ha refrendado esta interpretación amplia al afirmar en una de sus primeras sentencias que:

“(...) el Tribunal internacional es competente para juzgar a una persona que participa en crímenes contra la humanidad, infracciones graves a las Convenciones de Ginebra, violaciones de las leyes o costumbres de la guerra o genocidio en cualquiera de sus distintas capacidades”(58)

Asimismo, el TPIR ha señalado, aunque limitándose a los crímenes de guerra, que:

“(...) las leyes de la guerra deben aplicarse de la misma manera a los civiles como a los combatientes en el sentido clásico del término”(59).

Con ello, el TPIY y el TPIR declaran la responsabilidad penal de los individuos que cometen crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, cualquiera que sea el título o la condición en la que estas infracciones penales son perpetradas. Por consiguiente, podemos afirmar que en lo concerniente a la autoría directa, no cabe hacer distinción alguna entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

b) de carácter indirecto

En principio, tampoco parece que existan diferencias sustanciales entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por lo que respecta a las formas de participación indirecta en la comisión de ambas infracciones penales(60). Sin embargo, a diferencia del resto de textos internacionales, el Estatuto del TPI prevé como condición previa para conocer de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad, que, en el primer caso, se cometan

“(...) como parte de un plan o política (...)”(61),

(58) .- Cfr. TPIY(1ª instancia) sentencia “Tadic” de 7 de mayo de 1997, *ibid.*, parr. 662.

(59) .- Cfr. TPIR(1ª instancia) sentencia “Akayesu” de 2 de septiembre de 1998, *ibid.*, parr. 635. También, *vid.* TPIR(1ª instancia) sentencia “Musema” de 27 de enero de 2000, *ibid.*, parr. 274.

(60) .- *Vid. Supra*, nota 32.

(61) .- Cfr. Art. 8.1.

(62) .- Cfr. Art. 7.2 a).

mientras que en el de los crímenes contra la humanidad, éstos deben perpetrarse

“(…) de conformidad con la política de un Estado o de una organización (...)”(62).

Esto quiere decir que para el conocimiento de ambas infracciones penales, el TPI deberá verificar si éstas se encuentran precedidas de un plan o política a la que responden, y con ello la existencia de una autoría indirecta encargada de diseñar u organizar ese plan o política. No obstante, en relación con esta condición, el Estatuto del TPI parece acoger una diferencia entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Para los primeros, la existencia de un plan o política constituiría una posibilidad no excluyente para el conocimiento de un crimen de guerra, mientras que para los crímenes contra la humanidad, la existencia de aquella condición si parece preceptiva(63).

Lo anterior nos lleva a plantearnos dos cuestiones a las que trataremos de dar respuesta a la luz de la jurisprudencia del TPIY y del TPIR. En primer lugar, ¿ la concurrencia de un plan o política previa constituye una condición necesaria para determinar la existencia de un crimen de guerra y de un crimen contra la humanidad?, y en segundo lugar, ¿ quienes serían los autores indirectos encargados del diseño o de la organización de ese plan o política?.

El TPIY y el TPIR coinciden en examinar la existencia de un plan o política en relación con la comisión de los crímenes contra la humanidad. Para el TPIY,

“(…)la razón por la cual los crímenes contra la humanidad escandalizan a la conciencia de la humanidad y justifican la interven-

(63) .- El artículo 8.1 del Estatuto del TPI establece que:

“(1)a Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se comentan como parte de un plan o política “o” como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (el subrayado y el entrecomillado es nuestro).

Cfr. Art. 8.1. La existencia de la conjunción disyuntiva “o” nos permite afirmar que la comisión de un crimen de guerra que responda a un plan o política determinada es uno de los supuestos de los que podrá conocer el TPI más que una condición concurrente. Por el contrario, este último carácter parece ser que es el que le atribuye el Estatuto del TPI a los crímenes contra la humanidad relacionados en su Estatuto, cuando identifica el “ataque contra la población civil” como aquella

“(…) línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados (...) contra la población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”.

Cfr. Art. 7.2 a).

(64) .- Cfr. TPIY(1ª instancia) sentencia “Tadic” de 7 de mayo de 1997, *ibid.*, parr. 653.

ción de la comunidad internacional se debe a que no se trata de actos asilados, cometidos fortuitamente por los individuos, sino que estos resultan más bien de una tentativa deliberada dirigida contra la población civil”(64).

Esto quiere decir - continua señalando el TPIY - que:

“(...) esta condición ha sido interpretada como significando que debe existir una cierta forma de política para cometer estos actos”(65).

Para ello no es necesario que este plan o política sea proclamado formalmente, sino que puede deducirse su existencia a partir de los propios actos constitutivos de un crimen contra la humanidad; en concreto

“(...) el carácter generalizado o sistemático demuestra la existencia de una política dirigida a cometer estos actos, sea o no proclamada formalmente”(66).

El TPIR también vincula, con mayor claridad si cabe, la existencia de un plan o política con la comisión de crímenes contra la humanidad(67).

Ahora bien, la cuestión que aún permanece latente y a la que debemos responder es si la concurrencia de un plan o política en relación con los crímenes contra la humanidad constituye una condición “sine qua non” para la existencia de este tipo de infracción penal, o bien se trata tan sólo de una más de las características definitorias de los crímenes contra la humanidad. La jurisprudencia del TPIR parece estar más en consonancia con la primera interpretación, mientras que la del TPIY se alinea más con la segunda(68). No obstante, la Sala de Primera Instancia del TPIY no ha tenido reparos en reconocer sus dudas sobre la cuestión. En una de sus sentencias,

“(...) la Sala de Primera Instancia ha señalado que aunque la noción de crímenes contra la humanidad implica necesariamente la existencia de un elemento director, existen dudas acerca de si es

(65) .- Cfr. Ibid.

(66).- Cfr. Ibid.

(67).- Vid. TPIR(1ª instancia) sentencias: “Akayesu” de 2 de septiembre de 1998, ibid., parr. 581; “Rutaganda” de 6 de diciembre de 1999, ibid., parr. 2.3; “Kayishema” de 21 de mayo de 1999, parr. 126.

(68) .- Vid. TPIY(1ª instancia) sentencia “Kordic y Cerkez” de 26 de febrero de 2001, ibid., parr. 182.

exigido estrictamente como tal, para los crímenes contra la humanidad”(69).

Desde luego, de lo que no cabe duda es que para el TPIY así como para el TPIR, los responsables penales del diseño o la organización de ese plan o política - y con ello respondemos a la segunda cuestión que nos planteamos al principio de este apartado - pueden ser entidades o grupos tanto públicos como privados(70). El TPIR, de manera más puntual, ha señalado que:

“(...) debe asegurarse que (las) acciones (de los acusados) estaban inspiradas u ordenadas por un gobierno, por una organización o incluso por un grupo cualquiera”(71).

A la vista de lo dicho, podemos concluir que la concurrencia de un plan o política caracteriza a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad, si bien sólo en el caso de éstos últimos parece formar parte de los elementos constitutivos del tipo penal, lo que termina condicionando la existencia misma del crimen contra la humanidad. Cualquier entidad o grupo, tanto público como privado, podrían ser los responsables del diseño o la organización del plan o política, convirtiéndose así en los autores indirectos de los eventuales crímenes contra la humanidad.

A nuestro modo de ver, la exigencia de esta condición suplementaria no permite diferenciar los crímenes de guerra de los crímenes contra la humanidad. Y sin embargo, este requisito contribuye innecesariamente a condicionar, cuanto menos, o a limitar, cuanto más, el conocimiento de conductas que bien pudieran considerarse como crímenes contra la humanidad en razón de la concurrencia de otros elementos mucho más determinantes. Aunque de la consulta a la jurisprudencia del TPIY y del TPIR no hemos podido extraer una solución definitiva, parece que el Proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad(72), primero, y el Estatuto del TPI(73), después, dan cabida a la concepción restrictiva por nosotros criticada.

(69) .- Cfr. TPIR(1ª instancia) sentencia “Kupreskie” de 14 de enero de 2000, *ibid.*, parr. 551.

(70).- Vid. Vid. TPIY(1ª instancia) sentencia “Tadic” de 7 de mayo de 1997, *ibid.*, parr. 654; TPIR(1ª instancia) sentencias: “Akayesu” de 2 de septiembre de 1998, *ibid.*, parr. 581; “Rutaganda” de 6 de diciembre de 1999, *ibid.*, parr. 2.3.

(71) .- Cfr. TPIR(1ª instancia) sentencia “Kayishema” de 21 de mayo de 1999, *ibid.*, parr. 126.

(72) .- Vid. A/51/10, pp. 102 y 103.

(73) .- Vid. *Supra*, nota 38.

2. LAS VÍCTIMAS DE LAS INFRACCIONES:

a) en lo que concierne a la persona

A diferencia de los crímenes contra la humanidad, para determinar la existencia de un crimen de guerra en función de las víctimas que ocasiona, debe distinguirse entre los crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado internacional y los perpetrados en un conflicto armado interno. A su vez, hemos de diferenciar entre los crímenes de guerra que tienen su origen en la violación de una norma internacional correspondiente al llamado “derecho de Ginebra”, y la que trae su causa de la transgresión de una norma internacional perteneciente al llamado “derecho de la Haya”.

(i) Los crímenes de guerra cometidos:

- en un conflicto armado internacional

Para los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (Convenios de Ginebra) sólo tienen la consideración de crímenes de guerra en el contexto de los conflictos armados internacionales, los actos cometidos por una parte en el conflicto armado (A) contra los heridos, enfermos y náufragos de la parte adversa (B), o bien contra los prisioneros o civiles que se encuentran en poder de (A) y que no sean súbditos suyos. A los anteriores, el Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977 (Protocolo I) a los Convenios de Ginebra añadió los actos cometidos por (A) contra todos los combatientes de (B) en poder de (A), los refugiados, los apátridas, los heridos, los enfermos y los náufragos - que son definidos ahora más ampliamente que en los respectivos Convenios de Ginebra - así como el personal sanitario o religioso bajo el control de (B)(74).

Lo anterior significa que en el contexto de los conflictos armados internacionales sólo tienen la consideración de crímenes de guerra, aquellas conductas que estén dirigidas contra determinadas categorías de personas en circunstancias concretas. Esta concepción de los crímenes de guerra prevista por el “derecho de Ginebra” ha sido la seguida por los Estatutos del TPIY(75) y del TPI(76) y la confirmada - no sin tener que corregir la interpretación realizada por la Sala de Primera Instancia del Estatuto - por la Sala de Apelaciones del TPIY. Para la Sala de Apelaciones

“(…) los crímenes enumerados en el artículo 2 (violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949) sólo pueden perseguirse

(74) .- Vid. DAVID, E., *Principes de Droit des conflits armés*, op.cit., p. 598.

(75) .- Vid. Art. 2.

(76) .- Vid. Art. 8.2 a).

cuando éstos sean perpetrados contra las personas (...) consideradas como “protegidas” por los Convenios de Ginebra en el marco de las rigurosas condiciones fijadas por los Convenios propiamente dichos (...). De forma clara, estas disposiciones de los Convenios de Ginebra se aplican a las personas (...) protegidas únicamente en la medida en la que se sitúan en el contexto de un conflicto armado internacional”(77).

De este modo, para determinar la existencia de un crimen de guerra, habrá que verificar, en primer lugar, si nos encontramos ante un conflicto armado internacional. Sólo si es así, podremos, en segundo lugar, examinar si las víctimas de las eventuales infracciones penales satisfacen las condiciones establecidas por los Convenios de Ginebra y su Protocolo I para ser consideradas como “personas protegidas” (78).

Mayores dificultades se presentan en relación con la determinación de las víctimas de las violaciones de las normas internacionales correspondientes al “derecho de la Haya”, también en el ámbito de los conflictos armados internacionales. Las infracciones graves que forman parte de este “derecho de la Haya” contempladas en el Protocolo I, no distinguen entre los ataques de una parte en el conflicto armado (A) contra la parte adversa (B) y los ataques de aquella parte (A) contra su propia población(79). Los Comentarios a los Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra, defienden una interpretación restrictiva, considerando que tan sólo forman parte de las infracciones graves referidas, los ataques de (A) contra el adversario (B), excluyéndose así del ámbito de aplicación personal de estos crímenes de guerra los ataques dirigidos contra su propia población(80).

(77) .- Cfr. TPIY(Apelación) sentencia “Tadic” de 2 de octubre de 1995, *ibid.*, parr. 81.

(78) .- Vid. TPIY(1ª instancia) sentencia: “Tadic” de 7 de mayo de 1997, *ibid.*, parr. 608. También, *vid. Ibid.* Opinión separada y disidente del juez McDonald, parr. 34. TPIY(1ª instancia) sentencias: “Celebici” de 16 de noviembre de 1998, as. IT-96-21, parrs. 274-277; “Aleksovski” sentencia de 25 de junio de 1999, parr. 46. También, *vid. Ibid.* Opinión conjunta a la mayoría de los jueces Vohrah y Nieto-Navia, parrs. 1 y 2, así como opinión disidente del juez Rodrigues, parrs. 1, 2 y 29-49. TPIY(1ª instancia) sentencias “Tadic” de 15 de julio de 1999, *ibid.*, parr. 163; “Blaskic” de 3 de marzo de 2000, *ibid.*, parrs. 74 y 124. TPIY(Apelación) sentencias: “Aleksovski” de 24 de marzo de 2000, *ibid.*, parr. 154; “Celebici” de 20 de febrero de 2001, *ibid.*, parr. 106.

(79) .- Vid. Art. 85.3.

(80) .- Esta interpretación restrictiva se fundamenta en el artículo 49.1 del Protocolo I que limita la expresión “ataque” a

“los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”.

Cfr. Art. 49.1. Además el apartado segundo de este mismo artículo precisa que:

Del Estatuto del TPIY y de su jurisprudencia, no es posible extraer una conclusión que nos permita responder a la cuestión planteada, ya que el TPIY ha utilizado el artículo 3(violación de las leyes y usos de la guerra) de su Estatuto para incluir todas las violaciones graves del Derecho internacional humanitario no cubiertas por los artículos 2(violaciones graves de los Convenios de Ginebra) , 4(genocidio) o 5(crímenes de lesa humanidad) del referido Estatuto(81). Tampoco contribuye a despejar estas dudas ni el Proyecto de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, ni el Estatuto del TPI, cuya Comisión Preparatoria no arroja luz sobre el problema en la determinación de los elementos del crimen de guerra(82).

- en un conflicto armado interno.

Al contrario de lo que sucede en el ámbito de los conflictos armados internacionales, las víctimas en el contexto de los conflictos armados internos son todas las afectadas por las hostilidades, con independencia de su relación - amiga o enemiga - con la parte beligerante(83). El Estatuto del TPIR incrimina las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de 8 de junio de 1977 (Protocolo II) a los Convenios de Ginebra(84), mientras que el Estatuto del TPI

“(l)as disposiciones del presente Protocolo respecto de los ataques (incluidos, por consiguiente los del artículo 85.3) serán aplicable a todos los ataques en cualquier territorio donde se realicen, inclusive el territorio nacional que pertenezca a una Parte en conflicto, pero que se halle bajo el control de una Parte adversa” (el subrayado es nuestro).

Cfr. Art. 49.2. También, vid. *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, SANDOZ, Y, SWINARSKI, C., ZIMMERMAN, B. (editores), Ginebra, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, parr. 1878.

(81) .- En efecto, el artículo 3 del Estatuto del TPIY destinado a recoger las “violación(es) de las leyes y usos de la guerra” ha sido empleado por el TPIY como una especie de “cajón de sastre” en el que tiene cabida todas las violaciones graves del Derecho internacional humanitario no previstas en los artículos 2, 4 y 5 del Estatuto, y entre éstas entiendo comprendidas las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Vid. TPIY (Apelación) sentencia “Tadic” de 2 de octubre de 1995, *ibid.*, parr. 91. Precisamente, la mayoría de las veces, cuando el TPIY ha tenido que examinar la aplicación al caso concreto del artículo 3 del Estatuto, ha limitado su examen a las disposiciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Tan sólo en algún caso, el TPIY se ha referido al ámbito de aplicación personal de algunos de los comportamientos incluidos en el “derecho de la Haya” y que se encuentran previstos en el artículo 3 del Estatuto. De estas referencias puntuales parece desprenderse una interpretación amplia del ámbito de aplicación personal de dichas conductas. Vid. TPIY(1ª instancia) sentencia “Blaskic” de 3 de marzo de 2000, *ibid.*, parrs. 180, 186 y 187.

(82) .- Vid. PCNICC/2000/INF/3/Add.2, pp. 25-39. No obstante, entre las “violaciones graves de las leyes y los usos aplicables a los conflictos armados internacionales”, el Estatuto del TPI recoge conductas en la que se especifica que éstas deben tener como víctimas a los “enemigos” (art. 8.2 b vi, vii, xi, xiv y xv) o a los propios “nacionales” (art. 8.2 b viii y xxvi).

(83) .- Vid. Art. 2 del Protocolo II.

(84) .- Vid. Art. 4.

limita dichas incriminaciones a las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra(85), especificando además - lo que no hace el Estatuto del TPIR - quienes serían las personas que se quieren proteger con aquella incriminación. Para ello, el Estatuto del TPI reproduce literalmente el contenido del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, el cual dispone que:

“ (las) personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa “(86).

No obstante, el TPIR ha precisado que pese a que no se encuentre recogido explícitamente en su Estatuto, las personas que se pretenden proteger al incriminar las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo II, corresponderían a las que aluden respectivamente el propio artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el artículo 4 del Protocolo II. Para el TPIR, el círculo de personas protegidas en ambos casos es idéntico al considerar ambos preceptos como sinónimos(87), lo que permite concretar este círculo de personas protegidas por los preceptos citados en torno a aquellas que “no participan directamente en las hostilidades”.

Ahora bien, ¿quiénes son las personas que no participan directamente en las hostilidades?. El TPIY ya adelantó que la contestación a esta cuestión dependería de cada caso concreto(88). El TPIR, pese a que también comparte esta opinión(89), ha ido más allá con la intención de concretar quienes formarían parte de este grupo de personas que no participan directamente en las hostilidades. Para ello, el TPIR parte de la premisa según la

(85) .- Vid. Art. 8.2 c).

(86) .- Cfr. Art 8.2 c). En realidad el artículo 8.2 c) del Estatuto del TPI reproduce literalmente lo dispuesto por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

(87) .- Vid. TPIR(1ª instancia) sentencias: “Akayesu” de 2 de septiembre de 1998, *ibid.*, parr. 630; “Rutaganda” de 6 de diciembre de 1999, *ibid.*, parr. 2.4.

(88) .- Para el TPIY,

“ (e) s inútil definir exactamente la línea que separa las personas que participan directamente en las hostilidades de las que no participan. Resultaría suficiente examinar los hechos correspondientes a cada víctima y evaluar si, en cada circunstancia particular, la persona participó directamente en las hostilidades en el momento concreto “.

Cfr. TPIY(1ª instancia) sentencia “Tadic” de 7 de mayo de 1997, *ibid.*, parr. 616. También, vid. TPIY(1ª instancia) sentencias: “Jelusic” de 14 de diciembre de 1999, *ibid.*, parr. 34; “Blaskic” de 3 de marzo de 2000, *ibid.*, parr. 177.

(89) .- Vid. TPIR (1ª instancia) sentencias “Kayishema” de 21 de mayo de 1999, *ibid.*, parr. 181; “Rutaganda” de 6 de diciembre de 1999, *ibid.*, parr. 2.3; “Musema” de 27 de enero de 2000, *ibid.*, parr. 280 in fine.

cual los que no participan directamente en las hostilidades son “todos los civiles”. Sin embargo, la falta de una definición satisfactoria por parte de la normativa internacional de “persona civil”, lleva a que el TPIR considere que pueda entenderse como “persona civil” aquella que “no pertenezca a las fuerzas armadas”. No obstante, el propio TPIR recuerda que debe tenerse en cuenta que “la persona civil” que participa directamente en las hostilidades - entendiéndose por participar directamente en las hostilidades, cometer actos de guerra que por su naturaleza o por su objeto están destinados a atacar al personal o al material de las fuerzas armadas del adversario - puede entrar a formar parte de la categoría de combatiente. Con esta salvedad, podemos concluir con el TPIR que:

“ (...) la Sala entenderá por “persona civil” toda persona que no forme parte de la categoría de autores (...) a saber, los individuos de todos los rangos pertenecientes a las fuerzas armadas bajo el mando militar de una u otra parte beligerante, o los individuos debidamente mandados y considerados para mantener o poner en práctica las fuerzas de guerra en su calidad de responsable o de agente del Estado o depositario de la autoridad pública o representante de facto del Gobierno. La categoría de las personas civiles se encuentra así definida grosso modo, se tratará de apreciar caso por caso si se prueba que una víctima tiene el estatuto de persona civil”(90).

(ii) Los crímenes contra la humanidad.

Ya desde su formulación primigenia en los Estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y de Tokio, los crímenes contra la humanidad eran cometidos contra “la población civil”(91). Los Estatutos del TPIY, del TPIR y del TPI contienen idéntica mención(92).

El TPIY señaló en una de sus primeras decisiones que con la expresión “población civil” prevista en su Estatuto sólo se pretende aludir al carácter colectivo característico de los crímenes contra la humanidad(93), de tal manera que lo que verdaderamente importa a la hora de identificar quie-

(90) .- Cfr. TPIR (1ª instancia) sentencia “Rutaganda” de 6 de diciembre de 1999, *ibid.*, parr. 2.3. También, vid. TPIR(1ª instancia) sentencia “Musema” de 27 de enero de 2000, *ibid.*, parr. 280.

(91) .- Vid. Art. 6 c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y art. 5c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio.

(92) .- Vid. Art. 5 (TPIY), art. 3 (TPIR).

(93) .- Vid. TPIY(1ª instancia) sentencias: “Tadic” de 7 de mayo de 1997, *ibid.*, parr. 644; “Jelusic” de 14 de diciembre de 1999, *ibid.*, parr. 54

(94) .- Vid. *Ibid.*, parr. 636.

nes son las víctimas de los crímenes contra la humanidad, es determinar si cada víctima en particular puede ser calificada de “persona civil”(94). A estos efectos, podríamos remitirnos a lo que acabamos de exponer en relación con la determinación de la categoría de “persona civil” como víctima de los crímenes de guerra en el contexto de los conflictos armados internos. Sin embargo, el TPIY, nos advierte que:

“(...) esta definición de civiles que figura en el artículo 3 común no es directamente aplicable a los crímenes contra la humanidad porque ésta forma parte de las leyes y costumbres de la guerra y no puede ser aplicada por analogía”(95).

Esto quiere decir que la definición de “persona civil” en tanto que víctima de crímenes contra la humanidad, cuenta con un ámbito de aplicación propio en el contexto de un conflicto armado.

En esta tarea de determinación de las víctimas de los crímenes contra la humanidad, el TPIY reconoce que estas infracciones penales

“(...) pueden ser cometidos contra civiles de la misma nacionalidad que el autor o contra civiles apátridas así como los que tienen una nacionalidad diferente”(96).

Esta posibilidad que supone una diferencia reseñable en relación con los crímenes de guerra cometidos, principalmente, en el curso de un conflicto armado internacional, se ve completada con otra precisión no menos importante, esta vez, para diferenciar - desde el punto de vista de las víctimas - los crímenes contra la humanidad de los crímenes de guerra perpetrados en el marco de un conflicto armado interno. Para el TPIY no sólo son víctimas las “personas que no participan directamente en las hostilidades” - como sostiene el TPIR en su jurisprudencia(97), sino que también pueden considerarse víctimas de un crimen contra la humanidad aquellas personas que sí han participado en las hostilidades, como es el caso de los que han formado parte de un movimiento de resistencia(98).

Para resumir, el TPIY en su sentencia de 3 de marzo de 2000, pronunciada en el asunto “Blaskic” considera que:

(95) .- Cfr. Ibid., parr. 639.

(96) .- Cfr. Ibid., parr. 635.

(97) .- Vid. TPIR(1ª instancia) sentencias: “Akayesu” de 2 de septiembre de 1998, ibid., parr. 583; “Rutaganda” de 6 de diciembre de 1999, ibid., parr. 2.3; “Musema” de 27 de enero de 2000, ibid., parr. 207.

(98) .- Vid. TPIY(1ª instancia) sentencia “Kupreskic” de 14 de enero de 2000, ibid., parr. 549

“(e)l crimen contra la humanidad no concierne solamente a los actos cometidos contra civiles en el sentido estricto del término, sino que engloba igualmente las exacciones perpetradas contra dos categorías de personas: las que pertenecen a un movimiento de resistencia o las que han sido combatientes, con uniforme o no, pero que no han participado en las hostilidades en el momento de la perpetración de los crímenes, ya sea porque éstas han abandonado las fuerzas armadas, porque no portaban armas o porque en definitiva se encontraban fuera de combate, en concreto como consecuencia de sus heridas o por su detención. Además, la situación específica de la víctima en el momento en el que los crímenes son cometidos, más que su estatuto, debe ser tomado en cuenta para determinar su condición de civil. Resulta en definitiva que la presencia de militares, en el seno de la población civil que ha sido objeto de un ataque deliberado, no modifica el carácter civil de ésta”(99).

b) en lo concerniente a los bienes

Los mismos problemas y soluciones que hemos encontrado en el examen de las víctimas de los crímenes de guerra en relación con su persona, podrían reproducirse en este apartado con respecto a los que se plantean con los bienes; nos situemos ya sean tanto en el contexto de un conflicto armado internacional como interno, o bien las infracciones penales correspondientes pertenezcan al “derecho de Ginebra” o al de “la Haya”(100).

(99) .- Cfr. TPIY(1ª instancia) sentencia “Blaskic” de 3 de marzo de 2000, *ibid.*, parr. 214.

(100) .- Vid. Por lo que respecta a los conflictos armados internacionales: (i) violaciones del “derecho de Ginebra” en relación con de bienes civiles (Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, art. 6b); Convenios de Ginebra, art. 50 (I), art. 51(II), art. 147(IV); Estatuto del TPIY, art. 3e), Estatuto del TPI, art. 8.2b) xvi y Proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, art. 20e-v); bienes culturales (Convenio de la Haya de 14 de mayo de 1954, sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, art. 28; Estatuto del TPIY, art. 3d) (ii) violaciones del “derecho de la Haya” en relación con bienes civiles (Estatuto del TPI, art. 8.2 b) ii y art. 8.2 b iv); bienes culturales (Convenio de la Haya de 14 de mayo de 1954, sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, art. 4.1 y 4; Protocolo I, art. 85.4; Estatuto del TPIY, art. 3d) y Estatuto del TPI, art. 2.8 b, ix). Por lo que respecta a los conflictos armados internos: (i) violaciones del “derecho de Ginebra” en relación con bienes civiles (Estatuto del TPIR, art. 4f; Estatuto del TPI, art. 8.2 d v) (ii) violaciones del “derecho de la Haya” en relación con bienes culturales (Estatuto del TPI, art. 8.2 e iv).

A los efectos perseguidos en estas páginas, bastaría con señalar la existencia de una diferencia crucial entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad en lo que concierne a los bienes. Los ataques dirigidos contra éstos tan sólo puede constituir un crimen de guerra, pero no un crimen contra la humanidad. En efecto, si examinamos los distintos textos internacionales en los que aparecen recogidos las distintas conductas que pueden dar lugar a un crimen contra la humanidad, podremos constatar que no aparecen entre éstas los ataques a los bienes(101).

Sin embargo, el TPIY puso de manifiesto en su sentencia de 7 de mayo de 1997 relativa al asunto “Tadic”, que algunas decisiones del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg así como de distintas jurisdicciones nacionales, admitían la posibilidad de que los atentados contra los bienes pudiesen ser constitutivos de crímenes contra la humanidad(102). Algunos años después, el TPIY aprovechó todos estos precedentes para afirmar en su sentencia de 3 de marzo de 2000 acerca del asunto “Blaskic”, que los ataques contra bienes podría también formar parte de las “persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos” a las que se refiere el Estatuto como crimen contra la humanidad(103). Así, el TPIY considera

“(q)ue las persecuciones pueden manifestarse de otro modo que no sea mediante atentados contra la persona humana, (...). Como el Fiscal sostiene en el acta de acusación contra el acusado, la confiscación o la destrucción de viviendas o de empresas privadas, de edificios simbólicos o de medios de subsistencia pertenecientes a la población musulmana de Bosnia-Herzegovina pueden ser calificados de actos de persecución”(104).

Por este motivo, el TPIY concluye

(101) .- Tan sólo el Convenio internacional sobre la represión y castigo del crimen de apartheid de 30 de noviembre de 1973, prevé como constitutivo del crimen de apartheid la adopción de medidas

“(…) incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y guetos separados para los miembros de uno o más grupos raciales, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales y expropiando los bienes raíces pertenecientes a uno o más grupos raciales o a miembros de los mismos” (el subrayado es nuestro).

Cfr. Art. 2 d).

(102) .- Vid. TPIY(1ª instancia) sentencia “Tadic” de 7 de mayo de 1997, *ibid.*, parr. 707.

(103) .- Vid. TPIY(1º instancia) sentencia “Blaskic” de 3 de marzo de 2000, *ibid.*, parrs. 228-231.

(104) .- Cfr. *Ibid.*, parr. 227.

“(...) que el crimen de “persecución” engloba los atentados a la integridad física y mental y a la libertad individual así como actos aparentemente menos graves que afectan, por ejemplo, a los bienes, siempre que las personas que han sido víctimas hayan sido elegidas especialmente por motivos relativos a su pertenencia a una comunidad determinada”(105).

Con ello se corrigen en parte la diferencia entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad en este punto concreto. Continúa siendo cierta la idea de que los ataques contra los bienes sólo pueden constituir un crimen de guerra, pero tampoco debe dejarse de tener en cuenta que estos ataques en determinadas circunstancias - como aquellas en las que existen una “persecución” contra un colectivo concreto - pueda constituir un crimen contra la humanidad.

IV. EL AMBITO DE APLICACIÓN DE LAS INFRACCIONES *RATIONE TEMPORIS.*

En principio, una conducta considerada como crimen de guerra o crimen contra la humanidad está sujeta a los límites temporales de la norma jurídica en la que se encuentre reconocida. El respeto del principio “nullum crimen sine lege” exige que la infracción penal imputable a la persona responsable de la misma, estuviese establecida por una norma jurídica en vigor en el momento en el que aquella infracción penal hubiese sido cometida.

Sin embargo, en el contexto del Derecho internacional, la norma jurídica no tiene por qué ser necesariamente convencional sino que las prohibiciones penales también pueden tener un origen consuetudinario. Así, por ejemplo, el TPIY ha afirmado en su sentencia de 16 de noviembre de 1998 sobre el asunto “Celebici”, que en relación con su competencia material

“(r) resulta obvio que el contenido material sujeto a la jurisdicción del Tribunal está constituido por provisiones de derecho internacional. De lo anterior resulta, por tanto, que puede recurrirse a las distintas fuentes de derecho internacional enumeradas en el artículo 38 del Estatuto del TIJ, especialmente convenios internacionales, costumbre y principios generales del derecho, así

(105) .- Cfr. Ibid., parr. 233.

(106) .- Cfr. TPIY(1ª instancia) sentencia “Celebici” de 16 de noviembre de 1998, ibid., parr. 414.

como otras fuentes subsidiarias tales como las decisiones judiciales y las obras de los juristas”(106).

Ahora bien, tal y como ya hemos tenido la ocasión de señalar, una cosa es que la infracción penal se encuentre prevista en un norma internacional tanto convencional como consuetudinaria - con lo quedaría a salvo el principio de “*nullum crimen sine lege*” - y otra cuestión muy distinta son los límites competenciales a los que puedan verse sometidas las jurisdicciones encargadas de enjuiciar y condenar a los responsables de estas infracciones penales. Y ello, porque tal y como advierte el TPIY en la sentencia antes referida,

“(su) Estatuto no crea el derecho sustantivo, sino que tan sólo proporciona un tribunal y un mecanismo para la ejecución del derecho internacional humanitario existente”(107).

Como es sabido, el enjuiciamiento y condena de los responsables de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad es un cometido de las jurisdicciones estatales. Esta labor ha sido o es llevada a cabo excepcionalmente por jurisdicciones internacionales. Así ocurrió en su día con los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio, y sucede en la actualidad con el TPIY y el TPIR. Tan sólo el proyectado TPI aspira a competir con carácter permanente con las jurisdicciones estatales en el conocimiento de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad.

Todas estas jurisdicciones internacionales conocieron, conocen y conocerán de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad que hubiesen sido perpetrados en un periodo temporal determinado, el cual suele aparecer reflejado en sus propios Estatutos(108). Sin embargo, estos mismos Estatutos - respecto de las infracciones penales que entran dentro de ese intervalo temporal - no suelen prever limite temporal alguno para enjuiciar y castigar a sus responsables. Este silencio, a nuestro entender, debe ser interpretado en favor de la discutida imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, de la que, aun hoy, se sigue poniendo en duda(109). No obstante, debemos reconocer que el TPIY y el TPIR no se ha pronunciado por el momento en relación con esta

(107) .- Cfr. *Ibid.*, parr. 417.

(108) .- Vid. TPIY (art. 8); TPIR (art. 7); TPI(art. 11.1).

(109) .- Ciertamente existen algunos convenios internacionales relativos a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad como el convenio de Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968 o el convenio del Consejo de Europa de 25 de enero de 1974. Sin embargo, por el número de Estados que son partes, sobre todo del primer convenio, no puede deducirse que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad constituya actualmente una norma consuetudinaria de Derecho internacional.

cuestión, por lo que no podemos conocer cuales serían sus opiniones al respecto, salvo las que parecen deducirse de los propios hechos. Tan sólo el Estatuto del TPI ha establecido con absoluta rotundidad que:

“(1)os crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”(110).

Así pues, de lo dicho en este apartado, no se observa ninguna especialidad que permita diferenciar los crímenes de guerra de los crímenes contra la humanidad en lo concerniente a sus respectivos ámbitos de aplicación *ratione temporis*.

CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas precedentes hemos podido comprobar que pese a las dudas originarias, hoy en día puede afirmarse sin cautelas que los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad constituyen dos categorías jurídicas autónomas. Sin embargo, pese a que esta autonomía debe ser admitida sin paliativos, también se observa una cierta tendencia a la coincidencia en la caracterización de estas dos infracciones penales.

En efecto, el examen de la jurisprudencia del TPIY y del TPIR nos ha permitido confirmar esta tendencia a la identificación de los caracteres que definen a los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Tanto en un caso como en el otro, existen una serie de aspectos que le son comunes por el mero hecho de tratarse en ambos casos de infracciones penales, como sucede, por ejemplo, con quienes pueden ser responsables de su comisión (ámbito de aplicación *ratione personae*), o bien cuales son los efectos que se derivan de dicha comisión en el tiempo (ámbito de aplicación *ratione temporis*). Sin embargo, con la ayuda de los pronunciamientos del TPIY y del TPIR, hemos descubierto que junto a los aspectos a los que nos acabamos de referir existen otros que sí resultan en cambio controvertidos. Así, y en contra de lo que se venía sosteniendo, un solo acto cometido por un solo infractor contra una sola víctima no tiene por qué constituir únicamente un crimen de guerra sino que también puede constituir un crimen contra la humanidad (ámbito de aplicación *ratione materiae*). Asimismo, tampoco resulta cierta la creencia según la cual los crímenes contra la humanidad son más graves que los crímenes de guerra, sino que por el contrario, la gravedad de cualquiera de estas dos infracciones penales va a depender de las circunstancias de cada caso concreto, independientemente de que nos encontremos ante un crimen de

(110) .- Cfr. Art. 29.

guerra o ante un crimen contra la humanidad (ámbito de aplicación *ratione materiae*).

Sin embargo, pese a la existencia de esta tendencia a la identificación de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, la autonomía de estas dos infracciones penales encuentra su justificación en la permanencia de una serie de aspectos que permiten diferenciar a ambas categorías jurídicas.

En general, puede afirmarse que los crímenes de guerra sólo pueden ser cometidos en el contexto de un conflicto armado tanto internacional como interno, mientras que los crímenes contra la humanidad no se encuentran limitados por esta restricción (ámbito de aplicación *ratione contextus*). No obstante este primer criterio, resulta evidente que los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra pueden coincidir en el contexto de un conflicto armado, lo que puede dificultar en la práctica la diferenciación de un crimen de guerra de un crimen contra la humanidad en estas circunstancias.

Ahora bien, del examen de la jurisprudencia del TPIY y del TPIR puede deducirse un segundo criterio que, bajo nuestro punto de vista, resulta crucial para poder distinguir un crimen de guerra de un crimen contra la humanidad, independientemente de la situación en la que nos encontremos. Según este criterio, las conductas constitutivas de un crimen de guerra tienen que estar vinculadas únicamente a la existencia de un conflicto armado, mientras que por el contrario, las que integran un crimen contra la humanidad deben formar parte necesariamente de un cuadro de violaciones colectivas, ya sean éstas sistemáticas o masivas (ámbito de aplicación *ratione materiae*). Así puede explicarse que un solo acto cometido por un solo infractor contra una sola víctima puede constituir tanto un crimen de guerra como un crimen contra la humanidad. El criterio para calificarlo como una u otra infracción penal estriba en si el acto se enmarca en el conjunto de actuaciones que dan lugar a un conflicto armado (crimen de guerra) o bien en las de un ataque colectivo a la población (crímenes contra la humanidad).

Aún así, podrá considerarse que pueden existir casos en los que la calificación de un crimen de guerra y de un crimen contra la humanidad pueda confluir en una misma conducta. El TPIY y el TPIR apunta en su jurisprudencia a un tercer criterio decisivo que puede ayudar a distinguir un crimen de guerra de un crimen contra la humanidad cualquiera que sea el contexto en el que nos situemos. Nos referimos a las víctimas de estas dos infracciones penales. Por lo que concierne a las personas, mientras que tan

sólo pueden considerarse víctimas de crímenes de guerra algunas categorías de estas personas en concretas circunstancias (conflictos armados internacionales) o aquellas que no participan en las hostilidades (conflictos armados internos), las víctimas de los crímenes contra la humanidad lo constituyen todas aquellas personas que no participan en las hostilidades así como algunas categorías de aquellas que si forman parte de estas hostilidades (ámbito de aplicación *ratione personae*). Esto significa que, en lo que afecta a la persona, las víctimas de los crímenes contra la humanidad lo constituyen un grupo completamente más amplio que el de los crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado internacional y relativamente más amplio que los crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado interno. Por el contrario, cuando lo que se afecta son los bienes de la víctima, los ataques perpetrados contra tales bienes únicamente pueden ser considerados como crímenes de guerra, y tan sólo excepcionalmente, como un crimen contra la humanidad.

Por último, el TPIY y el TPIR coinciden en señalar un cuarto criterio diferenciador de los crímenes de guerra respecto de los crímenes contra la humanidad. Tanto uno como otro consideran que las conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad deben obedecer a la existencia de una política o plan organizada o diseñada por entes o grupos tanto públicos como privados, lo que no es requerido para los crímenes de guerra (ámbito de aplicación *ratione personae*). Sin embargo, insistimos en que este criterio diferenciador, en contra de lo que sucede con el resto de los señalados, no forma parte de los elementos constitutivos de los crímenes contra la humanidad, sino que tan sólo debería ser considerado como un elemento indicativo de la existencia de dicho crimen; lo contrario nos llevaría a condicionar o limitar las conductas que en razón de la concurrencia de otros elementos constitutivos, deberían ser consideradas como crímenes contra la humanidad. No obstante, la jurisprudencia de ambas jurisdicciones internacionales no es demasiado diáfana sobre esta cuestión.

2. NOTAS

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL CODIGO PENAL ESPAÑOL EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

*Centro de Estudios de Derecho Internacional
Humanitario de la Cruz Roja Española*

SUMARIO

I.- MEMORIA. 1. Justificación de la Propuesta (Dr. D. Manuel Pérez González) 2. Breve referencia a la Legislación Extranjera, técnica jurídica empleada y análisis de las modificaciones propuestas (Dr. D. José L. Rodríguez-Villasante y Prieto) II.- PROPUESTA de Ley Orgánica de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. ANEXO. Presentación comparativa del articulado vigente del Código Penal y de los preceptos cuya modificación se propone.

Esta Propuesta ha sido elaborada por la siguiente Comisión del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española:

Presidente. Dr. D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. Vocales: Dr D. Manuel Pérez González, Dr D. Agustín Corrales Elizondo, Dra. Dña. Concepción Escobar Hernández, D. Fernando Pignatelli Meca, D. José Luis Doménech Omedas, D. Javier Guisández Gómez, D. Luis Bernardo Alvarez Roldán, Dr D. Francisco Alonso Pérez, D. Juan Manuel García Labajo, Dr D. José García San Pedro y D. David Suárez Leoz.

Secretario: D. Joaquín López Sánchez,

I.- MEMORIA

1.- JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

En 1990, y con ocasión del proceso de revisión del Código Penal por entonces en curso, la Cruz Roja Española, a través de su Centro de Estu-

dios del Derecho Internacional Humanitario (C.E.D.I.H.), había elaborado y cursado una propuesta con el objeto de incluir en dicho Código un capítulo nuevo en el que se definieran ciertos delitos que, según los convenios internacionales aplicables, constituyen infracciones graves de las normas del Derecho Internacional Humanitario.

La necesidad de tipificar esos delitos en la legislación penal española resultaba perentoria, teniendo en cuenta, por una parte, el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario en la últimas décadas, y, por otra parte y específicamente, la ratificación por España en 1989 de los dos Protocolos adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 (B.O.E. de 26 de julio de 1989). En su condición de Estado parte en los Convenios de 1949 y en los Protocolos adicionales de 1977, España ha contraído la obligación de respetar y hacer respetar sus disposiciones - buena parte de las cuales son a la vez reglas de Derecho Internacional consuetudinario- y, en particular, el compromiso jurídico de “tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves” de esos tratados(art. 49 del I. Convenio, art. 50 del II Convenio, art. 129 del III Convenio, art. 146 del IV Convenio) y reprimir, en consecuencia, esas infracciones graves (art. 86 del Protocolo adicional).

La propuesta en cuestión acabó siendo acogida, incorporándose a su texto en el Código Penal de 1995, cuyo Título XXIV (“Delitos contra la Comunidad Internacional”), vino así a incluir un Capítulo III (arts. 608 al 614) bajo la rúbrica “De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”.

Con esta innovación legislativa, que supuso una precisa adaptación del Derecho interno a las prescripciones internacionales orientadas a la punición de ciertos crímenes internacionales que generan responsabilidad penal individual, el Código Penal español se convirtió en modelo para las iniciativas legislativas emprendidas en otros países en este terreno.

Al día de hoy, nuevos desarrollos sobrevenidos en el Derecho Internacional, así como nuevos compromisos convencionales adquiridos por España al incorporarse a diversos tratados multilaterales, aconsejan retocar el Código Penal de 1995 en la referida línea de adaptación a la normativa internacional. De ahí esta nueva propuesta que hoy se presenta desde el C.E.D.I.H. de la Cruz Roja Española.

Así, la ratificación por España, el 24 de octubre de 2000 –autorizada por la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre (B.O.E. de 5 de octubre de

2000)-, del Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado el 17 de julio de 1998, aporta la base jurídica de la aconsejable inclusión en el Código de las siguientes tipificaciones:

- 1.- utilización de personas protegidas para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa (cfr.art. 8, apdo 2, b) XXIII del Estatuto).
- 2.- violación a sabiendas de la protección debida a hospitales y material sanitario –por añadidura a la de unidades y medios de transporte sanitarios, supuestos que ya estaban recogidos en el Código – (cfr. art. 8, apdo.2, b) IX y XXIV, y e), II y IV).
- 3.- ejercer violencia sobre el personal habilitado para utilizar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho Internacional (cfr.art.8, apdo.2, b), XXIV y e),II).
- 4.- cometer contra cualquier persona protegida actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado o cualquier otra forma de violencia sexual o atentado a su pudor que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra (cfr.art.8, apdo.2, b), XXII y e), VI).
- 5.- hacer padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar del mismo modo los suministros de socorro realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra (cfr.art.8,apdo. 2,b), XXV).
- 6.- dirigir intencionadamente ataques contra personal, instalaciones, material o unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al Derecho internacional de los conflictos armados (cfr. art. 8, apdo.2, b), III, y e), III),
- 7.- declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa (cfr.art.8, apdo.2b), XIV).

En algún caso, la propuesta de inclusión en el Código de una tipificación que no figuraba en él, aún siguiendo la línea definatoria del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aporta especificaciones provenientes del Derecho Internacional de los conflictos armados: así, la violación de suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la

parte adversa (ver arts.35, 40 y 41 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexo a la segunda Convención de La Haya de 29 de julio de 1899), la requisita indebida o innecesaria de edificios o bienes muebles en territorio ocupado (ver arts. 52 al 56 del citado Reglamento), y la captura o destrucción de buque mercante o aeronave comercial con infracción de las normas sobre el derecho de captura o presa.

A pesar de que el Estatuto de la Corte Penal Internacional no ha entrado todavía en vigor, su ratificación por España conlleva el deber de ajustar la legislación interna –sustantiva y procesal- a sus disposiciones, aparte del deber, enunciado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969 (B.O.E. de 13 de junio de 1980), de abstenerse de actos por los cuales se frustren el objeto y el fin de dicho Estatuto durante el periodo que media entre la ratificación y la entrada en vigor (art. 18,b) de la Convención).

En otro orden de cosas, la presente propuesta, fiel a la loable posición de España compartida con el C.I.C.R. y la Federación Internacional de Sociedades Nacionales de Cruz Roja y Media Luna Roja- de reforzar la protección de los niños en los conflictos armados elevando de quince a dieciocho años la edad de participación en éstos, viene a situarse en la línea del Protocolo facultativo de la Convención de 1989 sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, adoptado el 25 de mayo de 2000.

En consecuencia con dicho Protocolo facultativo, que supera en la línea apuntada las previsiones del Protocolo adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra (art. 77), de la Convención sobre los derechos del niño (art. 38) y del propio Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 8, apdo.2, b) , XXVI y e), VII), la presente propuesta propugna castigar penalmente a quien reclute o aliste obligatoriamente a menores de dieciocho años o los utilice para tomar parte activa en las hostilidades.

Algún punto de la propuesta que hoy se presenta, descansa, a su vez, en desarrollos convencionales que vienen a perfeccionar, reforzándolas, diversas reglas de protección enunciadas en tratados de Derecho Humanitario. Así, la nueva redacción que se propone para la definición de delitos que representan violaciones graves de reglas protectoras de los bienes culturales, acusa la influencia del segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, adoptado el 26 de marzo de 1999 y ratificado por España el 6 de julio de 2001, el cual introduce *inter alia* la noción de protección reforzada.

Se incluye, en fin, en virtud de la presente propuesta, una referencia al personal de las Naciones Unidas y el personal asociado dentro del art. 608 del Código en el que se precisa el contenido de la expresión “personas protegidas” por relación a tratados en los que España es parte, en este caso la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 9 de diciembre de 1994, cuyo instrumento de ratificación por España fue depositado el 13 de enero de 1998 (B.O.E. de 25 de mayo de 1999). La inclusión de esta referencia genérica a dicho personal dentro de la disposición del Código en que se establece qué hay que entender por personas protegidas, cubre no sólo los ataques intencionados contra este personal (cfr.art.8, apdo.2 b),III y e) III del Estatuto de la Corte Penal Internacional), sino también cualesquiera otras violaciones graves de las reglas protectoras de Derecho Humanitario cometidas respecto a él.

En caso de que, acogiendo esta propuesta, el legislador decida introducir en el Código Penal vigente los ligeros retoques que en ella se indican, estará contribuyendo a perseguir esa *plenitudo ordinis* que, en cada sistema de Derecho Interno, debe desarrollarse a partir de las exigencias que la evolución de las reglas del Derecho Internacional generan para los Estados que libremente las acepten, “nacionalizándolas”, esto es, incorporándolas a su propio ordenamiento jurídico. Máxime cuando, como es el caso, esas reglas responden a la finalidad ética de reducir al máximo los espacios de impunidad en relación con ciertas conductas que atacan valores e intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto.

A todos estos argumentos habría que añadir la obligación de incriminar determinadas conductas que podrían ser calificadas como actos preparatorios en relación con las armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas, armas químicas y minas antipersonal, consistentes en el desarrollo, producción, almacenamiento, adquisición, conservación, transferencia o vulneración de la obligación de destrucción de tales armas, consecuencia de la ratificación por España de la Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción (ratificada por España por Instrumento de 1 de junio de 1979), de la Convención de 1993, sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (ratificada por España por Instrumento de 3 de agosto de 1994) y de la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y

transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (ratificada por España por Instrumento de 7 de enero de 1999).

2. BREVE REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA, TÉCNICA JURÍDICA EMPLEADA Y ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES PROPUESTAS

2.1. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Ha sido muy desigual el grado de cumplimiento por los diversos Estados de sus obligaciones dimanantes de las normas de Derecho Internacional Humanitario que establecen el deber de establecer adecuadas sanciones penales en el caso de infracciones graves (crímenes de guerra) de tales convenios internacionales.

Algunos países (República Federal de Alemania, Francia y Austria) consideraron suficientes los preceptos de su Derecho penal interno que, lógicamente, sancionan el homicidio, lesiones, violación, robo o daños como delitos comunes, para castigar todas las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949, sus Protocolos Adicionales de 1977 y otros instrumentos del Derecho Internacional de los Conflictos Armados. Sin embargo, no puede dejar de observarse la insuficiencia de las descripciones contenidas en los tipos comunes para abarcar la incriminación de determinadas infracciones relativas a la conducción de las hostilidades, protección de las víctimas y empleo de medios (armas) o métodos de combate prohibidos o restringidos por las normas aplicables en los conflictos armados, sin que las penas previstas para los delitos comunes sean, en todos los casos, las más adecuadas para sancionar tan graves violaciones.

Otro sistema seguido por otros Estados (Italia, Países Bajos, Reino Unido y Estados Unidos de América) consiste en la llamada incriminación global simple. Es decir, se incorpora a la leyes penales (comunes o militares) una cláusula general abierta que se remite a las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario, con una técnica similar a la conocida como la de “Leyes penales en blanco”. Este criterio ha merecido algunas críticas desde el punto de vista de que no satisface el principio de legalidad penal (en su vertiente de taxatividad) y, fundamentalmente, porque al establecer una pena única no permite diferenciar la sanción en función de la gravedad de las distintas infracciones.

Se pueden encontrar en la legislación extranjera sistemas mixtos o que combinan criterios diferentes, como la denominada “doble incriminación atenuada” (o incriminación específica parcial) que siguen Brasil, China, Grecia y Turquía. O la incriminación global mixta, que utilizan las normas penales de Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Suiza.

Sin embargo, puede afirmarse que el sistema de mayor perfección técnica, al menos desde el punto de vista del sistema continental o romano-germánico dentro del que puede incluirse al sistema penal español, es el llamado de “incriminación específica completa”, que establece una descripción exhaustiva de las conductas criminales, tipificando así las infracciones penales, y fija las penas de cada delito con una adecuada dosimetría. Se trata de una norma penal autosuficiente, sin perjuicio de los ineludibles elementos normativos (por ejemplo, el concepto de “prisionero de guerra” hay que ir a buscarlo al III Convenio de Ginebra de 1949), que se puede completar con un tipo residual más general y algunas disposiciones comunes. Los ejemplos más recientes son las legislaciones o proyectos normativos de Bélgica, Canadá, Rumania, Colombia, España (artículos 608 a 614 del Código Penal y artículos 69 a 78 del Código Penal Militar) y proyectos de Argentina o Perú (Códigos de Justicia Militar)

Sin duda este sistema es el que mejor satisface el principio de legalidad penal proclamado en el artículo 25 de nuestra Constitución española y en numerosas normas fundamentales que siguen el sistema continental o romano-germánico. Es decir, sólo así se cumple la exigencia de una ley penal “previa”, “certa”, “scripta” y “stricta”.

También son muy diversas las formas o técnicas de incriminación. El sistema de la aprobación de una Ley Penal Especial para castigar los crímenes de guerra (u otros delitos internacionales como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad), topográficamente distinta de los Códigos Penales, Códigos Penales Militares o Códigos de Justicia Militar, es seguido en Bélgica, Canadá, Países Bajos, Reino Unido o Estados Unidos de América. En el sentir de una parte importante de la doctrina presenta la ventaja de agrupar en una única norma penal el conjunto de reglas especiales relativas a represión de los crímenes de guerra, que pueden ser cometidos por militares o personas civiles. Sin embargo, en contra se pueden esgrimir los argumentos que rechazan la proliferación de Leyes penales especiales con el riesgo nada desdeñable de que en ellas se desconozcan o excepcionen determinados principios penales generales contenidos en el Código penal común, que deberían presidir todo el sistema penal de un país.

Existen Estados que incluyen la sanción de los crímenes de guerra, a la vez, en el Código Penal ordinario y en el Código Penal Militar (Brasil, China, Argentina, Grecia, Turquía, Paraguay y España).

No faltan naciones que castigan las infracciones del Derecho Internacional Humanitario únicamente en el Código Penal Militar o Código de Justicia Militar (Italia, Suiza, Noruega, Dinamarca, Irán o Perú)

Finalmente, hay países que solamente incriminan los crímenes de guerra en el Código Penal ordinario (Austria, Rusia y Suecia).

Numerosos Estados (Italia, Bélgica, Canadá, Suiza, Países Bajos, Noruega, Dinamarca, Finlandia, Argentina, Colombia, España y el proyecto de Perú) castigan con sanciones penales (o, en algún caso, disciplinarias) las infracciones del Derecho Internacional Humanitario, sin hacer distinción entre las infracciones graves y las no graves, simples infracciones o actos contrarios, cuya punición se reserva a un tipo residual castigado con menor pena o se sancionan disciplinariamente. No obstante, es de destacar que el artículo 9, parágrafo 4 de la Ley belga de 16 de junio de 1993, relativa a la represión de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, dispone que no será nunca aplicable a tales infracciones el procedimiento de remisión a la disciplina de los cuerpos (régimen disciplinario militar) previsto en el Código de procedimiento penal militar. Por el contrario, el artículo 109 del Código Penal Militar de Suiza determina que el delito militar consistente en la violación de las prescripciones de las convenciones internacionales sobre la conducción de la guerra y sobre la protección de las personas y de los bienes, así como la infracción de otras leyes y costumbres de la guerra reconocidas, será castigado disciplinariamente si es de poca gravedad.

Por último la mayor novedad de las normas penales más modernas que regulan esta materia, castigando los crímenes de guerra, consiste en otorgar idéntica protección penal a las víctimas de los conflictos armados internacionales y a las personas y bienes protegidos en los conflictos armados internos o sin carácter internacional. Sistema seguido por Bélgica, Argentina, Colombia, Canadá, España, el proyecto de Argentina, el anteproyecto de Alemania y, en buena parte, aceptado por el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, de la Corte Penal Internacional

Justamente la ratificación por diversos Estados de éste Estatuto de Roma les planteó la conveniencia de modificar sus normas penales (Leyes penales especiales, Códigos Penales, Códigos Penales Militares o Códigos de Justicia Militar) para tratar de adecuar su contenido en

materia de crímenes de guerra (o genocidio y crímenes de lesa humanidad) a los preceptos del Estatuto de la Corte Penal Internacional en la materia, integrados no sólo por el artículo 8 (que castiga los crímenes de guerra de la competencia de la Corte) sino también por los Principios Generales de Derecho Penal (artículos 22 a 33), con indudable incidencia en la Parte General de los códigos penales.

Dos modelos muy característicos de leyes penales especiales para la represión de los crímenes de guerra y otros delitos internacionales (genocidio y crímenes de lesa humanidad) que han sido promulgadas recientemente para adaptar sus preceptos al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, son la Ley belga de 10 de febrero de 1999, sobre la represión de las violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario, que modificó la Ley de 16 de julio de 1993, y la Ley de Canadá de 29 de junio de 2000, relativa al genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, dirigida a la ejecución del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y que modifica en consecuencia determinadas leyes.

Son normas ciertamente muy diferentes al inscribirse en sistemas jurídico-penales tan distintos como el modelo anglosajón (Canadá) o el romano-germánico (Bélgica). Así, llaman la atención en la ley canadiense las referencias al Derecho internacional consuetudinario, convencional o a los principios generales del derecho en la definición de los crímenes, la falta de dosimetría penal, la remisión al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 y a la “Proclamation” del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas de 19 de enero de 1946 (Juicios de Nuremberg y Tokio) o la aplicación retroactiva de la ley penal

Por el contrario, la Ley belga es respetuosa con el principio de legalidad penal en la descripción de las conductas incriminadas (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra), contiene una adecuada dosimetría penal al establecer las sanciones según la gravedad de los crímenes y sus resultados, castiga los actos preparatorios, las formas de resolución manifestada y de participación en el delito, la omisión y la tentativa, determina las causas de justificación y exclusión, los límites de la obediencia jerárquica, la igualdad ante la ley penal, la aplicación del Código Penal a la Ley Penal especial, el ámbito de la competencia jurisdiccional, la imprescriptibilidad de los crímenes, la regulación de la competencia de la Jurisdicción militar y la prohibición de la remisión al campo disciplinario. En definitiva, una norma que se inscribe en un sistema penal muy parecido al español, que también pertenece al modelo romano-germánico.

El Anteproyecto de Ley de la República Federal de Alemania, pendiente del Parlamento, es un excelente texto que incorpora el Código de Crímenes contra el Derecho Penal Internacional y, entre ellos, incrimina los crímenes de guerra, con una técnica muy similar a la utilizada en esta propuesta y notoria influencia del Código penal español de 1995.

2.2. TÉCNICA JURÍDICA EMPEADA

Se ha partido del texto vigente del Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cuyo Capítulo III (*Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*) del Título XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*), que contiene los artículos 608 a 614, fue aprobado en su día de acuerdo con el texto de una Propuesta articulada elaborada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

En el referido Capítulo III se definen, en primer lugar, las personas protegidas (artículo 608) y, seguidamente, se tipifican las violaciones del Derecho Internacional Humanitario (o Derecho Internacional de los Conflictos Armados) cometidas por un sujeto activo indeterminado (*el que...*) en cualquier clase de conflictos armados, sean éstos de carácter internacional o no internacionales (conflictos armados internos), finalizando con un tipo residual que sanciona las restantes infracciones (artículos 609 a 614).

A la vista de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre) y de su próxima vigencia, que podemos esperar para el año 2002, teniendo en cuenta además la ratificación de otros instrumentos de Derecho Internacional Humanitario (o Derecho Internacional de los Conflictos Armados) como la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 9 de diciembre de 1994 y el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 de la Convención de La Haya de 1954, sobre protección reforzada de los bienes culturales, resulta muy conveniente la modificación de algunos aspectos concretos de las normas establecidas y conductas incriminadas en los citados artículos 608 a 614 del Código Penal. Al no ser necesario alterar básicamente los tipos previstos, entendemos que puede ser suficiente la modificación puntual o adición de los preceptos vigentes.

En ésta misma línea, que preside la presente propuesta, de alterar sólo en la medida necesaria el vigente Código penal, se proponen escasas modificaciones del articulado que se derivan de otras normas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados como del denominado Derecho de La Haya (Convenciones de 1899 y 1907), de la Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, así como de la Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción. Y a éstos instrumentos habría que añadir el Protocolo facultativo de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.

Finalmente debemos destacar que la presente propuesta no se agota en el propósito de modificar el mencionado Capítulo III del Título XXIV del Código Penal, puesto que se considera muy conveniente, particularmente a la vista de los *Principios Generales del Derecho Penal* establecidos en Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículos 22 a 33), incluir en el texto punitivo común determinadas normas de indudable trascendencia penal. Se propone, en consecuencia, añadir en el Capítulo IV (*Disposiciones Comunes*) del Título XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*) los artículos 616 bis y 616 ter para acoger la regulación de los artículos 28 y 33 del Estatuto de Roma. Y asimismo contiene esta Propuesta la modificación de los artículos 131 y 133 del Código Penal (Capítulo I del Título VII del Libro Primero) para declarar la imprescriptibilidad de los *delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614*, y de sus penas. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Roma.

Como técnica legislativa se propone la aprobación de una Ley Orgánica de modificación parcial del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, cuya propuesta de texto articulado y Exposición de Motivos se acompaña a ésta Memoria.

Asimismo se adjunta como ANEXO la presentación comparativa, en textos a doble columna, del articulado vigente del Código Penal y de los preceptos cuya modificación se propone.

2.3. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES PROPUESTAS

LIBRO SEGUNDO DEL CODIGO PENAL (*Delitos y sus penas*)

TITULO XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*)

CAPITULO III (*Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*)

ARTICULO 608

Se propone la adición de un nuevo apartado, dejando inalterado el texto de los vigentes, para incluir en el concepto de personas protegidas a efectos de los delitos previstos en éste Capítulo III al *personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado de 9 de diciembre de 1994*. Esta Convención fue ratificada por España el 13 de enero de 1998 y parece obligado proporcionar adecuada protección penal a las personas que participan en tales operaciones de las Naciones Unidas, con importante y habitual aportación de miembros de las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y otros funcionarios y ciudadanos españoles.

Por otra parte, a propuesta justamente de la Misión Española en la Conferencia Diplomática de Roma (15 de junio a 17 de julio de 1998), se incluyó la protección penal internacional de este tipo de personas, teniendo la consideración de crímenes de guerra de la competencia de la Corte Penal Internacional los ataques a las misiones de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Y ello tanto en los conflictos internacionales como sin carácter internacional, según el artículo 8, apartado 2, letra b), iii) y letra e) iii del Estatuto de Roma.

Aunque bien pudiera interpretarse que tal personal está actualmente comprendido en el vigente nº 6º del artículo 608, por la remisión a *cualquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte*, la exigencia constitucional de certeza que debe presidir las normas penales aconseja la mención expresa de tales personas protegidas que son sujetos pasivos del delito y de la acción criminal.

Asimismo no es ocioso recordar que el artículo 9 de la citada Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado comporta la obligación para cada Estado Parte (y España ha ratificado ésta Convención) de que determinadas conductas intencionales que describe sean consideradas delito en la legislación nacional y sancionadas con penas adecuadas que tengan en cuenta su gravedad.

Al incluir un apartado nuevo en el artículo 608, que se señala con el nº 6, el actual número 6º pasa a ser el nº 7 del precepto, para respetar su ubicación como norma residual y abierta.

ARTICULO 609

No se considera necesario proponer modificación alguna a éste artículo.

ARTICULO 610

Se propone añadir al texto actual del artículo 610, como conducta incriminada, la consistente en *ordenar no dar cuartel*, con sólido sustento en el artículo 23 apartado d) de los Convenios de La Haya de 29 de julio de 1899 (ratificado por España el 4 de septiembre de 1900) y 18 de octubre de 1907 y sus Reglamentos Anexos sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

Por otra parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional incrimina esta conducta en su artículo 8, apartado b), xii) para los conflictos armados internacionales y en el mismo artículo 8, apartado e), x) para los conflictos armados sin carácter internacional.

Asimismo, la propuesta contiene la adición de un párrafo dirigido a castigar determinadas conductas no abarcadas por el verbo típico utilizado en el primer párrafo del precepto (*emplear u ordenar emplear*), por lo que incluso podrían ser considerados actos preparatorios no expresamente sancionados, a pesar de que se trata de acciones prohibidas por Convenciones Internacionales de las que España es Parte y de que en algunos de éstos Instrumentos se establece la obligación de castigar penalmente tales conductas.

La acción típica consiste en *desarrollar, producir, almacenar, adquirir, conservar, transferir o no destruir* los siguientes tipos de armas: Armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas, armas químicas y minas antipersonal.

La Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, ratificada por España el 1 de junio de 1979, establece en su artículo I el compromiso de no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener tales armas, destruir las o desviarlas hacia fines pacíficos lo antes posible (artículo II), de no traspasarlas a nadie y de no ayudar, alentar o inducir a fabricarlas o adquirirlas (Artículo III). El artículo 160 del vigente Código Penal castiga *la*

utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, dentro de los *Delitos relativos a la manipulación genética*, dando una protección penal parcial e insuficiente en relación con éste tipo de armas.

La Convención de 13 de enero de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, ratificada por España el 3 de agosto de 1994, determina en su artículo I que cada Estado Parte adquiere la obligación de no desarrollar, producir, adquirir de otro modo, almacenar, conservar ni transferir armas químicas, no emplearlas, no iniciar preparativos militares para su empleo, no ayudar, alentar o inducir a cualquier actividad prohibida y comprometerse a destruir las referidas armas químicas. Además, el artículo VII obliga a cada Estado Parte a promulgar leyes penales en relación con las actividades prohibidas por la Convención.

En relación con las armas químicas se promulgó en España la Ley 49/1999, de 20 de diciembre, sobre medidas de control, el Real Decreto 663/1997, sobre la Autoridad Nacional para la Prohibición de las Armas Químicas, y la Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero, de modificación del Código Penal en ésta materia y, concretamente, de los artículos 566 y 567, encuadrados en el Capítulo V, Sección 1ª, relativa a la *Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos*. Sin embargo, se considera mas sistemática la ubicación de la incriminación de todas las violaciones del Convenio sobre armas químicas, con el fin de protección de las víctimas de tales medios de combate prohibidos, en el Título XXIV dedicado a los *Delitos contra la comunidad internacional* y dentro del Capítulo III donde se castigan los *Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*. Y todo ello sin perjuicio de que pueda mantenerse la incriminación prevista en los vigentes artículos 566 y 567 del Código penal, en relación con las conductas que no guarden relación con los conflictos armados.

La Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa), sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, ratificada por España el 7 de febrero de 1999, establece en su artículo 1 el compromiso para los Estados Partes de no emplear, desarrollar, producir, adquirir, almacenar, conservar o transferir minas antipersonal, no ayudar, estimular o inducir a estas actividades prohibidas y destruir o asegurar la destrucción de estas armas. En el artículo 9 (*Medidas de aplicación a nivel nacional*) los Estados Partes se obligan a adoptar las medidas legales, incluyendo la imposi-

ción de sanciones penales, para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida en la Convención.

En relación las minas antipersonal se promulgó la Ley 33/1998, de 5 de octubre, de prohibición total de minas antipersonal y armas de efecto similar.

Es de destacar que no todas las conductas prohibidas por las expresadas Convenciones se incriminan en éste segundo párrafo del artículo 609, cuya adición se propone, que se concreta en el castigo de las violaciones consistentes en las acciones u omisiones más graves e inequívocas (*desarrollar, producir, almacenar, adquirir, conservar, transferir o no destruir*). Otras conductas prohibidas no se incluyen en el precepto, donde no olvidemos que está prevista una grave pena (diez a quince años de prisión, sin perjuicio de la que corresponda por los resultados producidos), porque se trata de formas de participación (*ayudar, estimular o inducir*) que encuentran adecuado tratamiento en la parte general del Código Penal que regula la autoría y complicidad (artículos 28 y 29) o consisten en acciones de menor gravedad que se pueden sancionar en el tipo general residual del artículo 614 del mismo Código Penal, cuya modificación también se propone para abarcar estas conductas.

ARTICULO 611

Se proponen modificaciones poco extensas a éste precepto, todas ellas derivadas de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Así, en el número 4º se añade la expresión *confine* como acción alternativa a la conducta consistente en la detención ilegal, con objeto de mejorar la protección de las víctimas a quienes se restrinja ilegalmente su libertad. Se coordina de esta forma este crimen con la redacción del artículo 8, número 2, apartado a), vi) del Estatuto de Roma que incluye una referencia expresa al confinamiento ilegal.

Además, se adiciona al número 4º el párrafo siguiente : *o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la Parte adversa*. Conducta que se incrimina en el artículo 8, apartado 2, b), xxiii) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y que tiene suficiente base convencional en la prohibición contenida en el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en el artículo 51, apartado 7, del Protocolo I Adicional de 1977 .

En el número 5º de éste artículo 611, se añade la expresión *directa o indirectamente*, para ajustar el precepto de una manera mas fiel al texto del artículo 8, número 2, apartado b), viii) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Finalmente se propone adicionar un número 8º para castigar a quien *declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa*. Corresponde esta conducta a la incriminada en el artículo 8, número 2, apartado b), xiv) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El fundamento de esta incriminación es el artículo 23, apartado h) de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y Reglamento Anexo sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

ARTICULO 612

Numerosas modificaciones ha sido necesario incluir en la propuesta de modificación de este extenso precepto, a la vista del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y de otros instrumentos convencionales como el Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, y la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado de 1994.

En el número 1º se amplía la protección penal a los *hospitales, instalaciones o material*, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 8, número 2, apartado b), ix) y xxiv) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para los conflictos armados internacionales y en el artículo 8, número 2, apartado e) iii) y iv) para los conflictos armados sin carácter internacional . Los incisos ix) y iv) se refieren, entre otros, a los *hospitales* y los xxiv) y iii) a los *edificios y material*. Sin embargo, se ha preferido el término *instalaciones* en lugar de *edificios* por describir con mayor amplitud los lugares protegidos por su relevancia para la asistencia sanitaria.

Se propone añadir al número 2º del precepto la siguiente frase: *o contra el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el Derecho internacional*. La justificación de esta adición hay que buscarla también en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 8, número 2, apartado b), xxiv) para los conflictos armados internacionales y

apartado e), ii) para los conflictos armados sin carácter internacional, emplean esta expresión para ampliar la protección a toda persona autorizada (*habilitada*) para utilizar dichos *signos o señales* (términos más acordes que el de *emblemas*, según el artículo 8 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra) de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario.

Al final del número 3º del artículo se añade la siguiente frase: y, *en particular, reclute o aliste obligatoriamente a menores de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades*. Inicialmente la razón de ésta modificación nace del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, en su artículo 8, número 2, apartado b), xxvi) para los conflictos armados internacionales y apartado e), vii) para los conflictos armados sin carácter internacional, arbitra una protección penal específica para los niños que participan en las hostilidades. Pero la Propuesta, en consonancia con la postura de la Misión de España en la Conferencia Diplomática de Roma y con nuestra legislación interna (penal y administrativa), se basa en los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000, firmado por España el 6 de septiembre de 2000.

El número 4º del texto vigente pasa, en la Propuesta, a constituir el número 6º, al adicionarse unos nuevos números 4º y 5º, que pasamos a justificar.

El nuevo número 4º se basa en el artículo 8, número 2, apartado b), xxii) para los conflictos armados internacionales y apartado e), vi) para los conflictos armados sin carácter internacional, ambos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se ha tomado de estas normas el texto propuesto, con ligeros retoques para mantener algunas expresiones como *prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor*, que figuran en el número 3º del vigente artículo 612 del Código Penal. El fundamento del castigo de éstas conductas hay que buscarlo en el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

La justificación del nuevo número 5º del precepto, que proponemos, hay que buscarla asimismo en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 8, número 2, apartado b), xxv) para los conflictos armados internacionales, incrimina las conductas de provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra y obstaculizar los suministros de socorro. No obstante se ha creído preferible emplear la expresión *hacer padecer intencionadamente hambre* por

ajustarse mas exactamente a los términos del artículo 54 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra y artículo 14 del Protocolo II Adicional de 1977. Así pues, la redacción que se propone es la siguiente: *5º. Hiciere padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar, del mismo modo, los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra.*

Los números 4º, 5º y 6º del vigente artículo 612 pasan a integrar en la Propuesta los números 6º, 7º y 8º del precepto, con el mismo contenido.

Se adiciona un nuevo número 9 con la siguiente redacción: *9º) Viole suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la Parte adversa.* Se trata de un precepto tomado del artículo 72 del Código Penal Militar, norma que se aplica únicamente a militares, por lo que resulta necesario incriminar esta conducta con carácter general para evitar una laguna legal, puesto que estas acciones pueden tener como sujeto activo a quien no tenga la condición de militar. El fundamento convencional de este delito se puede encontrar en los artículos 35 a 41 de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y su Reglamento Anexo sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

La Propuesta añade un nuevo número 10º con la siguiente redacción: *Dirija intencionadamente ataques contra el personal, instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o les amenazare con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.* Se ha respetado inicialmente la estructura del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que incluye este crimen en el artículo 8, número 2, apartado b), iii) para los conflictos armados internacionales y en el apartado e), iii) para los conflictos armados sin carácter internacional. Como se ha indicado en la justificación del artículo 608, número 6º, el precepto nació de una propuesta de España en la Conferencia Diplomática de Roma y tiene su fundamento convencional en el artículo 9 de la Convención de 9 de diciembre de 1994, sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, ratificada por España. Se han incluido también en el texto propuesto algunos

elementos del citado artículo 9 de la Convención de 1994, como las alusiones a la *residencia privada*, a *cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas o personal asociado* y la incriminación de *las amenazas de ataques*.

Se ha entendido que el término *ataques* comprende los que se perpetren contra la integridad física o la libertad de las personas protegidas en este delito. En el supuesto de homicidio o grave peligro para la integridad de las víctimas sería de aplicación el artículo 609 del mismo Código Penal, dada la condición de *personas protegidas* de los sujetos pasivos del ataque, teniendo en cuenta que la pena allí prevista se impone *sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos*.

Por otra parte, otras conductas previstas en el artículo 9 de la citada Convención de 1994, como la tentativa (apartado d), la complicidad o los actos de organización o dación de órdenes a terceros para la comisión de tal ataque (apartado e), quedan suficientemente incriminados por la aplicación de la parte general del Código Penal que regula la participación a título de autor (por medio de otro, por inducción o cooperación necesaria) o de cómplice (artículos 28 y 29) y la tentativa (artículo 16).

Finalmente, el vigente número 7º del artículo 612 pasa a ser en la Propuesta, con idéntica redacción, el número 11º del precepto modificado.

ARTICULO 613

La modificación de mayor envergadura que se propone en éste artículo consiste en la nueva redacción de su número 1 para recoger, al lado de las conductas que implicaban violaciones del Convenio de La Haya de 1954 sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y del artículo 53 del Protocolo I de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra, la protección penal establecida en el Segundo Protocolo de la citada Convención de La Haya, adoptado el 26 de marzo de 1999 y, como ya se ha dicho, ratificado por España el 6 de julio de 2001. La protección reforzada que se determina en tal Protocolo se refleja al incriminar nuevas conductas en los apartados a), b) y c) de la norma propuesta.

El fundamento convencional de la modificación hay que buscarlo en los artículos 10 a 14 y, particularmente, 15 del citado Segundo Protocolo de 1999, que establece la obligación de cada Estado Parte de tipificar como delitos las infracciones indicadas y sancionarlas con penas adecuadas. Norma que viene a completar la obligación dimanante del artí-

culo 28 del Convenio de La Haya de 1954 y artículo 85, número 4, apartado d) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra.

Como consecuencia de esta propuesta se altera la numeración del artículo 613, de forma que los apartados a), b), c), d) y e) pasan a ser numerados como 1 (de nueva redacción y dividido en los subapartados a, b y c), 2, 4, 5 y 6 respectivamente. Se incorpora un nuevo apartado con el número 3 y el vigente número 2 pasa a ser numerado como 7.

El nuevo número 3 que se propone castiga como delito al que: 3. *Requisare indebida o innecesariamente edificios u objetos muebles en territorio ocupado o capturar o destruir buque mercante o aeronave comercial con infracción de las normas sobre el derecho de captura o presa*. Se trata de un precepto tomado del artículo 74 del Código Penal Militar, norma que se aplica exclusivamente a militares, por lo que resulta necesario incriminar estas conductas con carácter general para evitar una laguna legal, puesto que éstas acciones pueden tener como sujeto activo a quien no tenga la condición de militar. El fundamento convencional de este crimen se puede encontrar en el artículo 52 de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y en el Reglamento Anexo sobre las Leyes y Costumbres de la guerra (requisas), así como en XI de La Haya de 1907 sobre ciertas restricciones en cuanto al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima.

ARTICULO 614

La única modificación que se propone en éste artículo, calificado como tipo general o residual con la estructura propia de una ley penal en blanco, consiste en la adición de la expresión *o regulación de medios o métodos de combate*. El fundamento reside en la conveniencia de incriminar determinadas infracciones no tipificadas en el artículo 610, que supongan violaciones de los Convenios Internacionales que regulan estas materias, como las ya citadas Convención de 1972, sobre armas bacteriológicas, la Convención de 1993, sobre armas químicas, o la Convención de 1997, sobre minas antipersonal. Sin descartar otras infracciones (distintas del empleo de ciertas armas) de la Convención de 1980 sobre armas convencionales de efectos excesivos o indiscriminados, con sus cuatro Protocolos y el Protocolo enmendado de 1996 o violaciones (distintas del empleo) del Convenio de 1976, sobre técnicas de modificación ambiental, todos ellos ratificados por España. En estos supuestos la redacción vigente difícilmente abarca estas infracciones al referirse a los Tratados Internacionales sobre la conducción de las hostilidades.

CAPITULO IV (DISPOSICIONES COMUNES)

ARTICULO 615

Las modificaciones que se proponen son de simple mejora de redacción, sustituyendo la palabra *ejecución* por el término *comisión*, de mayor significado jurídico-penal y cambiando la frase final *a la que correspondería a los mismos*, por la que ahora se hace figurar en la Propuesta: *a la del delito correspondiente*.

ARTICULO 616

No se considera necesario proponer modificación alguna a éste artículo.

ARTICULO 616 BIS

Se trata de una disposición que incorpora a nuestro Código Penal el contenido del artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se entiende que no resulta suficiente la regulación de la *comisión por omisión* del artículo 11 del Código Penal, al establecer determinados requisitos (como el juicio de equivalencia) que limitan su aplicación en la práctica. Por otra parte, el fundamento del deber jurídico de actuar por parte del superior se encuentra en los artículos 86 y 87 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, ratificado por España.

El texto sigue el citado artículo 28 del Estatuto, integrando sus dos números en un único tipo criminal. En orden a la penalidad, el jefe militar o superior será castigado con la pena establecida para los autores en los casos de omisión dolosa y con la pena inferior en dos grados si concurriere imprudencia grave.

Es de destacar que el precepto se refiere exclusivamente a los crímenes previstos en el capítulo anterior, es decir a los *Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*. Pero resultaría necesario dar al artículo una redacción mas general si se decide tipificar en el Código Penal otros crímenes internacionales como los *Delitos de lesa humanidad* previstos también en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

ARTICULO 616 TER

El precepto que se propone incorpora a nuestro Código Penal, exclusivamente para los *Delitos contra las personas y bienes protegidos en*

caso de conflicto armado (artículos 608 a 614), el contenido del artículo 33 (*Ordenes superiores y disposiciones legales*) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se trata de una norma limitativa y especial relacionada con la aplicabilidad del error de prohibición regulado en el artículo 14, apartado 3 del Código Penal y, de forma más remota, con la circunstancia eximente de cumplimiento de un deber, prevista en el número 7º del artículo 20 del mismo Código Penal.

Por razón de lo dispuesto en el número 3 del citado artículo 33 del Estatuto de Roma esta norma no resulta aplicable a los crímenes de *genocidio* y *crímenes de lesa humanidad*.

LIBRO PRIMERO DEL CODIGO PENAL (Disposiciones generales)
TITULO VII. DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
CRIMINAL Y SUS EFECTOS
CAPITULO I. DE LAS CAUSAS QUE EXTINGUEN LA RESPON-
SABILIDAD CRIMINAL

ARTICULO 131

La modificación que se propone, de acuerdo con el artículo 29 (*Imprescriptibilidad*) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, añade al número 4 del artículo 131 (que alude sólo al genocidio en la redacción vigente) que no prescribirán en ningún caso *los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, previstos en el capítulo III del Título XXIV del Libro II de éste Código, salvo los castigados en el artículo 614*. La excepción resulta plenamente justificada dada la menor gravedad de las conductas incriminadas en el tipo general residual del artículo 614, que castiga actos contrarios y simples infracciones que no alcanzan la entidad de los llamados crímenes de guerra o infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario o Derecho Internacional de los conflictos armados.

ARTICULO 133

Una modificación idéntica a la propuesta para la imprescriptibilidad de los delitos y con el mismo fundamento, se presenta en el artículo 133.2, disponiendo que tampoco las penas prescribirán en ningún caso, con la siguiente adición : *así como las penas impuestas por los delitos*

contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, previstos en el capítulo III del Título XXIV del Libro II de éste Código, salvo los castigados en el artículo 614. Para justificar esta excepción son válidos los argumentos expuestos al fundamentar una norma similar que se propone en la modificación del artículo 131 del Código Penal.

II.- PROPUESTA DE LEY ORGANICA DE MODIFICACIÓN DEL CODIGO PENAL ESPAÑOL EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Una de las innovaciones que incorporó el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, fue la tipificación como delitos de las infracciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, de sus dos Protocolos Adicionales de 1977, que protegen a las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional, de los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907, del Convenio de La Haya de 1954, sobre protección de los bienes culturales, y de otras normas convencionales de Derecho Internacional Humanitario. Se arbitró así una completa protección penal de las víctimas de la guerra, hasta entonces exclusivamente residenciada en las leyes penales militares, que se concretó en los artículos 608 a 614 del Código Penal, que integran el Capítulo III (Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) encuadrado sistemáticamente en el Título XXIV (Delitos contra la Comunidad Internacional) del Libro II (Delitos y sus penas).

Desde entonces, la evolución de las normas internacionales y de la legislación nacional ha alcanzado importantes progresos tanto en el campo de la protección de las personas y bienes afectados por los conflictos armados o en la regulación o prohibición de determinados medios o métodos de combate, como en la exigencia de una responsabilidad penal individual con el fin de acabar con la impunidad y prevenir la comisión de futuros crímenes de guerra.

Así constituyó un paso decisivo la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, ratificado por España el 24 de octubre de 2000, autorizada por la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre. La trascendencia de esta norma penal internacional y el carácter complementario de la jurisdicción de la Corte res-

pecto de las jurisdicciones nacionales, aconseja ajustar la legislación penal interna a sus disposiciones, en particular evitando discrepancias con las descripciones típicas de los crímenes de guerra, que definen la competencia *rationae materiae* de la Corte según el artículo 8 del Estatuto, y con la regulación de los Principios Generales del Derecho Penal que integran la Parte III del mismo Estatuto.

Asimismo otros Convenios Internacionales, ratificados por España, establecen la obligación para los Estados Partes de tipificar como delitos, y sancionar con penas adecuadas, las infracciones de sus preceptos como sistema de aplicación previsto en la propia norma. Así, se deduce este deber estatal de la Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, de la Convención de 13 de enero de 1993, sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, de la Convención de 9 de diciembre de 1994, sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, de la Convención de 18 de septiembre de 1997, sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, así como del Protocolo Segundo, de 26 de marzo de 1999, de la Convención de la Haya de 1954, sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

Todos éstos Instrumentos internacionales han sido ratificados por España y a ellos había que sumar el Protocolo Facultativo, adoptado el 25 de mayo de 2000, de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.

Abunda también en la conveniencia de modificar la incriminación vigente de los *Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*, la necesidad de incluir algunos tipos penales que provienen de infracciones de los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907, así como del Reglamento Anexo sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, ratificados por España.

En definitiva, se trata de adecuar el Código penal a los actuales desarrollos convencionales que vienen a perfeccionar diversas reglas de protección de las víctimas de los conflictos armados contenidas en tratados de Derecho Internacional Humanitario de los que España es Parte, incorporándolas a nuestro ordenamiento penal para reducir al máximo la impunidad de aquellas conductas que atacan bienes jurídicos fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto.

Artículo 1. Modificación del Capítulo III “Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, del Título XXIV del Libro II del Código Penal.

1. El actual apartado 6º del artículo 608 del Código Penal, pasa a ser el apartado 7º de dicho artículo y se incorpora un nuevo apartado 6º con la siguiente redacción:

“ El personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado de 9 de diciembre de 1994”.

2. Se da nueva redacción al artículo 610 del Código Penal, que será la siguiente:

“El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, u ordene no dar cuartel, será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.

Con la misma pena será castigado el que desarrolle, produzca, almacene, adquiera, conserve, transfiera o no destruya armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas, armas químicas o minas antipersonal”.

3. Se modifican los apartados 4º y 5º del artículo 611 del Código Penal y se incorpora un nuevo apartado 8º, con la siguiente redacción :

“4º. Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga o confine ilegalmente a cualquier persona protegida o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la Parte adversa”.

“5º. Traslade y asiente, directa o indirectamente, en territorio ocupado a población de la Parte ocupante, para que resida en él de modo permanente”.

“8º. Declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la Parte adversa”.

4. Se modifican los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 612 del Código Penal y se incorporan unos nuevos apartados 4º, 5º, 9º y 10º, con la siguiente redacción:

“1º. Viole a sabiendas la protección debida a hospitales, instalaciones, material, unidades y medios de transporte sanitarios, campos de prisione-

ros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas, lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, dadas a conocer por los signos o señales distintivos apropiados”.

“2º. Ejercer violencia sobre el personal sanitario o religioso o integrante de la misión médica, o de las sociedades de socorro o contra el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional”.

“3º. Injuria gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, omita informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales, o viole las prescripciones sobre el alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los Tratados internacionales en los que España fuere Parte y, en particular, reclute o aliste obligatoriamente a menores de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades”.

“4ª. Cometa contra cualquier persona protegida actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual o atentado a su pudor, que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”.

“5º. Haga padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar, del mismo modo, los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra”.

“9º. Viole suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la Parte adversa”.

“10º. Dirija intencionadamente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades, residencias privadas o vehículos de cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o les amenazare con tales ataques para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto”.

5. Los actuales apartados 4º, 5º, 6º y 7º del artículo 612 pasan a ser, respectivamente, los apartados 6º, 7º, 8º y 11º de dicho artículo.

6. Los actuales apartados a), b), c), d) y e) del artículo 613 del Código Penal pasan a ser, respectivamente, los apartados 1, 2, 4, 5 y 6 de dicho artículo, el actual apartado 2 pasa a ser el apartado 7 del mismo precepto y se da nueva redacción al apartado 1, que será la siguiente:

“1. Realice u ordene realizar:

a) Ataques, represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto, claramente reconocidos, que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, o bienes culturales bajo protección reforzada, causando como consecuencia extensas destrucciones, siempre que tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario.

b) La apropiación a gran escala, robo, saqueo, utilización indebida o actos de vandalismo contra los bienes culturales protegidos del apartado a) del presente artículo.

c) La utilización los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares”.

7. Se añade un nuevo párrafo al artículo 613, que pasa a ser el 3, con la siguiente redacción:

“3. Requite indebida o innecesariamente edificios u objetos muebles en territorio ocupado, o capture o destruya buque o aeronave no militares con infracción de las normas sobre el derecho de captura o presa”.

8. Se da nueva redacción al artículo 614 del Código Penal, que será la siguiente:

“El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y naufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

Artículo 2. Modificación del Capítulo IV “Disposiciones comunes”, del Título XXIV del Libro II del Código Penal.

1. Se da nueva redacción al artículo 615 del Código Penal, que será la siguiente:

“La provocación, la conspiración y la proposición para la comisión de los delitos previstos en éste título, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente”.

2. Se añade al Capítulo IV “Disposiciones comunes” un nuevo artículo 616 bis, con la siguiente redacción:

“El jefe militar o quien actúe efectivamente como tal jefe militar, así como el superior que ejerciere una autoridad similar sobre sus subordinados, será responsable por los crímenes previstos en el capítulo anterior, que hubieran sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre sus subordinados, cuando:

a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas o subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos y

b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

En estos supuestos el jefe militar o superior responsable será castigado con la pena establecida para los autores en el capítulo anterior, salvo que concurriere imprudencia grave, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en uno o dos grados”.

3. Se añade al Capítulo IV “Disposiciones comunes” un nuevo artículo 616 ter, con la siguiente redacción:

“El que hubiere ejecutado una acción u omisión constitutiva de un delito previsto en el capítulo anterior en cumplimiento de una orden emitida por una autoridad o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal, a menos que concurran las tres condiciones siguientes:

1. Que estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes emitidas por la autoridad o superior de que se trate,

2. Que no supiere que la orden era ilícita, y

3. Que la orden no fuera manifiestamente ilícita”.

Artículo 3. Modificación del Capítulo I “De las causas que extinguen la responsabilidad criminal”, del Título VII del Libro I del Código Penal.

1. Se da nueva redacción al apartado 4 del artículo 131 del Código Penal, que será la siguiente:

“4. El delito de genocidio, así como los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, previstos en el capítulo III del Título XXIV del Libro II de este Código, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso”.

2. Se da nueva redacción al apartado 2 del artículo 133 del Código Penal, que será la siguiente:

“2. Las penas impuestas por el delito de genocidio o por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, previstos en el capítulo III del Título XXIV del Libro II de este Código, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso”.

Disposición final. Entrada en vigor.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

ANEXO . PRESENTACIÓN COMPARATIVA DEL ARTICULADO VIGENTE DEL CODIGO PENAL ESPAÑOL Y DE LOS PRECEPTOS CUYA MODIFICACIÓN SE PROPONE

CÓDIGO PENAL COMUN	BORRADOR REFORMA CÓDIGO PENAL
TÍTULO XXIV	TÍTULO XXIV
DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL	DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL
CAPÍTULO III	CAPÍTULO III
DE LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO	DE LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

Artículo 608

A los efectos de este capítulo, se entenderá por personas protegidas:

1º) Los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 junio 1977.

2º) Los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 Junio 1977.

3º) La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 Junio 1977.

4º) Las personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de su sustituto protegidos por los Convenios de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 Junio 1977.

Artículo 608

A los efectos de este capítulo, se entenderá por personas protegidas:

1º) Los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 junio 1977.

2º) Los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 Junio 1977.

3º) La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 Junio 1977.

4º) Las personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de su sustituto protegidos por los Convenios de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 Junio 1977.

5º) Los parlamentarios y las personas que los acompañen, protegidos por el Convenio II de La Haya de 29 julio 1899.

6º) Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 Junio 1977, o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte.

5º) Los parlamentarios y las personas que los acompañen, protegidos por el Convenio II de La Haya de 29 julio 1899.

6º.) El personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado de 9 de diciembre de 1994.

7º) Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 Junio 1977, o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte.

Artículo 609

El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos.

Artículo 609

El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos.

Artículo 610

El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.

Artículo 610

El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, **u ordene no dar cuartel**, será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.

Con la misma pena será castigado el que desarrolle, produzca, almacene, adquiera, conserve, transfiera o no destruya armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas, armas químicas o minas antipersonal.

Artículo 611

Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

1º) Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla.

2º) Destruya o dañe, violando las normas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados, buque o aeronave no militares de una Parte adversa o neutral, innecesariamente y

Artículo 611

Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

1º) Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla.

2º) Destruya o dañe, violando las normas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados, buque o aeronave no militares de una Parte adversa o neutral, innee-

sin dar tiempo o sin adoptar las medidas necesarias para proveer a la seguridad de las personas y a la conservación de la documentación de a bordo.

3º). Obligue a un prisionero de guerra o persona civil a servir, en cualquier forma, en las Fuerzas Armadas de la Parte adversa, o les prive de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.

4º) Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga ilegalmente a cualquier persona protegida.

5º) Traslade y asiente en territorio ocupado a población de la Parte ocupante, para que resida en él de modo permanente.

6º) Realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal.

7º) Impida o demore, injustificadamente, la liberación o la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles.

sariamente y sin dar tiempo o sin adoptar las medidas necesarias para proveer a la seguridad de las personas y a la conservación de la documentación de a bordo.

3º). Obligue a un prisionero de guerra o persona civil a servir, en cualquier forma, en las Fuerzas Armadas de la Parte adversa, o les prive de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.

4º) Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga o **confine** ilegalmente a cualquier persona protegida **o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la Parte adversa.**

5º) Traslade y asiente, **directa o indirectamente**, en territorio ocupado a población de la Parte ocupante, para que resida en él de modo permanente.

6º) Realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal.

7º) Impida o demore, injustificadamente, la liberación o la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles.

8º) Declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa.

Artículo 612

Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

1º) Viole a sabiendas la protección debida a unidades sanitarias y medios de transporte sanitarios, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas o lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, dadas a conocer por los signos o señales distintivos apropiados.

2º) Ejerza violencia sobre el personal sanitario o religioso o integrante de la misión médica o de las sociedades de socorro.

3º) Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor, omita informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales, o viole las prescripciones sobre alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los Tratados internacionales en los que España fuere parte.

4º) Use indebidamente o de modo pérfido los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte, especialmente los signos

Artículo 612

Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

1º) Viole a sabiendas la protección debida a **hospitales, instalaciones, material**, unidades y medios de transporte sanitarios, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas, lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, dadas a conocer por los signos o señales distintivos apropiados.

2º) Ejerza violencia sobre el personal sanitario o religioso o integrante de la misión médica, o de las sociedades de socorro **o contra el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional.**

3º) Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, omita informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales, o viole las prescripciones sobre alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los Tratados internacionales en los que España fuere parte **y, en particular, reclute o aliste obligatoriamente a menores de 18 años o los utilice para participar activamente en las hostilidades.**

4º) Cometa contra cualquier persona

distintivos de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

5º) Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera, uniforme insignia o emblema distintivo de Estados neutrales, de las Naciones Unidas o de otros Estados que no sean partes en el conflicto o de Partes adversas, durante los ataques o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares, salvo en los casos exceptuados expresamente previstos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte.

6º) Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera de parlamento o de rendición, atente contra la inviolabilidad o retenga indebidamente a parlamentario o a cualquiera de las personas que lo acompañen, a personal de la Potencia Protectora o su sustituto, o a miembro de la Comisión Internacional de Encuesta.

7º) Despoje de sus efectos a un cadáver, herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra o persona civil internada.

protegida actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual o atentado a su pudor, que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

5º) Haga padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar del mismo modo los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra.

6º) Use indebidamente o de modo pérfido los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte, especialmente los signos distintivos de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

7º) Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera, uniforme, insignia o emblema distintivo de Estados neutrales, de las Naciones Unidas o de otros Estados que no sean partes en el conflicto o de Partes adversas, durante los ataques o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares, salvo en los casos exceptuados expresamente previstos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte.

8º) Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera de parlamento o de rendición, atente contra la inviolabilidad o retenga indebidamente a parlamentario o a cualquiera de las personas que lo acompañen, a personal de la Potencia Protectora o su sustituto, o a

miembro de la Comisión Internacional de Encuesta.

9º) Viole suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la Parte adversa.

10º) Dirija intencionadamente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades, residencias privadas o vehículos de cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o les amenazare con tales ataques para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.

11º) Despoje de sus efectos a un cadáver, herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra o persona civil internada

Artículo 613

1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado:

a) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes culturales o lugares de culto claramente reconocidos, que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos y siempre que tales bienes no estén situados en la inmedia-

Artículo 613

Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado:

1. Realice u ordene realizar :

a) **Ataques, represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto, claramente reconocidos, que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, o bienes culturales bajo protección reforzada, causando como consecuencia**

ta proximidad de objetivos militares o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario.

b) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la Parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario.

c) Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la Parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus Fuerzas Armadas.

d) Ataque o haga objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo.

e) Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje.

2. En el caso de que se trate de bienes culturales bajo protección especial, o en los supuestos de extrema gravedad, se podrá imponer la pena superior en grado.

extensas destrucciones, siempre que tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario.

b) La apropiación a gran escala, robo, saqueo, utilización indebida o actos de vandalismo contra los bienes culturales protegidos del apartado a) del presente artículo.

c) La utilización de los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares.

2. Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la Parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario.

3. Requite indebida o innecesariamente edificios u objetos muebles en territorio ocupado, o capture o destruya buque o aeronave no militares con infracción de las normas sobre el derecho de captura o presa.

4. Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la Parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus Fuerzas Armadas.

5. Ataque o haga objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando tales

ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo.

6. Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje.

7. En el caso de que se trate de bienes culturales bajo protección especial, o en los supuestos de extrema gravedad, se podrá imponer la pena superior en grado.

Artículo 614

El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Artículo 614

El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, **regulación de los medios y métodos de combate**, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato **debido** a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Artículo 615

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

Artículo 615

La provocación, la conspiración y la proposición para la **comisión** de los delitos previstos en este título, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados **a la del delito correspondiente**.

Artículo 616

En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en este título y en el anterior por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; si fuese un particular, los Jueces o Tribunales podrán imponerle la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años.

Artículo 616

En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en este título y en el anterior por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; si fuese un particular, los Jueces o Tribunales podrán imponerle la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años.

Artículo 616 bis.

El jefe militar o quien actúe efectivamente como tal jefe militar, así como el superior que ejerciere una autoridad similar sobre sus subordinados, será responsable por los crímenes previstos en el capítulo anterior, que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre sus subordinados, cuando:

a. Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubie-

re debido saber que las fuerzas o subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos

y

b. No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

En estos supuestos el jefe militar o superior responsable será castigado con la pena establecida para los autores en el capítulo anterior, salvo que concurriere imprudencia grave, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.

Artículo 616. Ter

El que hubiere ejecutado una acción u omisión constitutiva de un delito previsto en el capítulo anterior en cumplimiento de una orden emitida por una autoridad o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal, a menos que concurran las tres condiciones siguientes:

1. Que estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes emitidas por la autoridad o superior de que se trate,
2. Que no supiere que la orden era ilícita, y
3. Que la orden no fuera manifiestamente ilícita.

LIBRO I TÍTULO VII	LIBRO I TÍTULO VII
DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y SUS EFECTOS CAPÍTULO I	DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y SUS EFECTOS CAPÍTULO I
DE LAS CAUSAS QUE EXTINGUEN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL	DE LAS CAUSAS QUE EXTINGUEN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Artículo 131

1. Los delitos prescriben:

A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.

A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años.

A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez años.

A los cinco, los restantes delitos graves.

A los tres, los delitos menos graves.

Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año.

2. Las faltas prescriben a los seis meses.

3. Cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

4. El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso.

Artículo 131

1. Los delitos prescriben:

A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.

A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años.

A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez años.

A los cinco, los restantes delitos graves.

A los tres, los delitos menos graves.

Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año.

2. Las faltas prescriben a los seis meses.

3. Cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

4. El delito de genocidio, **así como los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, previstos en el capítulo III**

del Título XXIV del Libro II de este Código, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Artículo 133

1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

A los veinticinco años, las de prisión de quince o más años.

A los veinte, las de inhabilitación por más de diez años y las de prisión por más de diez y menos de quince.

A los quince, las de inhabilitación por más de seis y menos de diez años y las de prisión por más de cinco y menos de diez años.

A los diez, las restantes penas graves.

A los cinco, las penas menos graves.

Al año, las penas leves.

2. Las penas impuestas por delito de genocidio no prescribirán en ningún caso.

Artículo 133

1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

A los veinticinco años, las de prisión de quince o más años.

A los veinte, las de inhabilitación por más de diez años y las de prisión por más de diez y menos de quince.

A los quince, las de inhabilitación por más de seis y menos de diez años y las de prisión por más de cinco y menos de diez años.

A los diez, las restantes penas graves.

A los cinco, las penas menos graves.

Al año, las penas leves.

2. Las penas impuestas por el delito de genocidio **o por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, previstos en el capítulo III del Título XXIV del Libro II de este Código, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.**

**LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.
ESTATUTO DE ROMA
(ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE SU RATIFICACION)**

Maria Teresa Garces Lloreda *

Augusto J. Ibañez Guzman **

1. PRESENTACION.

La discusión acerca de una Corte Global se fomenta desde 1945, cuando los aliados victoriosos comenzaron a ejercer en nombre de la comunidad internacional la jurisdicción universal con respecto a los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial fuera de sus territorios y contra personas que no eran ciudadanos suyos ni residentes en esos territorios (Tribunal Militar Internacional de Nuremberg).

Luego se han conocido tres jurisdicciones penales internacionales: el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (Tribunal de Tokio), el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Son Tribunales *ad hoc*, para el estudio,

*Exconstituyente Miembro de la Delegación de Colombia a la Precom New York
Veedora del Distrito Capital

** Profesor Titular Universidad Externado de Colombia. De Derecho Penal General Pontificia Universidad Javeriana. Miembro de la Delegación de Colombia a las Precom New York

investigación y juzgamiento de los delitos cometidos en cada uno de los conflictos armados de la época

Desde luego que se tenía noticia doctrinaria y legislativa, en varios países, con respecto a la aplicación de la ley en el espacio, como herramienta para la lucha contra la delincuencia; una figura como la contenida en el denominado “Estatuto Universal”, otorgaba una visión universal de la persecución a la delincuencia, desde las soberanías de las naciones. No obstante, dicho mecanismo, es sin duda insuficiente, tanto en cobertura, en instrumentos, como en la entidad que debe investigar y juzgar. La Corte Penal Internacional es el instrumento por excelencia para impartir justicia desde el marco universal y frente a los crímenes de mayor gravedad, así como para determinar y proteger a la víctima.

La hipótesis de aplicación y puesta en vigencia de una Corte Global no es ajena a la realidad Latinoamericana, basta recordar los conflictos internos de algunos países del sur de nuestra latitud, para encontrar y fortalecer su especial importancia, casos como los de Chile y Argentina, son palmarios ejemplos próximos. Ello permite realizar una reflexión seria sobre los Derechos Humanos y sobre el Derecho Internacional Humanitario, que han de dejar de ser un discurso teórico a convertirse en fórmulas de aplicación de la Ley, cuando las jurisdicciones no quieren o no pueden ejercerla.

La Corte Penal Internacional, propuesta y contenida en el Tratado de Roma, como Corte permanente y reglada, es el mecanismo internacional más apropiado para la persecución de los crímenes como el genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión.

Y aunque no es del tema en desarrollo, se debe resaltar: La Corte Penal Internacional no será la cura para la barbarie en el mundo, no prevendrá todas las conductas vulneradoras se produzcan, sin embargo, sí contribuirá a la consecución de esos fines y, en esa medida, será un avance en cuanto a la aplicación de la justicia, el respeto de los derechos humanos y la protección de las víctimas. Una razón de peso, entre otra es, sin duda, el establecimiento de la responsabilidad personal y posibilidad de una condena, hasta de cadena perpetua.

No es exótico el planteamiento de protección y tutela efectiva, cuando se trata de auscultar lo referente a la ratificación, cuando la Corte Constitucional, se ha pronunciado en relación con la importancia del derecho internacional humanitario, que regula el derecho de la guerra, a propósito de la declaratoria de exequibilidad de los Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra (1).

(1) Ver anexo

Pero es más. Se ha de recordar, con los mismos fines como la Corte sustentó la prevalencia de los tratados de derecho humanos y de derecho internacional humanitario en que “estos forman con el resto del texto constitucional un bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (2).

2. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL TRATADO

PLANTEAMIENTO GENERAL

A salvo alguna reflexiones ya conocidas como:

- Es un instrumento Complementario y subsidiario
- La Corte posee competencia «ratione materia». Crímenes como la agresión, el genocidio, los de lesa humanidad y los de guerra.
- El tratado establece unas garantías procesales, para los acusados, las víctimas y los Estados.
- Establece el Estatuto una manera de organización de la Corte.
- Establece el Estatuto de Roma una especial forma de “Sistema Acusatorio”.
- Determina una específica entrada en vigencia.

ASPECTOS EN LOS CUALES EL ESTATUTO PODRÍA EXCEDER EL TEXTO CONSTITUCIONAL

El punto central de nuestra reflexión se encuentra aquí, es decir, el colocar de presente los temas que se encuentran en el Estatuto de Roma y que se considera podrían exceder el texto constitucional. De ser ello demostrado, debemos determinar los posibles caminos par alcanzar la ratificación, que de suyo corresponde a una decisión de Alta Política.

Así las cosas, a continuación se hace un inventario de las normas del Estatuto de la Corte Penal Internacional que podrían, entrar en contradicción con la Constitución Política. Ellas son entre otras:

(2) Sentencia C225/TS mayo 18 del 95.M.P. Alejandro Martinez

EN RELACION CON LAS CONDICIONES DE EJERCICIO Y LA SOBERANIA

De acuerdo con el Estatuto, la Corte Penal Internacional constituye una Jurisdicción complementaria de las jurisdicciones penales nacionales (Preámbulo, Arts, 1 y 17 CPI); será una institución permanente, facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional (Art. 1); tendrá sede en La Haya, Países Bajos (Art. 3 CPI), podrá ejercer sus funciones y atribuciones en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado (Art. 4CPI).

La Corte podrá asumir el conocimiento sobre un asunto si el Estado que normalmente tendría la competencia no tiene la real voluntad o capacidad para llevar a cabo el proceso o la investigación (Art. 17 CPI), podrá procesar a personas que lo hayan sido por otro tribunal cuando el proceso en el otro tribunal obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal o no hubiere sido sustraído en forma independiente o imparcial o lo hubiere sido de alguna manera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (Art.20 CPI).

La normatividad aplicable por la Corte es, primero su propio Estatuto y sus Reglas de procedimiento y Prueba, segundo, los tratados y los principios y los principios y normas de derecho internacional tercero, en su defecto, los principios generales del derecho (Art. 21 CPI); el lugar del juicio será, a menos que se decida otra cosa, la sede de la Corte (Art. 62 CPI); los Estados Partes tienen la obligación de cooperar plenamente con al Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia (Art. 86 CPI), los Estados Partes deben asegurarse que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en el Estatuto (Art. 88 CPI).

Podría haber contradicción entre las reglas mencionadas del Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Constitución Política que establece lo siguiente, en relación con las condiciones de ejercicio de la soberanía.

La soberanía reside exclusivamente en el pueblo y éste la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes (Art. 3CP), la Constitución es norma de normas y en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (Art 4 CP); las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional y en el respeto a la autode-

terminación de los pueblos (Artr. 9 CP), la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, así como la justicia penal militar, administran justicia, y el Congreso ejerce determinadas funciones judiciales (Art.. 116 CP).

EN RELACIÓN CON EL FUERO DE ALGUNOS FUNCIONARIOS

El Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que será aplicable por igual a todas las personas sin distinción alguna basada en el cargo oficial, el cual en ningún caso eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena (Art. 27 CPI); La Corte tiene jurisdicción para juzgar a jefes y superiores militares (Art. 28 CPI).(*)

Existe una contradicción entre las normas del Estatuto y las disposiciones constitucionales que establecen fueros especiales para ciertas personas, en razón de sus cargos. Son éstas las siguientes:

La responsabilidad de los militares en servicio recae(3) únicamente en el superior que da la orden (Art. 91. CP); la ley debe determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (Art. 14 CP), el Senado conoce de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos (en este caso conoce por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos) (Arts. 174,175, y 178 CP); la Corte Suprema de Justicia conoce, en forma privativa, de los delitos que cometan los congresistas (Art. 186 CP), el Presidente de la República, durante el periodo para el que sea elegido o quien se halle encargado de la Presidencia, no puede ser perseguido ni juzgado por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa (Art. 199 CP), las cortes marciales o tribunales militares, integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro, conocen de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el

(3)Ver desarrollos jurisprudenciales

mismo servicio, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar (Art. 221 CP Adicionado, art. 1, Acto Legislativo 2 de 1995).

Concordante con estas normas, la Constitución establece que son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia (Art.235-2,3,4 y par) juzgar al Presidente de República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2 y 3, investigar y juzgar a los miembros del Congreso, juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y Jefes de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen (cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas (Art. 235 CP); es función especial del Fiscal General de la Nación (Art. 251 N° 1) investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.

EN RELACIÓN CON LAS PENAS Y LA PRESCRIPCIÓN

El Estatuto de la Corte Penal Internacional determina en relación con las penas y su aplicación: los crímenes de competencia de la Corte son imprescriptibles (Art. 29 CPI), la Corte podrá imponer a la persona declarada culpable la pena de reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 o la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado (Art. 34. CPI) (4).

Hay contradicción entre las normas del Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Constitución Política, puesto que ésta establece que en ningún caso podrá haber penas y medidas de seguridad imprescriptibles (Art. 28 CP), y que está prohibida la pena de prisión perpetua (Art .34 CP).

(4) Ver Reglas de Procedimiento y Prueba, en donde se establece la cadena perpetua, cuando únicamente existan agravantes de la responsabilidad

EN RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL Y EL PROCEDIMIENTO PENAL.

El Estatuto establece en relación con la competencia de la Corte: la tendrá respeto de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión (Art. 5 CPI), podrá ejercerla respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 cuando un Estado Parte remite al Fiscal una situación en que parezcan haberse cometido uno o varios de esos crímenes, o el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes, o el Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo (Art. 13 CPI), la tendrá para conocer de delitos contra la administración de justicia cometidos con ocasión de las investigaciones y juicios que ella adelante, pudiendo imponer penas de reclusión no superiores a 5 años y/o multas (Art. 70 CPI), la Sala de Cuestiones Preliminares podrá dictar órdenes de detención o de comparecencia (Art. 58 CPI).

Puede existir oposición entre las normas del Estatuto y la Constitución Política en cuanto al Derecho penal y al procedimiento penal, en razón de que ésta establece:

Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (Art. 6 CP) quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el *Habeas Corpus*, el cual debe resolverse en término de treinta y seis horas (Art. 30 CP), ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley (Art. 121 CP), corresponde a la Fiscalía General de la Nación investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los Juzgados y Tribunales competentes (Art 250 CP), es función del Fiscal General de la Nación investigar y acusar a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución (Art. 251 CP)

3. MECANISMOS DE RATIFICACION

Siendo el examen de constitucionalidad una etapa previa a la ratificación de cualquier tratado en Colombia, según lo dispuesto por el artí-

culo 241,10 de la Carta Política, el Tratado de Roma no podría ser ratificado por existir algunas contradicciones entre normas de este Estatuto y la Constitución, teniendo en cuenta que aquél no admite reservas (artículo 120). Por ello, el procedimiento normal no sería conducente en este caso.

En otros términos el mecanismo ordenado constitucionalmente no es posible, por las razones expuestas.

Una opción sería considerando la gran importancia que reviste la ratificación del Tratado de Roma, efectuar una reforma constitucional a todos los artículos que se oponen al Estatuto. Tal mecanismo es dispendioso, como bien se podrá observar. No sólo por la cantidad de artículos que se deben reformar, sino por el tiempo legislativo que ello implica, lo que haría posible que Colombia ratifique antes de los sesenta Estados, con las consecuencias que se conocen.

Por lo anterior, consideramos que un acto legislativo es el camino más expedito para la ratificación del Tratado de Roma. El contenido de éste sería la aprobación de la totalidad del Tratado. Por ser el Acto Legislativo de rango constitucional, el Tratado entraría a formar parte del bloque de constitucionalidad y no podría haber contradicción con otras normas de la Carta Política.

PRIMER MECANISMO POR VÍA ACTO LEGISLATIVO

El Acto Legislativo constaría de dos artículos:

Por el primero se aprueba el Tratado por medio del cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas. De esta manera, la totalidad de las normas del Estatuto entran a formar parte del bloque de constitucionalidad de Colombia.

Por el artículo segundo se prevé un trámite especial para el control de constitucionalidad del Tratado, al disponer que la Corte Constitucional decidirá definitivamente, antes de la ratificación, sobre la exequibilidad del acto legislativo y sólo por vicios de procedimiento en su formación. Con tal fin, el Gobierno lo remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a su sanción.

El control de constitucionalidad se restringe en este caso a los aspectos formales de procedimiento en la aprobación del Acto Legislativo, puesto que la Corte no puede entrar a analizar la conformidad del contenido del Tratado con la Constitución, por tratarse de una reforma constitucional,

según lo establece el artículo 241 numeral 1 de la Constitución. Se propone el control automático sobre dicho procedimiento, para garantizar la seguridad jurídica, no sólo a nivel interno, sino también frente a la comunidad internacional. Posteriormente no habría lugar a demandas contra la ley ni contra el Tratado.

SEGUNDO MECANISMO POR VIA ACTO LEGISLATIVO

Un mecanismo, como este, se encuentra presentado al Congreso de la República, bajo el número 14 del 2001, proyecto de Acto Legislativo.

Quienes proponen tal mecanismo, dirigen su labor a hacer que el Estatuto de Roma sea parte del “Bloque de Constitucionalidad”, en consecuencia, proponen la reforma del Artículo 93 de la Constitución Política: Incorporan a la Constitución el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y ordenan declarar aprobado el Estatuto, por el Estado Colombiano.

A renglón seguido otorgan facultades extraordinarias al Ejecutivo para la implementación interna de las normas de Estatuto.

La iniciativa posee entonces, un artículo, con su párrafo.

Formalmente, como se puede observar, son ambos mecanismos apropiados, otras son las reflexiones de carácter político y de oportunidad que se pueden esgrimir. Lo cierto es que existe la conciencia de la importancia y necesidad del Estatuto a más de las bondades desde el punto de vista conflicto armado o política de paz, según se desee ver.

Nos parece que cualquiera sea la ubicación Constitucional del Tratado de Roma, para su incorporación y aprobación, lo cierto es que debe existir una norma que permita y de especial resalto al control Constitucional.

ANEXO:

La H. Corte Constitucional ha dicho sobre el tema que dejamos planteado en nota de pie de pagina inicial:

“7 El Derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado Derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de Derecho Internacional Humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes

que como la creación de principios y reglas nuevas. Así esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante de *ius cogens*. Ahora bien, al tenor del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, se entiende por norma *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter”. Por ello, según este mismo artículo de la Convención de Viena, todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional. Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario. Al respecto dijo esta Corporación.

En síntesis, los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o Derecho consuetudinario de los pueblos. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de Derecho internacional, como se analizará con algún detalle más adelante. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios.

El Derecho Internacional Humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo.(i)

8.- El respeto del Derecho Internacional Humanitario es un asunto que interesa a la comunidad internacional como tal, como lo demuestra la creación el 17 de noviembre de 1993, en la Haya , de un Tribunal para juzgar los crímenes cometidos en la guerra civil en la antigua Yugoslavia. En efecto, la Corte de la Haya se encargará de juzgar a través de este Tribu-

(i) Sentencia C-574/92, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón

nal, integrado por once magistrados de diferentes países, a quienes hayan ordenado o cometido crímenes de guerra o violaciones al derecho internacional humanitario desde 1991 en ese territorio.

Todo lo anterior permite entonces concluir que la obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participan en un conflicto armado, y no sólo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que - se repite- la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado”.

10.- En el caso colombiano, estas normas humanitarias tienen además especial imperatividad, por cuanto el artículo 214 numeral 2ª de la Constitución dispone que «en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Esto significa que, como ya lo señaló esta Corporación, en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo “al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*.»(ii)

Más adelante, después de aclarar que el Protocolo II no vulnera la Soberanía Nacional, dice la misma Sentencia.:

“16.- Lo anterior no quiere decir que el derecho humanitario no tenga ningún efecto sobre la concepción de la soberanía puesto que, como bien lo señala el Ministerio Público estas normas presuponen un cambio de perspectiva de la relación entre el Estado y sus ciudadanos. En efecto, en la medida en que las partes enfrentadas en un conflicto armado ven limitados los medios legítimos de combate, en función de la protección de la persona humana, esto implica que la soberanía ya no es una atribución absoluta del Estado frente a sus súbditos, ni una relación vertical entre el

(ii) Sentencia C-574/92, M.P. Ciro Angarita Barón

gobierno y el gobernado, pues las atribuciones estatales se encuentran relativizadas y limitadas por los derechos de las personas. Esto significa que se sustituye la idea clásica de una soberanía estatal sin límites, propia de los regímenes absolutistas, según la cual el príncipe o soberano no está atado por ninguna ley (*Principis Legibus solutus est*), por una concepción relativa de la misma, según la cual las atribuciones del gobernante encuentran límites en los derechos de las personas. Pero este cambio de concepción de soberanía en manera alguna vulnera la Carta pues armoniza perfectamente con los principios y valores de la Constitución. En efecto, esta concepción corresponde más a la idea de un Estado social de derecho fundado en la soberanía del pueblo y en la primacía de los derechos inalienables de la persona(CP arts. 1º,3º, y 5º)

Al referirse a la coincidencia del Protocolo II con los principios constitucionales, expresa la misma sentencia:

“Esta protección de la dignidad y los derechos de la persona en los conflictos armados internos armoniza plenamente con los principios constitucionales y en especial con el valor que funda la institucionalidad colombiana, a saber el respeto de la dignidad humana y el reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP, arts. 1º y 5ª). Existe entonces una perfecta coincidencia de finalidades entre la Constitución colombiana y el tratado bajo revisión, pues es indudable que la identidad que deriva de la dignidad humana debe prevalecer sobre las diferencias que enfrentan a los combatientes.

20.- La perspectiva de la humanización de la guerra no significa, en manera alguna, que el Protocolo II esté legitimando la existencia de los conflictos armados internos o el recurso a los instrumentos bélicos por grupos armados irregulares, como equivocadamente lo sostiene uno de los intervinientes. En efecto, como ya se señaló en esta sentencia, la aplicación del derecho internacional humanitario no menoscaba la responsabilidad del Gobierno de preservar el orden público, por lo cual se mantiene el deber del Estado colombiano, y en particular de la Fuerza Pública de garantizar la convivencia pacífica entre los ciudadanos y asegurar la paz (CP Preámbulo y arts. 2º y 22)

21.-Esto muestra con claridad que el derecho humanitario en manera alguna legitima la guerra. Lo que busca es garantizar que las partes en contienda adopten las medidas para proteger a la persona humana. Y a su vez, como bien señalan la Vista Fiscal, los representantes gubernamentales y otros intervinientes, esta humanización de la guerra tiene especial trascendencia constitucional en la búsqueda de la paz. . En efecto, de

manera insistente, la doctrina nacional e internacional han señalado que las normas humanitarias no se limitan a reducir los estragos de la guerra sino que tienen una finalidad tácita que puede ser, en ocasiones, mucho más preciosa: esta normatividad puede facilitar la reconciliación entre las partes enfrentadas, porque evita crueldades innecesarias en las operaciones de guerra. De esa manera, al reconocer una mínima normatividad aplicable, una mínima racionalidad ética, el derecho internacional humanitario facilita un reconocimiento recíproco de los actores enfrentados y por ende favorece la búsqueda de la paz y la reconciliación de las sociedades fracturadas por los conflictos armados.

Esto muestra entonces que las normas humanitarias, lejos de legitimizar la guerra, aparecen como una proyección de la búsqueda de la paz que es en el constitucionalismo colombiano un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento (CP art. 22), lo cual confiere nuevas bases constitucionales al Protocolo II. Esto obviamente no significa, como bien lo destaca el Ministerio Público, que las normas humanitarias sólo se puedan y deban aplicar en escenarios de una eventual negociación, pues ellas son obligatorias per se para las partes en un conflicto armado. Además, la aplicación del derecho internacional humanitario no menoscaba la responsabilidad del gobierno de mantener o restablecer el orden público, como lo precisa el artículo 3º del Protocolo II.(iii)

(iii) Sentencia C-225 de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero, sobre la versión de Constitucionalidad de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994-Por medio de la cual se aprueba el “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II)”, suscrito en Ginebra el 8 de junio de 1977

LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS.

M^a Concepción Pérez Villalobos
Departamento de Derecho Constitucional
Universidad de Granada.

SUMARIO

1. Introducción. Las Fuerzas Armadas ante los nuevos retos de Seguridad y Defensa. 2. Regulación constitucional: el artículo 8 y el artículo 97 CE. A) El principio democrático y el principio monárquico en la Constitución española y su relación con las Fuerzas Armadas. B) Derecho Comparado. C) Naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas. 3. Sujeción de la organización militar a los principios constitucionales. 4. Las Altas Misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas. 5. Las "nuevas" misiones de las Fuerzas Armadas. 6. Conclusión.-

1.- INTRODUCCIÓN. LAS FUERZAS ARMADAS ANTE LOS NUEVOS RETOS DE SEGURIDAD Y DEFENSA.-

Las Fuerzas Armadas han vivido ya una primera etapa constitucional decisiva y renovadora para ellas, etapa en la que han tenido un protagonismo importante en la vida española y que ha servido para hacer una transformación histórica, desde un Ejército que ganó una guerra civil a un Ejército profesional, democrático y sometido al Derecho (1). Lo que hay

(1) A lo largo de toda la dictadura franquista se fue creando una construcción teórica acerca del papel político que debía de desempeñar el ejército en la sociedad y que trataba no sólo de afianzar y perpetuar el sistema político sino también de justificar la rebelión militar de la que surgió el régimen de Franco. De esta forma se afirmaba que las Fuerzas

que cuestionarse ahora es si la actual regulación constitucional -que sirvió sin duda para operar una importante transformación de las Fuerzas Armadas en nuestro país-, puede dar respuesta a los nuevos retos de Seguridad y Defensa que aparecen en el contexto en el que España se encuentra en el umbral del siglo XXI. Se ha cerrado definitivamente una etapa y se inaugura otra nueva en la que las Fuerzas Armadas españolas se vinculan a los Ejércitos europeos y participan en sistemas de defensa internacionales, teniendo en cuenta que las misiones futuras en las que éstas intervengan estarán más determinadas por normas internacionales que por las previsiones constitucionales del artículo 8.

Efectivamente, la configuración de las Fuerzas Armadas cambió sustancialmente en relación al ejército que salió de la guerra civil española y cuyas estructuras estuvieron vigentes hasta la llegada de un sistema democrático. Las Fuerzas Armadas del régimen de Franco se constituyeron en vigilante de la permanencia del sistema político. A este planteamiento se acomodaron gran parte de los primeros esfuerzos articulándose los mecanismos necesarios en orden a su consecución, fundamentalmente a través de técnicas de propaganda y, de forma más directa, a través de la depuración de militares resistentes a estos planteamientos (2). El modelo de ejército que salió de la guerra civil concedía a éste una presencia viva en la sociedad española, y, se puede decir, que en la vida política y social de forma decisiva.(3)

Armadas no son, a estas alturas de la historia, un “instrumento inconsciente de la política de los Gobiernos”, (GARCÍA ARIAS, L.: “La Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado”, REP, núm. 152 (1967)), e incluso se decía que al Ejército “corresponde el papel definitivo de cara a que el Estado pueda conseguir sus fines” (OEHLING, H.: La función política del ejército, Madrid, IEP, 1967). Un estudio de esta teorización acerca de la función política de las Fuerzas Armadas se puede encontrar en LÓPEZ RAMÓN, F.: La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs.221 y ss.

(2) En plena guerra civil, un Decreto de 12 de diciembre de 1936, permitía ordenar la baja de cualquier militar que por su comportamiento o falta de capacidad profesional no se le considere apto para ejercer el mando” (artículo 1). Aunque una ley de julio de 1940 “suavizaba”, en parte, este Decreto al establecer que los Ministros del ramo podían conceder con total discrecionalidad el paso a la situación de retiro o a la escala complementaria, esta discrecionalidad fue suficiente para asegurar la adscripción al régimen de un gran número de militares, junto, como es bien sabido, con el afianzamiento del mando supremo de las Fuerzas Armadas en el Jefe del Estado, prerrogativa que se inicia con la ley de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939, y que se reproduce en la propia Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, ejerciendo el Jefe del Estado un poder real y efectivo sobre las Fuerzas Armadas. Vid: LÓPEZ RAMÓN, F.: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, op. cit. *passim*

(3) El orden público estuvo militarizado en la práctica a lo largo de todo el régimen aunque no se utilizara de forma directa y física al Ejército, pero sí de forma efectiva y legal, desde cuya perspectiva su actuación estuvo prevista. Estos factores pueden englobarse fun-

El cambio de modelo que se produjo con la Constitución era un cambio desde cualquier punto de vista necesario, porque España se incorporaba a un sistema democrático cuya principal reforma debía ser sin duda alguna la del ejército, es decir, la de contar con un ejército plenamente democrático e integrado en la estructura social. El papel realizado por las Fuerzas Armadas durante la transición era una de las cuestiones más “peligrosas” y que plantearon problemas importantes y dudas muy razonables acerca de su comportamiento dado, que eran Fuerzas Armadas que provenían de un régimen dictatorial en el cual el papel jugado había sido definitivo, tanto para la implantación del sistema político, como para su mantenimiento y perpetuación durante casi cuarenta años en nuestro país. El papel del Ejército de un Estado constitucional es absolutamente diferente. Nuestras Fuerzas Armadas tenían que ser las Fuerzas Armadas de un país democrático y pluralista en el que el respeto a los derechos de los demás fuera el principio definitivo sobre el que se asentaría el sistema político, y las dificultades en relación al ejército fueron muchas como lo prueba el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, protagonizado por un sector del ejército disconforme con el siste-

damentalmente en cuatro: “el carácter militar de las fuerzas de orden público, la estructura territorial del Ejército, la amplitud de la jurisdicción militar y las facultades de movilización de la sociedad”. Aunque no se utilizó directamente al Ejército para mantener el orden público, la Ley de Orden Público permitía que en caso de necesidad, unidades propiamente militares participaran en la conservación y restauración del orden público bajo el mando de sus jefes naturales, incluyendo entre sus funciones la *dispersión de multitudes, registros, intervención de la información pública, control de movimientos...*, etc. *Ibídem*, Op. cit. p. 210. No es de esta misma opinión TRILLO FIGUEROA para quien “el régimen político español surgido de la contienda 1936-1939, no fue un régimen militarista”, en “Las Fuerzas Armadas en la Constitución española (Esbozo de una construcción institucional)”, REP, núm.12, 1979.

(4) Las Fuerzas Armadas no son algo extraño al derecho, ni a la organización del Estado, sino que se insertan plenamente en él. *Se trata así de que el espíritu democrático comience a impregnar, incluso internamente, las instituciones militares. Ningún complejo ya ante figuras y técnicas tradicionalmente excluidas de la comprensión jurídica ordinaria, como el bando militar, la jerarquía, la disciplina. Las Fuerzas Armadas están plenamente sometidas al Derecho. Si los mandos militares tiene más amplias potestades que otras autoridades administrativas en sus ámbitos de actuación, no es debido a ningún precepto exterior al ordenamiento jurídico del Estado, sino porque éste así lo ha querido expresamente*”, cfr. LÓPEZ RAMÓN, F.: “Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas”, en *Homenaje a García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1995, p.2567. Aunque esta afirmación la matizaremos más adelante desde la consideración de una Constitución normativa, sí nos sirve ahora para sentar las bases de los problemas que suscita la regulación constitucional de las fuerzas Armadas desde el propio artículo octavo de la Constitución, función ésta que no se ha hecho tanto desde el punto de vista constitucional cuando desde ámbitos del derecho administrativo, probablemente por la discusión acerca de la naturaleza jurídica de las fuerzas armadas y que la Constitución no contribuye precisamente a resolver al incluir este artículo en el Título Preliminar.

ma político constitucional y continuísta del sistema dictatorial anterior (4). Esta situación puso sobre la mesa de los sucesivos gobiernos de la democracia la necesidad de renovar el ejército y sus estructuras para adaptarlo a la realidad social y jurídica vigente (5) , aunque en los primeros gobiernos de la democracia, la política militar y de defensa venía siendo definida por las élites militares reformistas. Con el triunfo electoral del PSOE en octubre de 1982 se produce la alternancia en el poder y la política de seguridad y defensa se elabora en círculos civiles y es debatida en el Parlamento. A partir de entonces se llevan a cabo los Planes de modernización y adaptación del ejército conocidos como el Plan META, de 1985, de modernización del ejército de tierra, y el Plan NORTE de 1994 .

Después de que hayan transcurrido más de veinte años de vigencia de un modelo de ejército constitucional, el perfil de este ejército ha seguido cambiando: España se ha incorporado a misiones de paz en el extranjero,(6) y son éstas las que ocupan en la actualidad la mayor parte de las acciones de las Fuerzas Armadas de cara al exterior, mientras que hacia el interior, las Fuerzas Armadas han pasado de controlar la vida ciudadana, a ser unas Fuerzas democráticas bajo el mando del poder político. Con el lema “*la defensa es de todos*” (7), se quería dejar constancia de que la defensa de España no es una función exclusiva y excluyente de las Fuer-

(5) Sobre las Fuerzas Armadas en los procesos de transición y consolidación democrática, se puede consultar: CAZORLA, J.: “Transiciones y cambio político”, en R. del Aguila (ed.), *Manual de Ciencia Política*, Trotta, Madrid, 1997; COLOMER, J. M.: “Teorías de la Transición”, REP, núm. 86 (1994); LINZ, J. J.: “Transiciones a la democracia”, REIS, núm. 51 (1990), “Una Teoría del régimen autoritario. El caso de España”, en *La España de los años 70*, Madrid, vol. III, t. I. Moneda y Crédito, 1974; “La transición a la democracia en España en perspectiva comparada”, en R. COTARELO (Comp), *Transición y consolidación democrática en España (1975-1986)*, Madrid, CIS, 1992; *Revista Española de Investigaciones sociológicas*, núm. 36 (1986), Monográfico sobre las Fuerzas Armadas; PIERINI, M.: “La política militar de los gobiernos de la transición, 1975-1977”, *Cuadernos de Ciencia Política y Sociología*, núm. 1986 (1986).

(6) En diciembre del año 1988 se producen las primeras misiones de paz de militares españoles como observadores de las Naciones Unidas, al decidir el Gobierno contestar afirmativamente a la solicitud efectuada por la Secretaría General de Naciones Unidas para que un grupo de observadores militares españoles participase en una misión de verificación en Angola.

(7) Sobre las connotaciones que para los militares ha tenido este lema, se puede ver el Prólogo de MIGUEL ALONSO BAQUER al libro *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*, de BLANCO ANDE, J., Dykinson, Madrid, 1987. Esta idea de que la defensa no sea una cuestión exclusiva de los militares, o, lo que es lo mismo, que la cultura de la defensa forme parte de la cultura cívica que corresponde al modelo de sociedad constitucionalizado, es desarrollado recientemente por este mismo autor, Vid: ALONSO BAQUER, M.: *¿En qué consiste la estrategia?*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000.

zas Armadas, o de los españoles que tengan la condición de militares, sino que éstos actúan sometidos a las directrices del poder político y social(8), situación real que se tradujo, también, en la constitucionalización expresa de la objeción de conciencia al servicio militar (9).

Así pues, este nuevo ejército presenta dos vertientes: una ad intra, con las misiones que la Constitución y las leyes le encomiendan, y otra ad extra, a través de su participación a nivel mundial en el mantenimiento de la paz o en la resolución de conflictos importantes, consecuencia lógica de la llamada globalización o mundialización de la actividad humana. Ha sido la política de globalización la que nos ha llevado a integrarnos en organizaciones internacionales de carácter defensivo como la OTAN y la UEO.(10) De esta vertiente ad extra participan los ejércitos de las democracias actuales por eso hay que plantear si son, en nuestro caso, deducibles de la propia Constitución y las leyes y, por supuesto, del propio artículo 97 CE.

Este nuevo momento de la profesionalización del ejército(11) y la integración en unidades supranacionales pone sobre la mesa problemas como las misiones del ejército, el estatuto jurídico de los miembros de un ejército profesional, la soberanía estatal...etc.(12) Si la profesionalización del ejército va a incidir en la regulación del estatuto jurídico de sus miem-

(8) La Constitución de 1978 establece en su artículo 30 que los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España, lo que hay que interpretar en el sentido de que la defensa nacional no es algo que incumba a los militares exclusivamente, sino a todos los españoles, en la forma en que el legislador establezca, y no siempre con las armas. Vid. CÁMARA VILLAR, G., en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.): *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1999, p. 318; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: (ed.), *El servicio militar: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Dykinson/Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994.

(9) Vid. CÁMARA VILLAR, G.: *La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991.

(10) El Tratado del Atlántico Norte fue firmado en Washington el 4 de abril de 1949 para garantizar la estabilidad, la paz y la seguridad en la región del Atlántico Norte. La Unión Europea Occidental, forma parte de la Unión Europea y le proporciona el acceso en los aspectos de defensa de la política exterior y se seguridad común (Título V, Tratado de la Unión Europea: "Disposiciones relativas a la política exterior y se seguridad común").

(11) Porque si bien es cierto, como hemos dicho, que la defensa es de todos y a todos incumbe, también es cierto que no es una prioridad para todos por igual, es más, se puede decir que en el momento actual es una cuestión que interesa poco a los españoles. La Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas establece la profesionalización de éstas en un determinado período de tiempo que, en principio, la Ley fijó a partir del 31 de diciembre del año 2002. El Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo adelanta la suspensión de la prestación del servicio militar al 31 de diciembre de 2001, fecha a partir de la cual se habrá concluido la profesionalización del ejército. Del mismo modo, en Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2001 se estableció la suspensión de la prestación social sustitutoria al servicio militar.

(12) Directiva de Defensa Nacional 1/1996 y 1/2000

bros (13), la integración en unidades supranacionales incide directamente en las competencias constitucionales sobre las Fuerzas Armadas y en la forma en que se ejercen; nos referimos a la difícil articulación que tiene la actuación en misiones militares de lo que se llama “policía internacional” acordadas en algunas resoluciones de Naciones Unidas, por cuanto en estas ocasiones (que son aquéllas en las que España interviene), no estamos formalmente ante una declaración de guerra. Es decir, las actuaciones de nuestras Fuerzas Armadas en misiones internacionales de paz que el Gobierno de la Nación les encomienda, no son acciones de guerra puesto que España no ha declarado formalmente la guerra a ningún país (entre otras cosas porque en tal declaración deben intervenir las Cortes Generales y el Rey), pero sí es cierto que están en lugares en los que la situación real es de “guerra” aunque se trate de misiones de paz y seguridad internacional, y esta situación no se contempla ni se está regulando probablemente de forma adecuada por considerar que, sin duda, forma parte de las atribuciones que el artículo 97 CE concede al Gobierno(14).

2.- REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

Artículo 8:

“ 1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía

(13) La profesionalización va a suponer la definitiva definición del estatuto del militar profesional como culminación de la Ley 17/1999, puesto que dejará de existir personal militar no vinculado con las Fuerzas Armadas por una relación de servicios voluntarios y retribuidos, es decir, militares no profesionales cuya regulación aparecía en la LO del Servicio Militar, 13/1991, de 20 de diciembre. Aunque también hay quien entiende que el término “profesionalización” es erróneo, “*ya que en rigor el ejército sigue profesionalizado en sus mandos e incorpora ahora un voluntariado especial retribuido, o voluntariado mediante `compromiso` temporal*” Vid: COSCULLUELA MONTANER, L.: Prólogo a la obra de PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales de la función militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

(14) Este problema se ha planteado ya en Estados Unidos o en Francia a propósito de las atribuciones del Presidente en relación al mando supremo de las Fuerzas Armadas y si en estos casos era necesaria la intervención del Parlamento. En Estados Unidos, en 1973 se aprobó una ley por la cual el Presidente debe consultar al Congreso antes de tomar una decisión concreta que implique que las Fuerzas Armadas entren en combate o tengan que utilizar, de alguna forma, la fuerza bélica, lógicamente sin que haya existido una declaración formal de guerra, declaración que corresponde únicamente al Congreso. Vid: PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales de la función militar*, cit.

e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

2. *Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución”*

Es importante detenernos, siquiera sea brevemente, en la ubicación constitucional de este precepto por varias razones: en primer lugar, la posición de los artículos constitucionales es un elemento que contribuye a la interpretación del mismo, de forma que la mens del constituyente aporta una información necesaria al intérprete. Una segunda razón es que, sin duda, resulta un tanto extraño al lector o al estudioso constitucional encontrar en el Título Preliminar de la Constitución, allí donde se establecen las bases fundamentales de todo el sistema jurídico, un artículo dedicado a las Fuerzas Armadas, a su organización y a su funcionamiento. Y, en tercer lugar, porque su ubicación sistemática también puede contribuir a despejar dudas acerca de la naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas. En relación al primer elemento, no es fácil establecer las razones que llevaron al constituyente a incluir este artículo en el Título Preliminar. De la lectura de los debates constituyentes se desprende que no existió una preocupación excesiva por ubicarlo en uno u otro lugar, sino más bien por establecer un diseño de Fuerzas Armadas dependientes en todo caso, de un Gobierno constitucional y sometido en su estructura al poder civil; por tanto, si bien su situación dentro del texto constitucional es importante, no parece que fuera una preocupación en exceso para el constituyente. De otro lado, la naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas debía quedar clara en las leyes posteriores, por lo que entrar en el debate de su posible situación de privilegio institucional tampoco parece que fuera una preocupación del constituyente. A pesar de no ser de las cuestiones constituyentes más polémicas, sí tiene importancia en orden a considerar otras cuestiones que desde el punto de vista constitucional es necesario delimitar como son, por ejemplo, el propio concepto de administración militar o el régimen estatutario de los militares.

El *iter* constitucional sufrido por el artículo 8 de la Constitución dedicado a las Fuerzas Armadas ha sido establecido por un importante sector doctrinal que ha profundizado en él (15). A este respecto, la primera toma

(15) Vid, entre otros: LÓPEZ RAMÓN, F.: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, REDEM, 67 (enero-junio 1997); CASADO BURBANO, P.: “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española”, RDP, núm. 74 (1979); BARCELONA LLOP, J.: “La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal”, RAP, núm. 110 (1986); BLANCO ANDE, J.: *Defensa nacional y Fuerzas Armadas*, Dykinson, Madrid, 1987.

de contacto del constituyente con las Fuerzas Armadas se produjo en septiembre de 1977; en las actas de la Ponencia constitucional, el artículo 11 era el que se refería a las Fuerzas Armadas; en la sesión de 8 de noviembre, en el artículo 123 se propuso un texto que fue aprobado, referente a las Fuerzas Armadas, junto con otro artículo dedicado a las Fuerzas de Orden Público, pero sin que este artículo prejuzgara su colocación sistemática. En los trabajos preparatorios de la Ponencia se pensaba ubicar el precepto dedicado a las Fuerzas Armadas en el Capítulo dedicado al Gobierno, pero también una posición que empezaba a cobrar fuerza era la de ubicarlo en un Título específico dedicado a “Las Fuerzas Armadas, el orden público y el estado de excepción”. El Anteproyecto de la Constitución prescinde de un Título propio, y aparece en el entonces Título I (Principios Generales). El momento en que la ponencia cambió su decisión no está claro, por lo que hay que moverse entre especulaciones: López Ramón advierte que nunca estuvo claro el lugar sistemático donde había de ubicarse: *en la misma ponencia constitucional del Congreso parece que si bien se obtuvo un cierto acuerdo sobre el contenido del precepto constitucional, no estaba claro el lugar sistemático donde debía incluirse. (16) Este texto coincide sustancialmente con la redacción definitiva, sin que consten las razones ni el momento en que la Ponencia decidió encajarlo en el Título Preliminar del borrador de Constitución, como artículo 10, lugar de donde ya no se movió, salvo para acceder al ordinal artículo 8”(17). Fernández Segado por su parte, entiende que el debate si se produjo, pero entre la opción que suponía incluir la norma en el Título que constitucionaliza los principios fundamentales de nuestro sistema jurídico-político, o reubicarla en un Título *ad hoc* relativo a las Fuerzas Armadas, las de Orden Público y los estados de excepción, pero desde luego, nunca se contempló el incluirlo en el Título dedicado al Gobierno (18).*

En cualquier caso, de la lectura de los debates constituyentes lo que se puede deducir es que, aún siendo un tema que pudo levantar importantes polémicas, sin embargo, no fue centro de atención preferente entre los constituyentes; dicho de otra forma, no parece que lo que más preocupara a éstos fuera el lugar donde ubicar el precepto, sino que en su ánimo lo que estaba claro es que bien en Título independiente, bien en un Título

(16) Vid: LÓPEZ RAMÓN, F: op. cit. p. 301: “el artículo 11 fue objeto del correspondiente debate, acordándose la posposición de la discusión de esta materia, sin prejuzgar por el momento su colocación en el Título I o en el que corresponda”; así como las actas de la Ponencia constitucional, RCG, número 2, 1984.

(17) *Ibíd.*

(18) FERNÁNDEZ SEGADO, F: “La posición constitucional...,” op. cit.

dedicado al Gobierno y a la Administración, bien en el propio Título Preliminar, el ejército sería una institución sometida al Gobierno, que iba a tener como misión constitucional dirigir la política interior y exterior así como la Administración civil y militar, de manera que tanto en su estructura, misiones, planeamientos estratégicos, etc, estaría bajo el control y la dirección del Gobierno. La prueba de esto es que fue un artículo al que no se presentaron demasiadas enmiendas, ni fue objeto de importantes debates, ni en el fondo, ni en la forma; de hecho, la redacción primera del precepto era prácticamente la misma que conserva en la actualidad. Se presentaron 7 enmiendas(19). Las que se referían al cambio de ubicación fueron las del Diputado Letamendía y el Diputado Herrero de Miñón(20) que defendían la inclusión del precepto en un Título dedicado a la Administración y al Gobierno, o bien en el Título Preliminar. Así, el Sr. Letamendía afirmaba que *“el ejército es un sector de la Administración, esto es, un agente del Estado, y, como tal, su misión es obedecerlo. Dedicar a la misión del ejército un artículo del Título Preliminar, que contiene los principios generales de funcionamiento del Estado, equivale a situar al ejército en un rango distinto, superior al de los demás sectores de la Administración, situación que me parece anormal; el encaje idóneo de la función del ejército está (...) en el Título (...) que trata del Gobierno y de la Administración.”* El diputado Herrero de Miñón defendía su inclusión en el Título Preliminar: En el Título Preliminar se comprenden las grandes claves de la bóveda del edificio constitucional, por lo que conviene que en dicho Título figurara una mención expresa de las Fuerzas Armadas. Y ello por dos razones: porque, *“si bien es cierto que las Fuerzas Armadas son parte de la Administración del Estado y su disposición corresponde al Gobierno, encargado de la defensa y de la Administración estatal, también es claro que las Fuerzas Armadas en la España real de hoy y en el Estado de Derecho del occidente constituyen una*

(19) La número 2 (Sr. Carro Martínez, Alianza Popular); 35 (Sr. De la Fuente y de la Fuente, Alianza Popular); 38 (Sr. Gómez de las Rocas, Grupo Parlamentario Mixto); 63 (Fernández de la Mora, Alianza Popular); 64 (Sr. Letamendía Belzunce, Grupo Parlamentario Mixto); 463 (Sr. Morodo Leoncio, Grupo Parlamentario Mixto) y 736 (Sr. Ortí Bordás, Unión de Centro Democrático). Seis de ellas se referían a la composición de las Fuerzas Armadas, directa o indirectamente; cuatro a las misiones de las Fuerzas Armadas y sólo dos se referían a un cambio de ubicación del precepto en el Título dedicado al Gobierno y a la Administración.

(20) El texto del artículo 8 del Informe de la Ponencia sería debatido, en la sesión de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas de 16 de mayo de 1978 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales, núm. 67, 16 de mayo de 1978).

pieza clave para el mantenimiento de ese orden, y, de otra parte, porque aunque toda la Administración del Estado de Derecho tiene como última misión el mantenimiento de ese orden constitucional, a las Fuerzas Armadas se les atribuye la última garantía del ordenamiento jurídico-constitucional. Las Fuerzas Armadas son parte de la Administración Pública, pero son también algo más”(21).

Ese “algo más” podía ser, efectivamente, la “última garantía del orden constitucional”,(22) lo que por sí solo, tampoco justifica, desde nuestro punto de vista, su inclusión en el Título Preliminar(23) . Donde sí se puede encontrar una razón que justifique el artículo 8 es en el papel destacado que el ejército ha tenido en la historia constitucional española y en el pasado más reciente(24) , por lo que tal vez se pensó en una fórmula que no privara al ejército de una mención especial “desvinculada” de la administración militar *strictu sensu*. La existencia, junto con el artículo 8, de un artículo 97 en la Constitución dedicado al Poder Ejecutivo que atribuye al Gobierno la dirección de la Administración civil y militar es lo que justifica las dudas acerca de la posición constitucional de las Fuerzas Armadas, fundamentalmente porque plantea la cuestión de si se trata de dos cosas distintas - las Fuerzas armadas y la administración militar- o de una simple reitera-

(21) Diario de Sesiones del Congreso, cit.

(22) A esta consideración y no a otra parecía referirse el diputado HERRERO DE MIÑÓN, quien también utilizó expresiones de carácter político como “brazo derecho del Estado”, “la importancia de los intereses que tutela”, “sus rasgos, caracteres y virtudes” o “ser los grandes pioneros del orden constitucional”, Cfr: FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “Artículo 8” en *Comentarios a la Constitución española*, Op. Cit.

(23) Vid: SERRANO ALBERCA, J. M.: “Artículo 8”, en *Comentarios a la Constitución*, dirigido por GARRIDO FALLA, Civitas, Madrid, 1985.

(24) Tal vez, el precedente más inmediato del artículo 8 haya que buscarlo en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Estado de 1967 (ubicado en el Título VI dedicado a las Fuerzas Armadas): “*Las Fuerzas Armadas de la Nación, constituidas por los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire y las Fuerzas de Orden Público, garantizan la unidad e independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional y la defensa del orden institucional*”. Lo peculiar de esta situación es que se tomara un antecedente como el de la Ley Orgánica del Estado; sin embargo, una de las razones que se apuntan para justificar la presencia del artículo 8 en el Título Preliminar es precisamente la peculiaridad del proceso de transición española desde un Estado autoritario hasta un Estado democrático partiendo de los propios órganos constituidos del régimen anterior (no hay que olvidar que la reforma política se hizo desde las propias Cortes franquistas), en un proceso que fue dirigido por el Rey, a quien, según el artículo 6 de la Ley Orgánica del Estado, correspondía el mando supremo de las Fuerzas Armadas. Cfr: LÓPEZ RAMÓN, F.: *La caracterización jurídica...*, Op. Cit., pp 297 y ss. Se adhieren firmemente a esta posibilidad otros autores como CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pp. 26 y ss.; BALLBÉ, M.: *Orden Público y militarismo en la España constitucional (1912-1983)*, Alianza Universidad, Madrid, 1983, pp.460 y ss.

ción(25) y, a su vez, si dentro del conjunto de la Administración del Estado, la Administración militar es distinta del resto de la Administración(26). Ninguna otra justificación jurídico constitucional podía tener el incluir el artículo 8 en el Título Preliminar, así como tampoco en las influencias de otros sistemas constitucionales que como veremos, no tienen una regulación semejante. Adelantando conclusiones podemos decir que no era necesario un precepto especial como el del artículo 8, aunque al existir el mismo y en esa forma, la Constitución, se puede decir, que institucionaliza las Fuerzas Armadas en cuanto a los términos que en él se mencionan (su composición en Ejército de Tierra, Armada y Ejército del Aire y sus misiones), pero la Ley Orgánica se reserva el establecer los principios esenciales de la institución. Pero es que, esa garantía institucional, suponiendo que conceptualmente a las Fuerzas Armadas se las pudiera considerar institución, sería predicable de las mismas aunque no existiera el artículo 8 (igual que lo es de la autonomía local o de los derechos fundamentales).

Así pues, nos proponemos identificar tres elementos: en primer lugar, el elemento histórico que ha tenido singular importancia en la configuración de las Fuerzas Armadas, porque desde el punto de vista constitucional el elemento que se hace presente es la pugna entre el **principio monárquico** y el **principio democrático**, que en una Constitución normativa, ya en el siglo XXI, después de un largo proceso de evolución está superada pero que está en la base de las dificultades de configuración de las Fuerzas Armadas y de su inclusión en el Título Preliminar, porque las prerrogativas del ejército, los fines específicos que se le encomiendan, lo han ligado tradicionalmente a las prerrogativas del monarca; le han concedido el carácter de institución presuntamente desvinculada del aparato estatal. Evidentemente el triunfo del principio democrático sobre el monárquico ha hecho quebrar esta consideración y examinar el artículo 8 CE desde otros planteamientos que son los de la organización de las Fuerzas Armadas con arreglo a los valores superiores del ordenamiento y en el marco de un Estado

(25) Vid: MOZO SEOANE, A.: “La posición constitucional de las FAS”, en REDEM, núm 67 (enero-junio 1997).

(26) Parece que la doctrina ha aceptado una diferenciación de la Administración militar con respecto a la civil y en esta diferenciación algunos autores establecen ese “algo más” al que nos hemos referido más arriba. “En la actualidad, (...) ese ‘algo más’ tiene un carácter residual, provocado por el origen histórico de la separación de poderes y la configuración del moderno Poder Ejecutivo del Estado, en el cual se integra el Gobierno y la organización civil y militar del Estado. Es esta configuración la que hace que las Fuerzas Armadas hayan de ser consideradas como integrantes del Poder Ejecutivo junto con la Administración Pública”, Cfr: PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, op. cit., p. 61.

social y democrático de Derecho que la Constitución define. En segundo lugar, el **Derecho comparado** y, en tercer lugar, la consideración de la **naturaleza jurídica** de las Fuerzas Armadas como institución o como administración ya que, si se considera que se trata de una institución tiene perfecta justificación la inclusión en el Título Preliminar, aunque ésta fuera innecesaria, pero si se considera que forma parte de la Administración, es un artículo anacrónico si se pone en conexión con el resto de los ordenamientos jurídicos democráticos (que consideran la defensa como un “servicio público”), y con la propia tradición institucional, como veremos.

A).- El principio democrático y el principio monárquico en la Constitución española y su relación con las Fuerzas Armadas.-

Históricamente el principio monárquico ha tenido un peso muy importante en las Fuerzas Armadas durante todo el siglo XIX, por lo que las dificultades para la aplicación del principio democrático han sido evidentes prácticamente hasta la Constitución vigente de 1978, si bien la Constitución Republicana de 1931 configuraba unas Fuerzas Armadas basadas en el principio democrático que precisamente porque no aceptaban su carácter democrático, no pudieron consolidarse(27) .

Desde los Reyes Católicos, que crearon los ejércitos nacionales(28) , la primera gran reforma se produjo con Carlos III en las Reales Ordenanzas (29) donde queda clara la absoluta subordinación de los ejércitos al Rey, que se mantiene gracias a la incorporación de los principios de jerarquía y obediencia . La Revolución militar que comienza a finales del siglo XV se continúa con los Austrias y con los Borbones en España y se extiende igualmen-

(27) Aunque la Constitución republicana no incluía preceptos específicos dedicados a las Fuerzas Armadas, las competencias se repartían a lo largo de la Constitución entre el Gobierno y el Presidente de la República. Las Cortes Generales mantienen competencias siempre “a propuesta del Gobierno”. (Vid: Artículo 37 o Artículo 76)

(28) La idea del Estado moderno es coetánea al nacimiento de los ejércitos modernos que se produce durante el reinado de los Reyes Católicos, en España, con la guerra de Granada y, en Italia, con las campañas del Gran Capitán, que estructura el ejército en compañías, tercios y grados militares caracterizándose desde entonces el ejército por su carácter permanente y por su vinculación a la Corona. ORTEGA Y GASSET afirma que *“los españoles fueron los inventores en muchos capítulos de la técnica estatal moderna. Fernando el Católico es el primer rey que comprende ser necesaria al Estado una nueva forma de ejército, entiéndase, un ejército que sirva para ganar batallas, fabricado a medida de esta finalidad y no meramente para pasear pendones... tal vez pueda afirmarse que delante de Málaga se hace el primer ensayo, aún muy rudimentario y tullido, de un ejército moderno”*, en “Aventuras del Capitán Diego Contreras”, Obras Completas, Revista de Occidente, Tomo VI, Madrid, 1952.

te por toda Europa. Esta situación se mantiene hasta los siglos XVII y XVIII en que la Ilustración trae consigo el sistema constitucional, de manera que la teoría de la separación de poderes y la soberanía influyen en la estructuración del ejército, pero no en su organización interna y en su estructura jerárquica(30) . La pugna entre el principio democrático y el principio monárquico está presente en la teoría constitucional durante todo el siglo XIX (31). Hasta después de la Segunda Guerra Mundial, el principio democrático no se considera como la opción política fundamental y, por tanto, como la verdadera

(29) Esas Ordenanzas de Carlos III datan de 1768 y han estado vigentes hasta la Ley 85/1978, de 28 de diciembre que aprueba las Nuevas Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Aunque formalmente estaban vigentes hasta este momento, muchos de sus artículos no podían aplicarse por estar implícitamente derogados.

(30) Porque la Teoría de la separación de poderes y la soberanía elaborada por LOCKE y MONTESQUIEU lleva hasta el sistema dualista de monarquía limitada que hace convivir la autoridad del monarca con el principio democrático por la cotitularidad del poder conjuntamente con el Parlamento, dejando en manos del monarca el poder ejecutivo y, por tanto, el ejército. *“La más importante aportación de la teoría de la separación de poderes consistió en trazar una distinción funcional entre Ejecutivo y Legislativo, a lo que contribuyó el hecho de que la Revolución y el Parlamento dejaran en manos del Rey importantes prerrogativas, destacando entre ellas la función ejecutiva, puesta en necesaria relación de sentido con la supremacía del Legislativo. Tal circunstancia permitía compatibilizar esta teoría con la del gobierno mixto que defendía la interpenetración entre los mismos”*. Cfr: PORRAS RAMIREZ, J. M.: *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Tecnos, Madrid, 1995.

(31) En este sentido es interesante el texto de FERDINAND LASALLE acerca del rey y el ejército donde se aprecia con una enorme claridad la pugna a la que hacemos referencia; por esta razón creemos que es interesante transcribirlo en su parte fundamental: *“Y si se aspira a que el rey por sí sólo tenga tanto poder político, y mucho más aún, como las tres clases de electores juntas, como la Nación entera, incluyendo a los grandes terratenientes de la clase noble, no hay mas que hacer esto:*

Se pone en la Constitución (se refiere a la Constitución prusiana de 5 de diciembre de 1848) un artículo 47 diciendo: “El Rey proveerá todos los cargos del ejército y la marina”, añadiendo, en el artículo 108: “Al ejército y la marina no se les tomará juramento de guardar la Constitución”. Y si esto no basta, se construye además la teoría que no deja de tener, a la verdad, su fundamento sustancial en este artículo, de que el Rey ocupa frente al ejército una posición muy diferente a la que le corresponde respecto a las demás instituciones del Estado, la teoría de que el Rey, como jefe de las Fuerzas militares del país, no es sólo Rey, sino que es además algo muy distinto, algo especial, misterioso y desconocido, para lo que se ha inventado el término jefe supremo de las fuerzas de mar y tierra, razón por la cual ni la cámara de diputados ni la nación tienen por qué preocuparse del ejército, ni inmiscuirse en sus asuntos y organización, reduciéndose su papel a votar los créditos de que necesite (...).

Conseguido esto, reconocida al rey la atribución de proveer todos los cargos del ejército y colocado éste en una actitud de sujeción personal al rey, éste ha conseguido reunir por sí solo, no ya tanto poder, sino diez veces más poder político que la nación entera, supremacía que no resultaría menoscabada aunque el poder efectivo de la nación fuese en realidad diez, veinte y hasta cincuenta veces tan grande como el del ejército. La razón de este aparente contrasentido es muy sencilla.

El instrumento de poder político del rey, el ejército, está organizado, puede reunirse a cualquier hora del día o de la noche, funciona con una magnífica disciplina y se puede uti-

base del constitucionalismo democrático, esto hace que muchas de las características tradicionales de la institución militar se conserven como manifestación del principio monárquico(32) . En España esa superación no se produce definitivamente hasta la Constitución de 1978 que, además, nace con una importante tendencia de conservar las prerrogativas tradicionales, que no sólo se habían mantenido sino que se habían potenciado durante el Régimen del General Franco, “*incluso podía hablarse de una suspensión parcial del principio de separación de poderes, en virtud de la cual las autoridades militares concentraban, no solo competencias ejecutivas civiles, sino también competencias legislativas (bandos) y jurisdiccionales (consejos de guerra)*” (33).

B) Derecho Comparado.-

En cuanto al Derecho comparado, son escasas las normas constitucionales en los países de nuestro entorno que se refieren a las Fuerzas Armadas. Solamente queremos destacar las características más notables de algunos de estos sistemas y dar una pincelada aproximada de como se diseñan constitucionalmente las relaciones entre el Poder Ejecutivo y las Fuerzas Armadas(34).

En otras Constituciones de nuestro entorno las normas sobre las Fuerzas Armadas se sitúan en el Título dedicado al Poder Ejecutivo (Austria, Alemania -entre las atribuciones de la Federación-, Portugal...). Fuera de ahí, son muy pocas las Constituciones europeas que dedican un artículo a las Fuerzas Armadas(35).

lizar en el momento en que se desee; en cambio, el poder que descansa en la nación, aunque sea, como lo es en realidad, infinitamente mayor, no está organizado”.

(32) “*El poder militar del monarca ha sido, por decirlo en pocas palabras, especialmente resistente a la parlamentarización y ha venido a constituirse así en el último bastión de la división de poderes que ha tenido en el ámbito militar unos rasgos bien distintos de los que han caracterizado otros sectores del poder público*”, Vid: DE OTTO Y PARDO, I.: “El mando supremo de las Fuerzas Armadas”, REDC, núm. 23, 1988, p. 14.

(33) Vid: CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984. P. 116.

(34) En el constitucionalismo latinoamericano, sin embargo, sí se aprecia cierta semejanza con la regulación española que algún autor ha justificado por la “preocupación por dotar de bases constitucionales ciertas la concepción esencial de la Defensa Nacional y de la organización de las Fuerzas Armadas”, Cfr: LÓPEZ AGUILAR, J. F.: “Defensa, interés nacional y seguridad colectiva (Acotaciones conceptuales desde el ordenamiento constitucional español), en *Constitución y derecho Público, (Estudios en homenaje a Santiago Varela)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 249.

(35) Tal vez el caso de la Constitución portuguesa de 1976, antes de su reforma en 1982, sea digno de destacar por cuanto parecía que a las Fuerzas Armadas portuguesas se les atribuía un papel de “policía constitucional” (cfr: CASADO BURBANO, P.: “La cobertura militar de los ordenamientos constitucionales”, en RDP, núm. 66 (1977), p. 25.). Los

El artículo 79 de la Constitución austriaca de 1929 atribuye al ejército federal “*la defensa nacional del país*”, pudiendo ser requerido por la autoridad civil (conforme al párrafo 2º), para la “*protección de las instituciones constitucionales y de su capacidad de funcionamiento, así como de las libertades democráticas de los habitantes*”. El precepto se encuentra ubicado en la parte tercera sobre “El Poder Ejecutivo de la Federación”, y concretamente en el apartado relativo a la “Administración”.

En el artículo 87 de la Ley Fundamental de Bonn se prevé que la Federación “*organizará las Fuerzas Armadas para la defensa*”, añadiendo que “*fuera de la finalidad de la defensa, las Fuerzas Armadas sólo podrán ser utilizadas en la medida en que lo permita la presente Ley Fundamental*”. Este precepto se encuentra igualmente ubicado en el Capítulo dedicado a “la ejecución de las leyes federales y la Administración federal”.

En la Constitución de Estados Unidos, el artículo I, sección 8, cláusula 11 establece la facultad del Congreso para “declarar la guerra, mientras que el artículo III, sección 2, cláusula 1 atribuye al Presidente la competencia de comandante en jefe del Ejército y la Marina. Si se tiene en cuenta el sistema de separación absoluta de los tres poderes en el sistema americano y la falta de control o revisión judicial de los actos del Presidente, se llega a la conclusión de que las Fuerzas Armadas quedan bajo el control directo del Poder Ejecutivo y, en determinados casos, fundamentalmente en aquéllos en los que se utiliza la fuerza militar, directamente bajo el control del Presidente de la Nación en su condición de Jefe supremo de las Fuerzas Armadas, sin que, además, se traten de actos susceptibles de control jurisdiccional (36).

artículo 273 y siguientes de la Constitución portuguesa atribuían a las Fuerzas Armadas la calificación de “institución nacional” con la función de “garantizar la independencia nacional, la unidad del estado y la integridad del territorio, de asegurar la prosecución de la revolución, de garantizar el funcionamiento regular de las instituciones democráticas y el cumplimiento de la Constitución, así como la de garantizar las condiciones que permitan la transición pacífica y pluralista de la sociedad portuguesa a la democracia y al socialismo”. Esta regulación se justificaba por el “origen militar del cambio de régimen”, (Vid: LÓPEZ RAMÓN, F: *La caracterización jurídica...*, op. cit., p. 299), y por el decisivo papel jugado en el mismo por las Fuerzas Armadas. Tras la reforma del 82 ese Título se ha sustituido por otro relativo a la Defensa Nacional que concede a las Fuerzas Armadas la misión de garantizar, dentro del respeto a los principios democráticos, la independencia nacional, la integridad del territorio y la libertad y seguridad de la población frente a cualquier agresión o amenaza externa (art. 275).

(36) La razón es que muy pocas veces se produce la declaración formal de guerra por parte del Congreso por lo que las acciones de guerra son competencia del Presidente en la cual no puede interferir ninguno de los demás poderes; sus actos no son revisables porque en estas actuaciones el Presidente no tiene la consideración de Administración. cfr: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995; “Algunas reflexiones sobre el Derecho Administrativo norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)”, RAP, núm. 85, 1978.

En la Constitución francesa (37) de 1958 son tres los artículos que se dedican a las competencias sobre las Fuerzas Armadas. El artículo 15, el 20 y el 21 (38) pero a pesar de que el primero atribuye al Presidente de la República la Jefatura de las Fuerzas Armadas y, el segundo, al Gobierno -personalizado en el Primer Ministro- la disposición sobre la Administración y las Fuerzas Armadas, no están claras las competencias entre ambos órganos, porque según esta regulación, si bien el Primer Ministro dispone de la Administración y de las Fuerzas Armadas, el Presidente puede conferir los empleos civiles y militares del Estado; si el Presidente de la República es el jefe de los ejércitos, la responsabilidad de la defensa es del Primer Ministro; en tiempos de guerra, el Primer Ministro tiene la responsabilidad de las operaciones militares, pero el Presidente de la República es el Jefe de las Fuerzas Armadas. Por esta razón buena parte de la doctrina francesa considera que el sistema político francés no es ni un régimen presidencial, ni un régimen parlamentario, ni un régimen presidencialista, ni un régimen de Asamblea, sino que es un sistema semipresidencialista o presidencializado de fundamento parlamentario(39).

C.- Naturaleza Jurídica de las Fuerzas Armadas.-

Como ya hemos dicho, de la naturaleza jurídica que se atribuya a las Fuerzas Armadas va a depender el mismo concepto de Administración militar y la consideración de si, al tratar ambas -Administración militar y Fuerzas Armadas- de forma diversa se trata de conceptos distintos. Dos son las posibilidades que se proponen: considerar a las Fuerzas Armadas como una institución y justificar de este modo plenamente su inclusión en el Título Preliminar, o bien, considerarlas como Administración y diferen-

(37) En el Derecho francés, tras la caída del Estado absoluto se produce la adscripción del Poder Ejecutivo en la figura del Rey; de hecho, la primera Constitución de 1791 establecía que el Rey dirige la Administración y los Ejércitos. Sin embargo ya se observa la pugna entre el principio monárquico y el principio democrático al que nos hemos referido más arriba, sólo que en el país vecino, se resuelve claramente a favor del segundo. Pero, esta Constitución “diseñó un complicado juego de relaciones entre el monarca y el cuerpo legislativo, (...), aunque el ejército se situaba bajo la dependencia del Rey,..., introducía mecanismos de control democrático”, Así, el reclutamiento era competencia del legislativo, la regulación del ejército también, así como la mayoría de los nombramientos de oficiales, el empleo del ejército y la declaración o cese de la guerra. Vid: LÓPEZ RAMÓN, F: *La caracterización jurídica...*, op. cit., p. 19 y ss. donde se expone una completa evolución del sistema francés desde la primera Constitución.

(38) Artículo 15: “El Presidente de la República es el Jefe de las Fuerzas Armadas, preside los Consejos y las Juntas Supremas de la Defensa Nacional”.

Artículo 20: “El Gobierno dispone de la Administración y de las Fuerzas Armadas...”

(39) Cfr: PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, op. cit. p. 49.

ciarla de la estricta organización militar, de manera que ésta se rige por una ley orgánica específica, en tanto que aquella se somete a las normas generales que rigen para la Administración del Estado.

El carácter institucional de las Fuerzas Armadas

Es también la tesis tradicional que se quiso retomar después de la Constitución de 1978 y que consideraba a las Fuerzas Armadas con unas peculiaridades organizativas y con unos fines también específicos (40), lo cual supone considerar que la Administración militar y el ejército son dos realidades diferentes aunque complementarias. Los autores que han mantenido esta tesis parten de la teoría tradicional de Hauriou, Renard o Santi Romano. El primero definía la institución como realidad social que reuniendo determinados elementos pasa a la categoría de afirmación legal, llegando lo sociológico a convertirse en jurídico (41). Renard, por su parte, la define desde el punto de vista subjetivo como “la subordinación del propósito individual a las aspiraciones colectivas de la institución, y por ello los miembros de la institución pierden su libertad en cierto grado”(42). Por último, Santi Romano afirmaba que “una institución es una entidad o cuerpo social con una unidad firme y permanente, que tiene una existencia objetiva, exterior y visible, una organización y estructura que absorbe los elementos que forman parte de ella”(43). De estas definiciones se pueden extraer las características de una institución y aplicarlas *mutatis mutandi* al caso de las Fuerzas Armadas:

a) las Fuerzas Armadas son un conjunto social claramente delimitado en el que sus miembros participan de un sentimiento de grupo.

b) comparten un conjunto de valores que conectan con un modo de sentir y de pensar, lo que se ha denominado “mentalidad militar”.

(40) Entre los autores que más fuertemente se adhieren a esta tesis se puede mencionar a TRILLO FIGUEROA M.-CONDE, F.: “Las Fuerzas Armadas en la Constitución española (Esbozo de una construcción institucional)”, REP, núm. 12, 1979; CASADO BURBANO, P.: “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española”, RDP, núm. 74, 1979; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El ARTÍCULO 8”, EN *Comentarios a la Constitución...*, op. cit. LÓPEZ GARRIDO, D.: “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, RAP, núm. 100-102, 1983; SERRANO ALBERCA, J. M.: “Artículo 8” en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por Garrido Falla, Civitas, Madrid, 1985; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: “Fuerzas Armadas y Administración Pública”, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Vol. IV, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988.

(41) Vid: HAURIOU, M.: *La Teoría de la institución y de la fundación*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.

(42) Vid: RENARD, G.: *La Theorie de l' Institution*, Paris, 1930

(43) Vid: SANTI ROMANO: *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Milano, 1964.

c) esta peculiaridad de los miembros se orienta al logro de una idea objetiva, la defensa militar de España.

d) la institución tiene su propio ordenamiento jurídico.

e) requiere para el cumplimiento de sus misiones una forma específica de organización y un régimen jurídico especial del personal integrado en la institución.

f) este status tiene como última ratio el mantenimiento de tres principios nucleares de la organización militar: unidad, jerarquía y disciplina(44). Desde este punto de vista se puede establecer que las Fuerzas Armadas son consideradas por la Constitución como un componente fundamental de la organización estatal estando protegidas constitucionalmente mediante la técnica de la garantía institucional. Esta garantía institucional consiste en la salvaguarda de un contenido mínimo sustancial de la institución frente a desarrollos normativos que pretendan vaciarla de sus elementos esenciales hasta hacerla irreconocible. Ese núcleo esencial es el que corresponde a unas Fuerzas Armadas organizadas conforme a los principios constitucionales y comprometidas con la defensa del ordenamiento. Las tesis administrativistas, como veremos, no se centran tanto en negar la naturaleza institucional de las Fuerzas Armadas como en demostrar la inutilidad de aplicar este concepto de garantía institucional(45). Doctrinalmente se han distinguido dos requisitos para que pueda operar la garantía institucional: primero, la identificación de la finalidad protectora; por tanto, en la norma constitucional donde se identifique una garantía institucional ha de ser reconocible una cierta esfera inmune a la intervención estatal, y, segundo, sólo puede tenerse por institución aquélla a la que la Constitución reconozca una función normadora del propio Estado (46).

(44) Vid: FERNÁNDEZ SEGADO, F: "El artículo 8", *Comentarios a la Constitución*, op. cit.

(45) Tesis defendida sobretodo por LÓPEZ RAMÓN, F: *Las caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, op, cit, pp. 361 y ss. Hay que recordar que la técnica de la garantía institucional es un mecanismo cuyo origen histórico aparece con la Constitución de Weimar vinculándose al reconocimiento de ciertos derechos y libertades en favor de estructuras organizativas; así, el derecho a la autonomía en favor de municipios, o la libertad de ciencia o de enseñanza. Se acudió al concepto de garantía institucional elaborado por Carl SCHMITT que evitaba acudir a la mecánica propia de los derechos fundamentales predicable en principio del individuo. El municipio y otras organizaciones constitucionalmente previstas no gozaban de derechos fundamentales frente al Estado, pero sí de una garantía institucional que impedía la supresión de sus elementos caracterizadores por parte del legislador.

(46) En este sentido entiende Federico Trillo-Figueroa la inclusión de las Fuerzas Armadas en la Constitución: "*La Constitución española no solo acierta al recoger a las Fuerzas Armadas, sino también -y ello es uno de los mejores logros- al incorporarlas al Título Preliminar*", "*Lo que pretende es integrar constitucionalmente las grandes realida-*

Las características que hemos apuntado para considerar una organización como institución pueden aplicarse sin duda a las Fuerzas Armadas. Las Fuerzas Armadas encajan en éstos (entidad social realmente existente, delimitada cara al exterior, productora de comportamientos normalizados, con su propio código social y tendiendo a confundir sus valores con los de la comunidad general), siendo por tanto una institución de relevancia constitucional, un componente fundamental de la organización estatal(47). Lo que no está tan claro entre la doctrina es que se les pueda aplicar la garantía institucional en base a que las Fuerzas Armadas no tienen reconocida ninguna esfera de actuación propia, inmune a la actuación estatal, autónoma. Las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas por el artículo 8 no tienen otro significado que establecer límites al poder de disposición sobre las mismas atribuido al Gobierno, y, tampoco las Fuerzas Armadas actúan en la construcción del Estado; actúan siempre con absoluta subordinación al órgano constitucional del que dependen. El legislador es libre de configurar a las Fuerzas Armadas como estime conveniente, lo único que no puede hacer es prescindir de los principios constitucionales de organización (pero no puede hacerlo por impedimento directo del artículo 8 de la Constitución. Esta es la razón por la que las posturas administrativistas consideran irrelevante la garantía institucional para determinar la naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas(48).

El Tribunal Constitucional ha definido la garantía institucional de forma amplia como una técnica limitadora de la actuación del legislador: *El orden jurídico- político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones*

des constitucionales contemporáneas. En este sentido se produce una integración de las Fuerzas Armadas y a través de ellas en los principios del Estado democrático. Esta integración -por lo demás tan necesaria como justa-, no implica en absoluto que las FAS sean entendidas como una esfera autónoma del poder real junto al Estado, sino “en” y “del” Estado”, vid: TRILLO FIGUEROA, F.: “Las Fuerzas Armadas en la Constitución española”, op. cit. p.115.

(47) Como institución de relevancia constitucional es considerada por LÓPEZ GARRIDO que entiende que la Constitución ha asumido la idea de institución referida a las Fuerzas Armadas al incluirlas en el Título Preliminar aunque asumiendo su sentido unitario dentro de la estructura estatal. Son una institución de relevancia constitucional protegida por la garantía institucional y subordinada al poder civil, conforme al ordenamiento constitucional. Vid: LÓPEZ GARRIDO, D.: “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, Op. Cit.

(48) Cfr: LÓPEZ RAMÓN, F.: *La caracterización jurídica...*, op. cit.

garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se difiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de la institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que las regulan y por la aplicación que se haga de estas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hacen”(49) . Aunque el Tribunal Constitucional no menciona en ninguna de sus sentencias de forma expresa el carácter de institución de las Fuerzas Armadas, sí lo hace siempre partiendo de este carácter sin tener que justificarlo (50), y además le sirve para establecer diferenciaciones entre la Administración Civil.

(49) STC 32/1981, de 28 de julio

(50) “este Tribunal ha admitido que los rasgos organizativos del ejército -inherentes a su función- justifican peculiaridades del régimen penal penitenciario del personal que lo integra, cuando se demuestra adecuadamente la conexión entre la diferencia de trato examinada y la salvaguardia de aquellos valores, imprescindibles para que la institución militar conserve sus perfiles” (STC 97/1985, FJ 5). “No existiendo dudas de la constitucionalidad del régimen penal y penitenciario específico de la institución militar ha de estarse de acuerdo con el Ministerio Fiscal cuando afirma que la disciplina y jerarquía castrenses, como valores relevantes por la propia naturaleza y funciones de la institución militar, ya han sido apreciados por el legislador desde el momento mismo en que articuló una más drástica respuesta a delitos que, por cometerse en el ámbito militar o en estrecha conexión con él, puedan ponerlas en peligro” (STC 22/1981, FJ 6). La misma doctrina recoge el Tribunal Supremo cuando afirma que “a los miembros de la institución militar la Constitución les asigna, en el artículo 8, un conjunto de funciones que sin duda exigen para su cumplimiento una especial forma de organización y un singular régimen jurídico del personal que se integra en dicha institución” (STS de 18 de julio de 1997).

El carácter administrativo de las Fuerzas Armadas.-

Frente a las posiciones anteriores, hay otras posturas que mantienen el carácter puramente administrativo de las Fuerzas Armadas. En principio ambas posturas parecen absolutamente irreconciliables, aunque haya autores que intenten mantener una postura intermedia un tanto ecléctica (51). De todas maneras, la postura de los autores administrativistas niega absolutamente el carácter institucional del ejército exclusivamente por la regulación constitucional del artículo 97 y por el hecho de que este artículo distinga entre administración civil y militar, y las Fuerzas Armadas habría que incluirlas como parte de la administración militar. Aunque se pueden introducir matizaciones al respecto(52), con carácter general podemos decir que desde el punto de vista de la Administración tampoco conceptualmente queda claro la naturaleza misma de ésta, que ha sido objeto de numerosas polémicas entre los tratadistas de Derecho Público, ya que para algunos autores, la Administración es una organización *instrumental*, mientras que para otro sector es una auténtica *institución*(53), y aún en esta dirección, hay autores que entienden que a pesar de tratarse de una institución no le resulta aplicable la garantía institucional (54), y aquellos otros que siguen la doctrina alemana y que aceptan la teoría de la garantía institucional (55). También el Tribunal Constitucional se suma a la postura de considerar aplicable la garantía institucional a la función pública (56).

(51) Vid: GUAITA, A.: "Los derechos fundamentales de los militares", en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar*, op. cit; SUAREZ PERTIERRA, G.: "Regulación jurídico constitucional de las Fuerzas Armadas", en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar*, cit.

(52) Vid: BARCELONA LLOP, J.: "La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal", en RAP, núm. 109, enero-abril, 1986, para quien, cuando menos, el artículo 8 sería un precepto testimonial; se adscribe a la teoría administrativista reconociendo la trascendencia de las misiones de las fuerzas Armadas dentro del Estado.

(53) GARRIDO FALLA, F.: "Constitución y Administración", REDA, núm. 20, 1979; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: Prólogo a Fernando LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Op. Cit; FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T. R.: "Arbitrariedad y discrecionalidad", en *Homenaje a Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991; COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de derecho Administrativo*, Civitas, Madrid.

(54) Son aquellos autores que se adhieren a la teoría francesa que parte de la idea de que la defensa o la justicia al ser actividades vinculadas a la soberanía son un servicio público. Cfr: GARRIDO FALLA, F.; BAENA DEL ALCÁZAR, M.; Y ENTRENA CUESTA, R.: *La Administración en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980.

(55) Cfr: GALLEGO ANABITARTE, A.: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (Derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994; PAREJO ALFONSO, L.: *La garantía institucional de la autonomía local*, CEC, Madrid, 1981.

(56) STC 108/1986, de 26 de julio, ó, STC 99/1987, de 11 de junio.

Pero efectivamente, la defensa de las tesis administrativista tiene su apoyo en el artículo 97 de la Constitución según el cual el Gobierno dirige la Administración civil y militar. Pero es que el Gobierno además de ser el órgano superior de la Administración Pública es también el órgano de dirección política, por lo que , junto a la ya tradicional función ejecutiva, habría que añadir la función de dirección política que, a su vez, se sumaría a las otras tres funciones estatales, la legislativa y la judicial (57). Por tanto, es cierto que “para asegurar el respeto del contenido estricto del artículo 8 del texto constitucional no es necesario el apoyo de la garantía institucional, basta con la garantía que proporciona el valor normativo de la Constitución(58), pero también es cierto que el valor normativo de la Constitución no anula la posibilidad de actuación de la garantía institucional, porque por la misma razón no sería de aplicación en relación a los derechos fundamentales o a la autonomía local que contarían igualmente con la garantía que les proporciona el valor normativo de la Constitución; que la Administración militar esté en manos del Gobierno o que ésta se distinga de la Administración civil o se incluya en la misma no es sino un problema que no anula el carácter institucional de las Fuerzas Armadas. La propia legislación de desarrollo del artículo 8 establece dos ámbitos de actuación diferentes: uno directamente dependiente del Presidente del Gobierno (dirección de la política de defensa, la dirección de la guerra y la definición de los grandes objetivos estratégicos), y otro del Ministro de Defensa que es jefe de un departamento ministerial igual que los demás miembros del Gobierno y que ejerce facultades militares por delegación del Presidente del Gobierno(59).

(57) Vid: DE OTTO, I.: “La posición constitucional del gobierno”, en *Documentación Administrativa*, núm. 188, 1980.

(58) Vid: LÓPEZ RAMÓN, F.: *La caracterización jurídica...*, op. cit., p.376.

(59) Artículo 8 de la Ley Orgánica de 5 de enero de 1984 sobre Defensa Nacional y organización militar: “1. *Corresponde al Presidente del Gobierno la dirección de la política de defensa. En consecuencia ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas.* 2. *También corresponde al Presidente del Gobierno, la dirección de la guerra, la formulación de las directivas para las negociaciones exteriores y la definición de los grandes planeamientos, tanto estratégicos como de política militar. Asimismo el Presidente del Gobierno define los grandes objetivos estratégicos, aprueba los planes que se derivan de esta definición, la distribución general de las fuerzas y las medidas destinadas a proveer las necesidades de los ejércitos*”. Igualmente, el artículo 10 de esta Ley atribuye al Ministro de Defensa estas facultades por delegación del Presidente del Gobierno: “*El Ministro de Defensa, por delegación del Presidente del Gobierno, ejerce las funciones expresadas en el apartado 1 del artículo 8. (...) 2. Formular el Plan estratégico conjunto (...). 3. Dirigir y coordinar la adquisición y administración de los recursos (...). 4. Dirigir, controlar y coordinar la política de personal (...). 5. Proponer al Gobierno los programas económicos (...). 6. Dirigir por delegación del Gobierno, la Administración Militar*”.

3.- SUJECCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MILITAR A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.-

Si no es necesario un artículo como el artículo 8 en el Título Preliminar, tampoco estorba al resto de la ordenación constitucional; es decir, el hecho de estar en el artículo 8 no les otorga su carácter institucional, pero tampoco dejarían de tenerlo si no existiera este artículo. De toda la regulación constitucional se desprende que la Defensa Nacional tiene como primera exigencia el acomodo de la organización militar a los principios constitucionales, pero es verdad que el hecho de que exista el artículo octavo clarifica esta posición. El artículo 8 de la Constitución contiene una referencia a la composición de las Fuerzas Armadas y fija una precisión de desarrollo constitucional por la cual una ley orgánica deberá regular las bases de la organización militar conforme a los principios de la propia Constitución. La labor de desarrollo legislativo debe ajustarse pues a las previsiones constitucionales; el artículo 8 establece un mandato al legislador y le marca un instrumento jurídico a partir del cual debe de hacer ese desarrollo (60), pero, al mismo tiempo, a lo largo del articulado constitucional aparecen una serie de principios aplicables a esta regulación(61).

Estos principios podrían sintetizarse de la siguiente manera: 1). Sujeción de las Fuerzas Armadas al poder civil. 2). Atribución del mando supremo al Rey (con el significado que hemos visto que tiene en una Monarquía Parlamentaria) (62). 3). Delimitación del ámbito competencial

(60) El artículo 8.2 CE (“*una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución*”), exige una correcta adecuación entre la organización militar y el ordenamiento constitucional, por tanto, un mandato de derogar un ordenamiento jurídico propio inmune a los principios que informan el resto del ordenamiento jurídico, como era el Derecho Militar. Esta labor tiene que llevarse a cabo a través de una ley que necesita un alto grado de acuerdo social al exigir la Constitución su aprobación por mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto. Esta labor se realizó por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero de la Defensa Nacional y la Organización Militar, cuyo artículo primero establece que “*la defensa nacional y la organización militar se regulan por los principios básicos que se establecen en la presente ley orgánica*”.

(61) Ya hemos referido cómo el artículo 97 atribuye al Gobierno la dirección de la Administración civil y militar y la defensa del Estado; o el artículo 103 en relación a los principios que rigen la Administración; o el artículo 117 en relación a la jurisdicción militar, etc.

(62) El artículo 62, h) atribuye al Rey el mando supremo de las Fuerzas Armadas. Además corresponde al Rey declarar la guerra y hacer la paz (artículo 63,3 CE) y entre las funciones estrictamente militares, es militar en activo y ostenta el empleo de Capitán General: “*Su Majestad el Rey tiene el empleo militar de Capitán General del Ejército de tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, tradicionalmente el máximo rango militar, que le corresponde en exclusiva como Mando Supremo de las Fuerzas Armadas*” (artículo 12 de la ley 17/1999, de 18 de mayo). Sin embargo, no tiene mando político alguno, que corresponde al Gobierno.

de la jurisdicción militar “al ámbito estrictamente castrense” (artículo 117,5 CE). 4). Configuración de la defensa como un derecho-deber de todos los españoles (artículo 30,2 CE). 5). Atribución al Estado de la competencia exclusiva en materia de Defensa y Fuerzas Armadas, lo que significa que a las Cortes Generales corresponde la potestad de normación(63). 6). La configuración de un estatuto jurídico peculiar para los miembros de las Fuerzas Armadas (artículo 28,1; 29,2 y 70,1 e)) CE) en base a lo que hemos llamado preservación de los principios propios de la organización militar: unidad, jerarquía y disciplina(64). Es precisamente este aspecto el que ahora nos interesa destacar por ser los principios que se contienen en la legislación de desarrollo y porque confieren a las Fuerzas Armadas la imagen que las hace identificables como institución.

La unidad, en cuanto unificación administrativa y en cuanto coordinación de las actividades de las Fuerzas Armadas se consiguió con la creación del Ministerio de Defensa(65) . Esta unidad tiene otra dimensión que

(63) El artículo 66,2 CE atribuye a las Cortes Generales la potestad legislativa, y como hemos dicho ya sólo el Estado puede ser titular del poder de organización militar ostentando un verdadero monopolio que recae fundamentalmente en el Gobierno y de forma clara en la figura del Presidente. Interesa destacar en este punto, aparte de los artículos constitucionales ya mencionados, y el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, el artículo 7 de la misma ley: “*El Gobierno, asistido por la Junta de Defensa Nacional, en la forma prevista en el artículo 9 de esta ley, determina la política de defensa y asegura su ejecución. Corresponde al Gobierno dirigir la Administración militar*”. Así pues, el artículo 7 atribuye al Gobierno la facultad de fijación y ejecución *general* de la política de defensa. Realmente es al Presidente, no al Gobierno como órgano colegiado, a quien corresponde la dirección de la política de defensa. La ejecución corresponde al Gobierno como órgano administrativo, no como órgano político, pero en el Presidente del Gobierno es en quien recae las facultades de mando político de las Fuerzas Armadas, por tanto, de verdadero mando superior, lo que supone que define los grandes objetivos estratégicos, aprueba los planes que derivan de esa definición, la definición general de las fuerzas y las medidas destinadas a proveer las necesidades de los ejércitos. La Ley Orgánica de Defensa Nacional con la voluntad de dejar las menores lagunas posible a la “autonomía militar” atribuye al Presidente del Gobierno la dirección de la guerra. El artículo 11 bis, 3) determina que el Gobierno en tiempo de guerra, podrá nombrar General Jefe del Mando Operativo de las Fuerzas Armadas al JEMAD, quien ejercerá bajo la autoridad del Presidente del Gobierno, las operaciones militares. Por tanto, incluso en situación de guerra el Presidente puede reservarse, no sólo el mando político, sino también el mando técnico-militar, es decir, la conducción de las operaciones militares. Y, en el caso de que el Gobierno decida hacer recaer el mando técnico en el JEMAD, éste queda sujeto, en el cumplimiento de su función, a la autoridad político-militar del Presidente del Gobierno.

(64) Las Reales Ordenanzas recogen igualmente estos tres principios como propios de la institución. Artículo 10: “*Las Fuerzas Armadas forman una institución disciplinada, jerarquizada y unida, características indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción*”.

(65) La política de Defensa del Gobierno se desarrolla a través de un único órgano de la Administración que integra los órganos superiores que apoyan al Ministro, al Ejérci-

no es ya la puramente organizativa aunque sea necesaria para la *unidad de acción* global que tienen las Fuerzas Armadas. Esta unidad de acción tiene, a su vez, otra dimensión subjetiva, llamada *unidad de mando*, que desemboca en una visión unitaria de todos los componentes que intervienen en la defensa y que se denomina *unidad de doctrina*; por esta razón, el principio de unidad tiene una conexión con los principios de jerarquía y de disciplina que permite el funcionamiento armónico del Ejército y actúa a modo de correa de transmisión entre todos los miembros de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de las misiones que tienen encomendadas(66).

En segundo lugar, la disciplina es otro de los principios más característicos de la organización militar y el carácter que realmente define el status político-profesional del ejército. Sobre este principio, el Tribunal Constitucional ha hecho girar las decisiones en las que ha tenido que pronunciarse; así, la STC 21/1981, de 15 de junio: “*En el ámbito militar, en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales*”, o, la STC 97/1985, de 29 de julio: “*De forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y la disciplina desempeñan un papel esencial para alcanzar aquellos fines*” (los que el artículo 8,1 CE les asigna) (67).

La disciplina es algo consustancial a los ejércitos; se erige en un concepto esencial de la institución militar, a modo de exigencia ineludible para asegurar su preciso y expedito funcionamiento. No obstante, la disci-

to de Tierra, a la Armada y al Ejército del Aire y que posibilita tanto las funciones de mando como las de administración. El Libro Blanco de la Defensa 2000, preve la revisión del Ministerio de Defensa que “ se regirá, entre otros, por tres criterios básicos. En primer lugar, considerar permanentemente la organización como un todo que responda a una visión global de la Defensa. En segundo término, simplificar y reducir las estructuras para agilizarlas y eliminar los elementos que puedan resultar innecesarios. Y, finalmente, agilizar los diferentes procesos que se desarrollan entre los órganos superiores para administrar los recursos que se destinan a la Fuerza, para prepararla y para emplearla”.

(66) Las Reales Ordenanzas destacan esta característica de la unidad como propia del espíritu militar que le permite asumir de forma solidaria la responsabilidad de la defensa. Artículo 13: “*La unidad de las Fuerzas Armadas es el fruto de la armonía que ha de existir entre los miembros de los ejércitos. El espíritu militar, la lealtad y el compañerismo son pilares donde se asienta la voluntad de asumir solidariamente la responsabilidad de la defensa*”.

(67) El Auto 375/83, de 30 de julio: “*La específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestando una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa conexión que obliga a todos por igual*”.

plina resulta difícil de definir con precisión al encontrar en ella distintas acepciones(68): en un sentido jurídico amplio, la disciplina equivale al complejo de normas que regulan los derechos y las situaciones jurídicas reconducibles al status militar, por tanto, puede ser entendida como el conjunto de deberes que impone al militar su permanencia en el servicio (69).

Pero la disciplina se constriñe a los deberes relacionados con la subordinación jerárquica, objetivamente considerado, y también se refiere al cumplimiento exacto de las obligaciones que dicha relación de subordinación impone a superiores e inferiores, o sea, entendida tanto hacia arriba como hacia abajo.

Estas nociones abundan en la regulación que hacen las Reales Ordenanzas en las que “disciplinado” es el militar que tiene como hábito cumplir sus deberes y en los que la subordinación es el reflejo natural de la disciplina, y ésta, el medio de alcanzar la máxima eficacia en los logros de los fines asignados a las Fuerzas Armadas. Por eso, si la disciplina forma parte esencial del status jurídico al que se somete el militar para el cumplimiento de las funciones que tiene encomendadas, el reverso de esta institución para el militar sería la desobediencia, la desobediencia como insubordinación que quebraría uno de los pilares básicos de la institución militar. Sin embargo, hay supuestos en los que un militar queda desligado de la obligación de cumplir una orden: o bien cuando la orden no es verdadera por ausencia de requisitos legales, o bien, cuando la orden es ilegítima. Nos centramos en éste último supuesto que es el que nos interesa ahora.(70)

(68) Cfr: GARCÍA BALLESTEROS, P.: “Los principios de la disciplina en el Derecho disciplinario militar comparado”, REDEM, núm. 37, 1979; ROJAS CARO, J.: *Derecho disciplinario militar*, Tecnos, Madrid, 1990.

(69) Art. 11 Reales Ordenanzas: “*La disciplina factor de cohesión que obliga a todos por igual, será practicada y exigida como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución a la que la institución militar está subordinada*”. O, la Sentencia de la Sala de lo Militar del TS, de 14 de diciembre de 1989: “*Siendo la disciplina acatamiento y observancia fiel del orden establecido y de los preceptos que lo reglamentan, no es sólo eso, ni tan siquiera la subordinación a la autoridad legítima, ni el puntual cumplimiento de las obligaciones: es el ánimo, costumbre, o, mejor dicho aún, fuerza moral que por educación se adquiere y por arraigado convencimiento se robustece, y que comprende una obediencia pronta, una adhesión a la autoridad y mandos legítimos, ahínco que lleva al escrupuloso cumplimiento de los deberes y al espíritu de aceptación y satisfacción conformidad con que se ejecutan los actos y servicios anejos al ejercicio de la carrera de las armas*”.

(70) Vid: CALDERÓN SUSÍN, E.: “Trascendencia penal y disciplinaria de la insubordinación. La desobediencia”, en la Obra Colectiva: *La jurisdicción militar*; CALVO PRIETO, D.: “Trascendencia penal y disciplinaria de la insubordinación. Estudio especial de la desobediencia”, *Ibidem*.

El empleo del término “legítimo” se repite obsesivamente por el legislador, tal vez por ese afán comentado de sujetar al militar a la Constitución y a las leyes(71). Por eso, se puede afirmar que no hay disciplina militar fuera de -y mucho menos contra- la Constitución y las leyes. Esta regulación permite constatar que la disciplina no se circunscribe a la obediencia sino que se extiende a la consideración del deber de lealtad hacia la ley que vincula a todo militar. Es una dimensión de la disciplina militar entendida a la luz de la Constitución, como instrumento para asegurar la imparcialidad de las Fuerzas Armadas: “*la disciplina es un conjunto de normas específicas de comportamiento que tutelan los derechos y deberes de cada miembro de los ejércitos (...), y son parte integrante de su estatuto profesional; la disciplina es así, pues, una exigencia estructural que garantiza el cumplimiento de las órdenes de mando y que ha de ejercitarse de manera eficaz e ininterrumpida, en cuyas exigencias radica la “ratio legis” del derecho disciplinario, que naturalmente debe compadecerse con los principios constitucionales y sujetarse a sus mandatos*” (Sentencia de la Sala V del TS, de 1 de octubre de 1990). La disciplina así entendida no es sólo un imperativo estructural del ejército respetuoso con la Constitución, sino un instrumento que garantiza la misma. Y así aparece muy explícito en el artículo 8 CE.

4.- LAS ALTAS MISIONES ATRIBUÍDAS A LAS FUERZAS ARMADAS.-

La unidad y la disciplina son elementos que contribuyen a realizar las misiones que la Constitución atribuye a las Fuerzas Armadas: **garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional**. Si alguna operatividad tiene ahora el artículo 8 es la de evitar que alguna de estas misiones sea

(71) - Art. 11 RR.OO: La expresión colectiva de la disciplina consiste en el acatamiento de la Constitución a la que la institución militar está subordinada

- Art. 26 RR.OO: impone a todo militar la obligación de conocer y cumplir exactamente las obligaciones contenidas en la Constitución.

-Art. 34 RR. OO: desliga a todo militar de obedecer órdenes que contradigan manifiestamente las leyes o usos de la guerra o que constituyan delito, en especial contra la Constitución.

- Art. 84 RR.OO: prohíbe al mando ordenar actos contrarios a leyes y usos de la guerra o que constituyan delito.

- Art. 13 RR.OO del Ejército de Tierra: obliga al militar con mando a ejercerlo de acuerdo con la Constitución, el Ordenamiento jurídico del Estado, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y las del Ejército.

suprimida por el legislador, pero está claro que estas misiones han cambiado en el actual entorno de globalización de la política de seguridad y defensa, y las misiones internacionales si bien pueden ser difíciles de encuadrar en el artículo 8, no lo son tanto en el artículo 97 CE. Este precepto parece contener una regulación amplia sobre las facultades del Poder Ejecutivo que actúa con absoluta libertad en tanto no exista una declaración formal de guerra por parte de España. Esto hace suponer que existen demasiados poderes concentrados en manos de la figura del Presidente del Gobierno -como por otra parte hemos visto que ocurre en los demás países occidentales de nuestra misma cultura democrática-, de manera que los Parlamentos que, además de ser Poder Legislativo son depositarios de la soberanía, interviene (fuera de la declaración de guerra) sólo para la autorización de Tratados Internacionales de carácter militar; fuera de ahí, las misiones las determina la política general del Gobierno, de manera que el principio democrático parece ceder ante el principio monárquico, sustituyendo la figura del Monarca por la del Primer Ministro en tanto no existen controles ante situaciones que formalmente no son de guerra (72).

Garantizar la soberanía e independencia de España. Tradicionalmente se viene entendiendo en este punto que la defensa de la colectividad se convierte en la idea que da su razón de ser a las Fuerzas Armadas y que las Fuerzas Armadas son el instrumento del poder soberano que integra la defensa de todo el pueblo puesto que la soberanía reside en él como totalidad(73), lo que justifica el tratamiento constitucional en el Título Preliminar que expresa el conjunto de decisiones políticas básicas que configuran la existencia política del pueblo español (74) .

(72) Existen dos formas de interpretar las relaciones entre el principio democrático y el principio monárquico. Se puede decir que el principio democrático se instaló definitivamente en todos los sistemas constitucionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial (y en España desde 1978), pero también se puede decir que, de alguna forma, el principio monárquico se adaptó en los demás sistemas constitucionales, de manera que la identificación no se produce con la figura del Monarca, sino con el órgano superior del Poder Ejecutivo: el Gobierno y, más concretamente, el Presidente del Gobierno; incluso en tiempo de guerra, la ley establece un mando militar (Jefe del Mando Operativo) que tiene el mando técnico de la defensa y conduce las operaciones militares, pero no bajo las órdenes del Ministro de Defensa, sino del Presidente del Gobierno. Cfr: DE OTTO, I.: "El mando supremo de las Fuerzas Armadas", REDC, núm. 23, 1988.

(73) Vid: LÓPEZ AGUILAR, J. F.: Cit.

(74) En este punto se ha razonado que en cuanto las Fuerzas Armadas forman una pieza de la comunidad española, los problemas de la comunidad le son inherentes, por lo que no deben quedar relegadas a la categoría de instrumento que, en cualquier caso, actúe sin más, al dictado del Gobierno, porque de ser esto válido no se entendería la interpretación del artículo 8 en conexión con el artículo 2 CE.

La defensa de la integridad territorial tendría una doble proyección: una EXTERNA para hacer frente a cualquier intento de agresión por parte de otro Estado con vistas a apropiarse de una parte de nuestro territorio; y otra INTERNA que pretende impedir una fragmentación de nuestro territorio que es una agresión al ordenamiento constitucional (75).

La defensa del ordenamiento constitucional forma parte de la proyección interna. No ha de limitarse sólo a la letra de la Constitución sino que se extiende a los principios que la inspiran (el ordenamiento funciona como un sistema total por eso el deber de defensa del ordenamiento constitucional se extiende al conjunto institucional y normativo previa petición del poder político. La institución del *estado de sitio* es el instrumento a través del cual las Fuerzas Armadas pueden ser llamadas por el Congreso de los Diputados a colaborar, bajo las órdenes del Gobierno, en el rechazo de una agresión interna contra el ordenamiento constitucional en España(76).

Pero, también hay que interpretar el artículo 8 en conexión con el artículo 97 que encomienda a un Poder del Estado, el Gobierno, la dirección de la Administración militar y la defensa que es la razón de ser de las Fuerzas Armadas. El ejército es un brazo más del poder ejecutivo que representa la voluntad mayoritaria del pueblo español donde reside la soberanía de la Nación. No se puede seguir en la idea de que el Ejército es algo externo al orden político a cuya defensa sirve de guardian, aún aceptando que lo son cuando el poder político así lo demande. Por el contrario la defensa del orden constitucional parte del interior del propio Estado que lo hace a través de los tres poderes constituidos: el poder legislativo (que defiende el orden constitucional a través de la legalidad y la representación popular), el poder judicial (que defiende el Estado constitucional aplicando las leyes), y el poder ejecutivo (que defiende el Estado constitucional entre otros instrumentos con las Fuerzas Armadas por lo que no se pueden considerar como algo externo o extraño al Estado o al poder constituido).

(75) Vid: FERNÁNDEZ SEGADO, F: “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, Cit.

(76) Una opinión minoritaria entiende que existe la posibilidad de que las Fuerzas Armadas intervengan en defensa del orden constitucional en la forma que decida el órgano político del que dependen: el Gobierno, a quien el artículo 97 CE atribuye el poder de decisión sobre las Fuerzas Armadas (LÓPEZ RAMÓN). Es decir, la decisión sobre la intervención de las Fuerzas Armadas correspondería libremente al Gobierno, sin necesidad de declarar el estado de sitio. No es esta sin embargo, la interpretación que debe hacerse a partir de la Constitución y de las leyes que desarrollan el artículo 116 CE por lo que sólo declarando el estado de sitio es posible la intervención interna de las Fuerzas Armadas: 1º por las funciones encomendadas a las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado / 2º por la regulación del estado de sitio en la LO 4/1981.

A las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se refiere el artículo 104 CE: “*las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana*”. El mantenimiento de la seguridad y el orden en situación de normalidad corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y sólo en caso de grave riesgo del orden constitucional, corresponde a las Fuerzas Armadas. Esta duplicidad la ha querido expresamente la Constitución, por lo que no tendría sentido otorgar al Gobierno la libertad exclusiva de

El artículo 32 L.O. 4/1981, de 1 de junio reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio establece que *cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 116 CE, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio.*

El artículo 33.1: *En virtud de la declaración del Estado de sitio, el Gobierno, que dirige la política militar y de defensa, de acuerdo con el artículo 97 CE, asumirá todas las facultades extraordinarias previstas en la misma y en la presente ley.*

El artículo 33.2: *A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el Gobierno designará a la autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiera.*

Interesa destacar de esta regulación: 1), que el estado de sitio procede declararlo cuando se produzca o amenace producirse una insurrección interna contra la soberanía o el ordenamiento constitucional (77). 2), que en los supuestos de estado de alarma y excepción, la declaración corresponde al Gobierno, si bien el estado de excepción previa autorización del Congreso de los Diputados. El estado de sitio es declarado por el Congreso de los Diputados previa proposición del Gobierno. 3), que el mantenimiento del orden, declarados los estados de alarma y excepción, corresponde a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado a los que expresamente se refiere la Ley 4/1981 sin mencionar en ningún momento en su regulación a las Fuerzas Armadas. Sin embargo, declarado el estado de sitio, a las Fuerzas Armadas se atribuye expresamente la ejecución de las medidas establecidas - “el Gobierno designa-

determinar cuando estamos ante una situación de normalidad o de grave crisis interna contra el orden constitucional. Esta situación no corresponde determinarla al Gobierno, sino al Congreso de los Diputados mediante un mecanismo jurídico expresamente recogido también en la Constitución: *El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones*” (art. 116.4 CE).

(77) Los estados de alarma y excepción procede declararlo cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para establecerlo y mantenerlo (estado de excepción); o bien, en caso de catástrofes, calamidades, desgracias públicas, crisis sanitarias, paralización de servicios esenciales para la comunidad, situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad (estado de alarma). **En ninguno de estos supuestos existe una amenaza al orden constitucional.**

rá a la autoridad militar”-, -“las autoridades civiles continuaran en el ejercicio de las facultades que no hayan sido conferidas a la autoridad militar(78). 4) que esa autoridad militar se somete a la dirección del Gobierno que es quien asume todas las facultades extraordinarias necesarias en estos supuestos.

Por tanto, existe un estado excepcional militar que se corresponde con el estado de sitio, y un estado excepcional civil que se corresponde con los de alarma y excepción.

La regulación de la Constitución y la L.O 4/1981 suponen una GARANTÍA frente a la posibilidad de abuso por parte del Gobierno de las Fuerzas Armadas en caso de grave crisis interna. Es, además, una garantía del Estado democrático. Esta garantía dejaría de existir si el Gobierno pudiese decidir libremente la intervención interna de las Fuerzas Armadas en defensa del ordenamiento constitucional. Por tanto, aunque el artículo 97 CE atribuye el poder de decisión sobre las Fuerzas Armadas al Gobierno, la defensa interna, como defensa del orden constitucional, precisa necesariamente la aprobación del Congreso de los Diputados por mayoría absoluta mediante el instrumento jurídico de la declaración de estado de sitio.

5.- LAS NUEVAS MISIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS.-

La conformación de un Estado constitucional basado en el Estado democrático y de Derecho hace que sean muchos los principios constitucionales que, como hemos visto, coadyuvan al concepto de Defensa Nacional, pudiendo afirmarse que no existe un único concepto de “defensa” o de “seguridad” dentro de la Constitución(79).

El cambio al que se sometió al ejército a partir de la Constitución de 1978 abre una nueva etapa para las Fuerzas Armadas que ya no viven de forma aislada hacia el interior de nuestras fronteras sino que se integran en un proceso global. El cambio de ciclo se sitúa por la mayoría de los autores en los años ochenta(80) y, sobre todo a partir de la caída del muro de

(78) En los Estados de alarma y excepción la ley alude exclusivamente a la “autoridad gubernativa”.

(79) Vid: LÓPEZ AGUILAR, J. F.: “Defensa, interés nacional y seguridad colectiva...”, Cit.

(80) BARBÉ, E., y PERNI, O.: “Más allá de la seguridad nacional”, en *Introducción a los estudios de seguridad y defensa*, Carlos DE CUETO y Javier JORDÁN (coords.), Comares, Granada, 2001.

Berlín que aceleró un proceso que ya se había iniciado desde el final de la guerra fría(81). El fin de la bipolaridad ha provocado el comienzo de la multipolaridad política que ha hecho que los problemas ya no sean nacionales sino globales, de manera que las Fuerzas Armadas pasan de ser el último baluarte, la última razón del Estado-nación en las relaciones internacionales(82), a ser el factor más importante de estabilidad global en tanto los focos de inestabilidad en cualquier parte del mundo afectan a la propia estabilidad nacional: junto a las misiones *convencionales* (la soberanía e independencia de España, o la integridad territorial), se unen las nuevas misiones *no convencionales*(83).

Estas misiones no convencionales tienen que ver con el nuevo escenario estratégico que se va a resolver en el ámbito internacional en respuesta a mandatos de organizaciones supranacionales. En el caso de España este escenario se desenvuelve fundamentalmente en organizaciones como la Alianza Atlántica (OTAN) o la Unión Europea Occidental (UEO). La respuesta internacional en cuestiones de defensa y seguridad se promueve generalmente al amparo de la ONU, lo que proporciona legitimidad y respaldo internacional y moral a las acciones militares que se llevan a cabo para imponer o mantener la paz en el mundo. Las Naciones Unidas, sin embargo, carecen de capacidad militar, por ello su actuación está siempre condicionada a la voluntad de las naciones miembros de responder a la solicitud que hace esta organización(84). Así pues, estas nuevas misiones

(81) Esta idea ya fue desarrollada por el *Dictamen de la Comisión Mixta, no permanente Congreso de los Diputados-Senado para establecer la fórmula y plazos para la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas*, aprobado por el Congreso de los Diputados en su sesión del día 28 de mayo de 1998 y por el Pleno del Senado el día 9 de junio del mismo año.

(82) Sobre este tema se puede consultar los trabajos de BASTIDA, F.: “Constitución, soberanía, democracia”, RCEC, núm. 8, 1991 y VARELA SUANCES, J.: “Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la CE”, REDC, núm. 36, 1992.

(83) “*El progreso moral de los pueblos supone que la guerra ya no se ve desde la perspectiva de la defensa del territorio propio, sino desde la defensa de intereses más lejanos*” (...) “*o a la derivada de la conciencia de tener que actuar aunque no haya interés nacional por medio*”. Vid: ORTEGA, A.: *Horizontes cercanos. Guía para un mundo en cambio*, Taurus, Madrid, 2000. “*Las nuevas Fuerzas Armadas españolas necesitarán una mentalización, despliegue y preparación específica, además de garantizar la defensa de España, actuar en escenarios situados fuera del propio territorio nacional o aliado, con motivo de situaciones de emergencia o crisis, bien para garantizar el respeto a los Derechos Humanos o bien para la defensa de los legítimos intereses de España*”, Vid: Informe Comisión Mixta no permanente Congreso-Senado, de 1998, cit.

(84) De acuerdo con el Capítulo IV de la Carta de las Naciones Unidas, las fuerzas bajo mandato de la ONU pueden ser empleadas sólo con el consentimiento de las partes enfrentadas, siendo su objetivo el mantenimiento de la paz, ayuda al cese de las hostilidades y la prevención de la reanudación.

atribuidas a las Fuerzas Armadas se pueden sintetizar de la siguiente manera:

En *situaciones de paz* y de estabilidad en el país, las Fuerzas Armadas actúan desempeñando funciones de prevención de conflicto y de vigilancia de nuestros espacios de soberanía, por tanto, perfectamente acomodadas a las misiones que aparecen en el artículo 8 CE.

Participación en operaciones de paz en las que España viene tomando parte de forma activa desde el año 1988.

En *situaciones de guerra* es posible que España pueda verse en la necesidad de defender sus intereses de seguridad interviniendo en un conflicto armado de forma aislada o junto a sus socios aliados, en el plano puramente nacional. Hasta aquí la regulación que hacen las leyes españolas en desarrollo de la Constitución serían plenamente aplicables en todas sus previsiones. La presencia de nuestras Fuerzas Armadas en otro escenario estratégico nos llevaría a entender que éstas deben estar preparadas para defender los intereses nacionales de seguridad y defensa bajo la dirección del Gobierno y que estos intereses en un mundo globalizado no se limitan a nuestro propio espacio de soberanía, por lo que defender los intereses nacionales de seguridad en el marco de la defensa colectiva puede implicar participación en acciones multinacionales en las que el mando efectivo no estaría en manos del Presidente del Gobierno ni del poder político español (85). La Ley Orgánica de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar de 1980 (modificada en 1984) (86), constituye el marco básico de la estructura de defensa. Desde el año 84 las circunstancias estratégicas, políticas y sociales han cambiado profundamente, por ello es necesaria una reforma que adapte los criterios y la

(85) La protección de los intereses nacionales de seguridad es una función cuya definición corresponde al Gobierno. La decisión política de identificar un interés nacional de seguridad en una situación determinada y de valorar su importancia corresponde al Gobierno y ningún otro poder estatal tiene potestades constitucionales para valorarlo. De la misma forma el Gobierno es quien establece los criterios de acción ante las distintas situaciones en base a sus prerrogativas (“dirige la política interior y exterior del Estado”). De todas formas, estos intereses nacionales pueden, con carácter general, tener un ámbito interno y un ámbito de proyección más global. Los primeros serían aquellos que España tiene que defender ante cualquier riesgo o amenaza que afecte a su supervivencia como Nación, en realidad son los elementos constitutivos del Estado y los que aparecen como misiones convencionales (territorio, población, soberanía, independencia, ordenamiento constitucional). Los segundos son aquellos que por su trascendencia pueden influir en la estabilidad de nuestra zona de actuación vital y, por tanto, en la estabilidad de nuestros intereses; tiene mucho que ver con la situación geográfica y estratégica de España y con la política exterior (integración europea, estabilidad europea o estabilidad en los países norteafricanos).

(86) LO6/1980, de 1 de julio, de Regulación de los Criterios Básicos para la Defensa Nacional y la Organización Militar, reformada por la LO1/1984, de 5 de enero.

organización militar a las nuevas circunstancias. Estas circunstancias son: 1. la generación de un nuevo escenario europeo tras el final de la guerra fría. 2. la consolidación de un concepto más amplio de la seguridad, estrechamente relacionado con la política exterior, que excede al tradicional concepto de defensa (87). 3. la integración de España en la nueva estructura militar de la Alianza Atlántica, con participación activa en la defensa europea. 4. la profesionalización de las Fuerzas Armadas española y suspensión del carácter obligatorio del servicio militar (88).

Los compromisos asumidos en las Cumbres de Washington, Colonia y Helsinki de 1999(89) obligan a realizar una revisión de la Ley de criterios básicos de la defensa, ya que esta ley define una organización prevista para tiempos de paz y, en su caso, para tiempo de guerra en nuestro propio espacio de soberanía, pero no contempla el empleo de la fuerza para lo que se llama “gestión de crisis”(90), y que son las que previsiblemente se pre-

(87) En otro momento histórico el concepto de seguridad se refería a la defensa nacional o a la defensa del propio territorio; desde la guerra fría se puede afirmar rotundamente que el concepto de seguridad ha cambiado. En el momento actual los estudios científicos y sociológicos están muy centrados en las cuestiones de seguridad y defensa que tiene mucho que ver con las relaciones de globalización a nivel mundial y que afectan a todas las sociedades por igual, de manera que no resulta fácil dar un único concepto de lo que haya de entenderse por seguridad. En cualquier caso la idea de seguridad hace referencia a una complejidad multidimensional que afecta a aspectos militares, políticos, económicos, sociales e incluso medioambientales, y, por tanto, a la seguridad integral. Vid: BARBÉ, E. y PERNI, O.: “Más allá de la seguridad nacional”, Cit.

(88) La profesionalización de las Fuerzas Armadas es también un factor del que va a depender nuestro sistema de seguridad y, al mismo tiempo es un proceso de modernización que afecta a todos los ámbitos de la institución militar. Se trata de un modelo que da respuesta a una demanda social que se sustenta, de un lado, en el rechazo al concepto obligatorio del servicio militar, y, de otro, en la percepción de que en el mundo occidental las guerras, los conflictos o las crisis, si se suceden, se van a desarrollar en un ambiente tecnológico avanzado para el que se necesita personal profesional y cualificado. De otro lado, es un modelo que se va a ir imponiendo en todos los países de la Unión europea con objeto de facilitar la integración de los ejércitos en aras a una eficaz defensa común. Cfr: Carta sobre Seguridad europea, suscrita por los Jefes de Estado o de Gobierno participantes en la OSCE en la reunión de Estambul el 19 de noviembre de 1999.

(89) El Consejo Europeo celebrado en Colonia en junio de 1999 pretende reforzar la política europea de seguridad común y abrir una nueva etapa en la construcción de la Unión europea, de manera que sea en el marco de la PESC donde se adopten las principales decisiones de acción común. El Consejo Europeo de Helsinki, de diciembre de 1999, en sus conclusiones trata también la gestión no militar de crisis, en tanto que la cumbre celebrada en Washington los días 23 y 24 de abril de 1999 tuvo como objetivo mejorar las capacidades de defensa para garantizar la efectividad en las nuevas operaciones multilaterales.

(90) Las situaciones de gestión de crisis aparecen cuando el diálogo y la cooperación entre naciones no pueden impedir la ruptura de la estabilidad internacional. En estos casos las operaciones de gestión de crisis son de naturaleza y efectos imprevisibles y pueden abarcar desde la evacuación de civiles, hasta un despliegue de fuerzas o un embargo comercial.

senten en el futuro; “incluso más allá de esta idea, hoy se trata no sólo de evitarlos, controlando las crisis que puedan provocarlos, sino también de contrarrestar sus causas inmediatas. Así se asegurará el mantenimiento de la estabilidad internacional, que ha pasado a convertirse en una tarea que demanda en ocasiones la intervención de las Fuerzas Armadas” (91). Estas reformas deberán centrarse en algunos aspectos concretos, así en relación a la organización del Ministerio de Defensa es necesario concretar más claramente las atribuciones de los órganos superiores (Jefe del estado Mayor de la Defensa, Secretario de Estado, Subsecretario, Jefes de los Estados Mayores de los tres Ejércitos y su vinculación con el propio Ministro..., etc.; igualmente, la ley debería desarrollar de forma más precisa las relaciones y la forma de coordinación con los órganos de protección civil para los casos de catástrofes naturales o cualquier otra emergencia que haga necesaria la intervención de Fuerzas Armadas (y estamos pensando, por ejemplo, en los movimientos migratorios que se pueden producir en un futuro cercano que, aparte de que pueden convertirse en fenómenos de una entidad importante, tiene repercusiones en orden a los compromisos internacionales que España tiene asumidos y con sus propios criterios sobre inmigración dentro de nuestro territorio). De esta forma quedarían deslindados los ámbitos en los que se produce una colaboración con las autoridades civiles y los que la actuación de las Fuerzas Armadas responda a criterios de defensa o de acción exterior. Por último, la Ley orgánica contempla la movilización general de recursos en base a criterios de economía de guerra, pero no las actuales circunstancias en las que hay que movilizar recursos de forma gradual dependiendo de las diferentes situaciones a gestionar.

6.- CONCLUSION.-

En cualquier caso, y a modo de conclusión, baste decir que la Constitución española representa un texto democrático, avanzado y abierto y que las Fuerzas Armadas españolas están llamadas precisamente a defender, por primera vez en su historia, una sociedad avanzada según el modelo descrito en el Preámbulo constitucional. Las posibilidades futuras de actuación en el marco de las políticas de globalización actuales están previstas en la regulación constitucional de manera que no se hace precisa una revisión del texto en cuanto a las atribuciones que concede al poder polí-

(91) Del Libro Blanco de la Defensa, 2000, Ministerio de Defensa, p. 148.

tico en el mando del ejército. Las competencias en política interna e internacional del Poder Ejecutivo no precisan de ninguna reforma constitucional porque el texto constitucional establece el marco adecuado para llevar a cabo las nuevas misiones de las Fuerzas Armadas. En otros sistemas constitucionales, como el alemán, por ejemplo, esta previsión constitucional no existía, más bien al contrario, había una limitación constitucional por la cual las Fuerzas Armadas alemanas no podían intervenir en misiones fuera del territorio de la propia República, lo cual hizo necesaria la Reforma de la Ley Fundamental en este sentido. Ahora bien, donde sí se hace necesaria una importante reforma es en la legislación de desarrollo que debe regular los principios básicos y de organización de las Fuerzas Armadas.

Bibliografía

- ALONSO BAQUER, M.: *¿En qué consiste la estrategia?*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000.
- BARCELONA LLOP, J.: “La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal”, RAP, núm. 110 (1986)
- BALAGUER CALLEÓN, F.: (Coord.). *Curso de Derecho Contitucional*, Tecnos, Madrid, 1999.
- BLANCO ANDE, J.: *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*. Dykinson, Madrid, 1987.
- CÁMARA VILLAR, G.: *La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991.
- CASADO BURBANO, P.: “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española”, RDP, núm. 74 (1979)
Iniciación al Derecho Constitucional Militar, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.
- CAZORLA, J.: “Transiciones y cambio político”, en R. del Aguila (ed.), *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Trotta, 1997.
- COLOMER, J. M.: “Teorías de la Transición”, REP, núm. 86 (1994);
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: (ed.), *El servicio militar: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Dykinson/Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994.
“La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, REDEM, 67 (enero-junio 1997)
- GARCÍA ARIAS, L.: “Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado”, REP, núm. 152,1967
- LINZ, J. J.: *Transiciones a la democracia*, REIS, núm. 51 (1990),
“Una Teoría del régimen autoritario. El caso de España”, en *La España de los años 70*, Madrid, vol. III, t. I. Moneda y Crédito, 1974;

- “La transición a la democracia en España en perspectiva comparada”, en R. COTARELO (Comp), *Transición y consolidación democrática en España (1975- 1986)*, Madrid, CIS, 1992
- LÓPEZ RAMÓN, F.: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid,
- “Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas”, en *Homenaje a García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1995,
- OEHLING, H.: *La función política del ejército*, Madrid, IEP, 1967
- PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales de la función militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- PIERINI, M.: “La política militar de los gobiernos de la transición, 1975-1977”, Cuadernos de Ciencia Política y Sociología, núm. 1986 (1986).
- REVISTA ESPAÑOLA DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS, núm. 36 (1986), Monográfico sobre las Fuerzas Armadas
- SERRANO ALBERCA, J. M.: “Artículo 8”, en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por GARRIDO FALLA, Civitas, Madrid, 1985.

LA NECESIDAD DE REFORMA DE LOS DELITOS RELATIVOS AL MEDIO AMBIENTE A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Juan Manuel Fernández Aparicio.
A. Fiscal de la AP. de Jaén
Profesor de la UNED

1. PREÁMBULO

El art. 45 de la Constitución Española recoge como principio rector de la política social y económica la necesidad de que los poderes públicos adopten las medidas pertinentes para proteger y mejorar la calidad de vida, así como defender y restaurar el medio ambiente. En el apartado 1º señala que *“todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”*. Para concretar en los apartados siguientes los mecanismos de protección de ese derecho a un medio ambiente adecuado, que se especifica, entre otras manifestaciones, en la obligación de utilizar racionalmente los recursos, como se recoge en el apartado 2º. En esta labor se comprometen todos los poderes públicos. Tal compromiso no es más que una concreción al caso concreto de la llamada *“Cláusula de transformación”* del artículo 9.2º de la Carta Magna. Por tanto, se reconoce la existencia del derecho al medio ambiente, mas no como derecho fundamental sino como principio rector, dentro del Capítulo 3º del Título I de la Constitución. La consecuencia constitucional inmediata es que tal derecho no puede ser tutelado vía amparo constitucional (sensu contrario artículo 53.2º de la Constitución Española). La

tutela prevista es la del apartado 3º del artículo 53, esto es, tal principio informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Por tanto solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que disponen las leyes que los desarrollen.

El derecho al medio ambiente aparece pues como un derecho “*de la tercera generación*”.

Pese a esta realidad no debemos perder de vista que el precepto exige en su apartado 3º la intervención del derecho sancionador ,tanto en la vía administrativa como penal; “*Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior , en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o , en su caso , administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado*” Igualmente exige la reparación del daño causado ; aspecto problemático dado que los daños al medio ambiente son de imposible o muy difícil reparación. Baste citar un ejemplo ¿cómo se repara la desaparición del quebrantahuesos en la sierra de Cazorla ,hecho acaecido a primeros de los 80?.

Resulta evidente que la protección del medio ambiente no puede quedar monopolizada por un orden jurisdiccional en lo que a su tratamiento procesal se refiere, y tampoco a un área jurídico sustantiva determinada. Como señala el Magistrado Juan Beltrán Castells en “*Anuari de Jurisprudència Contencioso Administrativa 1996*”, página 190 , la tutela del derecho al medio ambiente se puede ejercer en el ámbito del orden jurisdiccional civil o penal, aunque lo cierto es que la normativa sobre medio ambiente es de inspiración esencialmente administrativa y, por tanto, competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo. Esta misma consideración la hace la Fiscalía General del Estado en la Memoria publicada en 1997, en la pág. 450, al indicar: “*no olvidemos que la esencia del Derecho ambiental procede del Derecho Administrativo*”.

Sería imposible citar toda la normativa medioambiental . Consecuentemente sólo vamos a reseñar la normativa básica estatal y comunitaria:

-Real Decreto legislativo 1302/1986 de evaluación de impacto ambiental y Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1131/1988.

-Ley 4/1989, sobre Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres.

-Real Decreto 439/1990 por el que se aprueba el Catálogo Nacional de especies Amenazadas.

-Real Decreto 1997/1995 por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y la fauna y flora silvestres,modificado por RD 1193/1998.

-Orden de 11 de diciembre de 1998 por el que se constituye el Comité de Reproducción y Banco de Germoplasma Animal de España.

-Ley de aguas de 1985, Ley de Costas de 1988, Ley de Vías pecuarias de 1995, etc.

A nivel de la Unión Europea:

-Directiva 78/659 relativa a la calidad de las aguas continentales que requieren protección o mejora para ser aptas para la vida de los peces.

-Directiva 79/409 relativa a la conservación de las aves silvestres, modificada por la Directiva 97/49.

-Directiva 85/337 relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, modificada por la Directiva 97/11.

-Directiva 90/313 sobre libertad de acceso a la información en materia de medioambiente.

-Directiva 92/43 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres.

-Reglamento 338/92 relativo a la protección de especies de la fauna y la flora silvestres.

-Reglamento 3528/86 sobre protección de bosques contra la contaminación atmosférica.

Ciertamente debemos ser conscientes de la naturaleza predominantemente administrativa mas ello no puede provocar una “*abstinencia*” de la jurisdicción penal. Sin embargo las mas recientes sentencias de nuestros tribunales nos llevan a ese triste resultado olvidando la exigencia de sanción penal .Esta realidad se observa particularmente en los delitos relativos a la fauna y la flora.. Veamos cada una de estas resoluciones.

2. EL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM EN LOS DELITOS

MEDIOAMBIENTALES.COMENTARIO A LA STC 177/99 DE 11 DE OCTUBRE (1999/29139 EDE)

El principio *Ne bis in idem* cuya apoyatura constitucional descansa en el art.25 de la CE ,precepto que regula el principio de legalidad, tiene como finalidad evitar un doble resultado afflictivo .Esto es, no se puede castigar dos veces por lo mismo, así lo ha señalado en multitud de ocasiones el Tribunal Constitucional -*ad exemplum* sent.2/1981 ó 159/1987-.

El Código Penal de 1995 ofrece una serie de delitos cuyo común denominador es ser normas penales en blanco existiendo una duplicidad de normativa sancionadora .Por un lado la administrativa y por otra parte la

penal. Por otra parte la normativa sancionadora administrativa se encuentra muy dispersa dado que cada Comunidad autónoma tiene competencias sobre la materia. Esta situación no solo puede provocar que por parte del acusado se alegue error de prohibición del art.14.3 CP sino lo, más habitual, alegue conculcación del principio *ne bis in idem*. Esto es, alegue que ha sido ya sancionado administrativamente por los mismos hechos por los cuales se persigue ahora su enjuiciamiento.

Por ello la normativa administrativa debe paralizarse expresamente cuando existe un procedimiento penal abierto ¿pero qué ocurre si abierta la vía penal continua la administrativa sancionando antes que la penal?.

La sentencia TC 177/99 de 11 de octubre de 1999 da respuesta a esta pregunta de una forma desalentadora para quienes queremos tutelar penalmente el medio ambiente ,contraveniendo en cierto modo su línea mantenida hasta la fecha. El Tribunal Constitucional anula la condena impuesta por la Autoridad judicial por delito de vertido ilegal a un empresario catalán al considerar que, como había pagado la multa de un millón de pesetas, impuesta por la Administración ,no se le podía sancionar por la vía penal . De hacerlo se quebrantaría el principio alegado. Para justificar que no se puede castigar dos veces por lo mismo distingue entre dos vertientes del *ne bis in idem* ; la procedimental (en caso de colisión entre una actuación administrativa y otra judicial ,siempre tiene que resolverse a favor de esta última) y la material (prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales por los mismos hechos).En el presente caso , según el TC , los órganos judiciales penales han utilizado exclusivamente la perspectiva procedimental del citado principio, desatendiendo el enfoque sustantivo o material del mismo, que es el importante desde el punto de vista constitucional.

La Administración obvió el principio general de suspensión del procedimiento administrativo cuando hay abierto un procedimiento penal. Concretamente el art.112 de la Ley de aguas exige expresamente “*La Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento administrativo mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado*”.El art.341 del Reglamento hidráulico viene a reproducir la misma obligación por parte del órgano administrativo de suspender el procedimiento hasta que deje de conocer la jurisdicción penal.

De aplicar la doctrina constitucional nos podríamos encontrar en la más pura impunidad al existir delitos que llevan aparejada esta doble regulación penal y administrativa. Véase por ejemplo el tipo del art.379 CP

(delito contra la seguridad en el tráfico) o la falta del art.636(carencia de seguro obligatorio.)En estos ámbitos se observa esta relación Jurisdicción-Administración .Por ello la Dirección General de Tráfico suspende los procedimientos sancionadores en materia de alcoholemias o carencia de seguro si le consta abierto un procedimiento penal por delito contra la seguridad en el tráfico o contra el orden público. Consecuentemente finalizado el procedimiento especialmente si es absolutorio ha de notificarse al ente administrativo la resolución que pone término a la vía judicial para que pueda en su caso continuar la vía administrativa . En la práctica se observa a veces que la Jurisdicción no notifica esta resolución a la Administración generando evidentes perjuicios.

Ante el incumplimiento de esta orden hay tres soluciones;

a) El Tribunal penal obviará la sanción administrativa siendo el particular el que le corresponderá solicitar la nulidad de la sanción administrativa.

b)El Tribunal sospechando de connivencia en la actuación de la Administración ordenará que se retrotraigan las actuaciones a fase instructora para que se investigue un un presunto delito de prevaricación.

c)Adoptará la posición del TC absolviendo al acusado.

La primera solución es la que hasta ahora ha venido defendiéndose en los tribunales y la que había adoptado el Tribunal de instancia .Tanto el voto particular como el informe del Ministerio Fiscal ante el TC proponen esta vía alegando que el Tribunal ha sacrificado la acción penal a favor de la administrativa alterando la natural preferencia de la jurisdicción penal sobre aquella. Precisamente el voto particular acaba así *“Pero aun en la hipótesis de que la Administración hubiera actuado indebidamente, es indudable que en nuestro Derecho existen medidas que permiten corregir una hipotética actuación administrativa que prescinda de la preferencia en favor de la jurisdicción penal que se deriva de la Constitución. Medidas que no requieren en modo alguno frustrar la acción de la justicia penal en defensa del medio ambiente, como en el caso presente ha estimado la mayoría de la Sala, cuyo criterio respetuosa pero firmemente rechazamos”*.

Con la postura del TC fijada en esta sentencia sólo cabe, sólo son posibles las soluciones b) y c) .

El caso analizado parte de la paradoja de la actuación de una Administración que pese a finalizar el expediente y lograr el cobro de la multa remite a la Fiscalía del TSJ de Cataluña el expediente por si fuera constitutivo de delito. Luego si existían indicios de delito debería haber paralizado el expediente. La conculcación de la legalidad administrativa no acarrea nece-

sariamente la existencia de prevaricación mas no la descarta. Como ha señalado reiterada doctrina existe prevaricación administrativa cuando se conculca la legalidad administrativa de forma grosera o palmaria. Por tanto abiertas unas diligencias previas y a fin de evitar la aplicación de esta doctrina deberemos indagar y exigir la paralización del expediente sancionador. Si aun así la Administración continúa actuando nos llevará a la prevaricación. En este caso no cabe alegar la doctrina constitucional pues sería premiar a quien contó con la ayuda de una Administración prevaricadora.

La última solución será la que termine imponiéndose .Por tanto en los delitos del T.XVI observaremos una “*diligencia extrema*” en el deseo de abonar la multa administrativa pues será la carta de impunidad en la jurisdicción penal. El TC ha roto la tradicional preferencia de la jurisdicción penal poniendo al mismo nivel Administración y Jurisdicción.

El TC ni siquiera admitió la postura equitativa del Tribunal que pese a condenar “compensó” la multa administrativa en la condena penal. La solución dada por el TC me parece claramente desafortunada haciendo ilusorio el mandato constitucional de sancionar penalmente esta materia. Abre la vía a la despenalización de las conductas que son castigadas por ambas ramas del ordenamiento punitivo.

3. EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD Y SU REPERCUSIÓN EN LOS DELITOS DE CAZA

El principio de legalidad contemplado en el art.25 de la CE genera un principio fundamental en derecho penal el denominado principio de taxatividad o tipicidad. Es decir, sólo es delito lo que venga de forma clara y precisa en el CP o en leyes penales especiales.

El TC ha tenido oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones. Baste citar por ejemplo la STC 232/1997 , de 16 de diciembre . En Derecho Penal rige el viejo aforismo “*Lex praevia ,scripta ,certa et stricta*” ..Por tanto no cabe la analogía *in malam parte* .La Ley ha de ser clara, precisa, concreta e inteligible. Consecuentemente, la norma ha de impedir que se sancionen comportamientos no previstos en la norma. Tampoco conductas similares o análogas. Precisamente en otros ámbitos donde existe duplicidad de sanciones el TS se ha visto obligado a delimitar el contenido de antijuricidad penal. Baste citar por ejemplo en materia de tenencia ilícita de armas la STS de 21-12-98.Pte. Conde Pumpido (98/30974,EDE) donde deja fuera del ámbito penal el apartado h) del art.4 del Reglamento

de armas, las “imitaciones”, también prohibidas pero que no son armas y todos los supuestos del art.5 del Reglamento citado y ello porque su inclusión como delito vulneraría el principio de tipicidad y de legalidad.

En materia de delitos de caza nos encontramos precisamente con la dificultad de saber exactamente qué se castiga .Existe un solapamiento entre la normativa penal y la administrativa, común denominador a todos los delitos ubicados en el Tít.XVI del CP (delitos relativos a la ordenación del territorio y al patrimonio histórico).

El Tít.XVI contiene en el Capítulo 4º los denominados “de los delitos relativos a la protección de la flora y fauna”,arts.332 a 337 ambos inclusive del CP. La experiencia diaria demuestra que son las conductas contenidas en los arts.334 ,335 y 336 CP las más habituales y sobre las que vamos a hacer hincapié.

El art.334 CP dice *“1.El que cace o pesque especies amenazadas ,realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración , contraviniendo las Leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre , comercie o trafique con ellas o con sus restos , será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses.*

2.La pena se impondrá en su mitad superior si se trata de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción”.

Hasta ahora se había interpretado que la mera inclusión de alguna especie en el Catálogo General de Especies Amenazadas que aparece en el R.D.439/90, de 30 de marzo que es desarrollo de la Ley 4/89, de 27 de marzo , de Conservación de las Especies Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, era suficiente para entender que su caza o destrucción significaba incurrir en este delito.

Sin embargo en aras del principio de taxatividad y la necesidad de interpretar restrictivamente los ilícitos penales determina que el TS en sentencia 19-5-1999, Pte.Ramos Gancedo, Diego (1999/10313 ,EDE) no admitiese la tesis defendida por el Ministerio Fiscal en el sentido anteriormente explicado. El Tribunal analiza el caso de la caza de un pico picapinos ,catalogada de interés especial. Como bien dice el Tribunal la Ley en su art.29 distingue:

A).Especies en peligro de extinción .Son aquellas cuya supervivencia es poco probable si los factores de su actual situación siguen actuando.

B).Sensibles a la alteración de su hábitat ,especies cuyo hábitat característico está particularmente amenazado , en grave regresión ,fraccionado o muy limitado.

C). Vulnerables , referida a aquellas que corren el riesgo de pasar a las categorías anteriores en un futuro inmediato si los factores adversos que actúan sobre ellas no son corregidos.

D). De interés especial ,cuya inclusión se justifica en atención de su valor científico, ecológico , cultural o por su singularidad.

Esta claro que el grupo a) esta dentro del tipo del art.334 ,es más es la modalidad agravada contemplada en el n° 2 del art.334 CP. Las especies del grupo b) y c) también entrarían en el tipo básico ,dado que son especies amenazadas.

Contrariamente el último grupo a efectos penales no entran porque ni son especies amenazadas ni son en peligro de extinción. Dice la STS. de 19 de mayo de 1999;

“El ave muerta por el acusado está clasificada como de “interés especial” en el catálogo que regula el R.D. 439/1990, que es un registro público de carácter administrativo. Pero, según lo anteriormente argumentado, ninguna constancia existe de que el “pico picapinos” se encuentre catalogado en el tan repetido catálogo por razones que no sean las contempladas por la Ley de su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad, y tampoco de que se trate de una especie amenazada como ocurre con las otras tres categorías legalmente previstas. Entiende esta Sala que la mera inclusión formal en un determinado catálogo no es suficiente para declarar conformado el ilícito penal si no concurre la debida constatación de que el animal de que se trate forma parte de una especie efectiva y objetivamente amenazada. De lo contrario, como con algunas gotas de sorna destaca la doctrina, nos encontraríamos con que cazar algún ejemplar de las cinco especies de sapos, diez especies de lagartijas, nueve de culebras, veintuno de murciélagos o cinco de ranas, serían constitutivos de un delito sancionable con hasta dos años de prisión”.

Por tanto , exige que se demuestre que real y efectivamente está amenazada lo cual sería salvable en el proceso penal con el correspondiente informe pericial ,que puede ser efectuado por el SEPRONA.

La sentencia aunque no le falte razón ha olvidado la existencia del art.335 CP .Es obvio que las especies contempladas como de interés especial no son cazables. Por tanto si no entran en la conducta del art.334 ,deberían entrar en la conducta del artículo siguiente. Pero nunca debería considerarse impune la muerte de una especie protegida ,pues la inclusión en un catálogo no es caprichosa o casual.

Analicemos pues el tipo del art.335 CP que como veremos no ha encontrado el beneplácito jurisprudencial.

El art.335 dice “ *El que cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses*”.

La conducta descrita en el citado precepto es sustancialmente idéntica a la descrita en el artículo 334 del C.P.

Por tanto, la diferencia con el artículo 334 C.P. viene determinada por el objeto de protección y no en la conducta. La dificultad de diferenciación con el artículo 334 radica en la pluralidad de normativa administrativa en donde debemos en la medida de lo posible aclarar si el animal puede ser cazado o no. El art. 334 castiga a quien atente contra especies amenazadas y consecuentemente establece una penalidad sensiblemente superior a la prevista en el artículo 335. El art. 335 es un tipo que va a castigar a quien cace especies no amenazadas, siendo indiferente que estén o no estén en peligro de extinción.

Sin embargo no podemos conceptuar el art. 335 como el tipo que castiga a quien cace o pesque especie no protegida careciendo de autorización, pues tal aseveración llevaría a penalizar toda conducta dejando sin sentido las normas del Derecho Administrativo sancionador. Consecuentemente debemos de hacer una doble delimitación: por un lado excluyendo las especies amenazadas tuteladas en el artículo 334, y por otro lado las meras infracciones administrativas. Por tanto, entendemos que el artículo 335 va a castigar exclusivamente la caza o pesca de especies que, como regla general, no está permitida su captura. Es decir que la normativa autonómica no permite cazar como regla general. Así en Andalucía la Orden de 25 de junio de 1991 por la que se dictan normas sobre la regulación de la caza en el ámbito de la comunidad autónoma de Andalucía declara en su art.16 en relación a las especies de caza mayor que no se pueden cazar con carácter general y salvo autorización expresa. Ente ellas cita las hembras de las especies ciervo ,gamo, corzo, cabra montes,o crias de ciervo. Por tanto aunque el gamo es cazable , no lo es si es una cría en las dos primeras edades o es hembra.

Precisamente la torpeza del legislador en la redacción del precepto ha supuesto que recientemente nuestro Tribunal Supremo se haya visto obligado a determinar que es lo que realmente castiga el art.335 CP. Concretamente la STS de 8 de febrero de 2000 .Pte. Candido Conde-Pumpido Tourón(2000/439,EDE) critica muy duramente el artículo 335

absolviendo al acusado de cazar jilgueros. Dice la STS .” *Cabe dudar de que el tipo delictivo definido en el art.335 del CP cumpla satisfactoriamente la exigencia de certeza , es decir que esté dotado de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la normativa administrativa a que la ley penal se remite, salvaguardando la función de garantía del tipo ...Dada la enorme pluralidad de especies animales existentes...puesta en consonancia con la anómala técnica utilizada de sancionar como delictivo todo lo que no esté expresamente permitido ,crea un amplísimo espacio de inseguridad jurídica, que en la literalidad de la norma ,podría calificar de delictiva la eliminación de insectos, por muy dañosos que fuesen...”*

Las Audiencias se habían dividido sobre este precepto; Así la SAP de Málaga,secc.2ª, de 24 de setiembre de 1998.Pte.José María Muñoz Caparro , condenaba en un caso de muerte por arma semiautomática de hembra y cría de cabra montés) . Sin embargo ya había habido sentencias que alegaban la falta de concreción de la tipicidad del precepto .Es el caso de la SAP de Guadalajara de 12-5-1999(1999/23589 , EDE) .Pte.Serrano Frías Isabel. Esta resolución absuelve por cazar un jilguero y un verderón común .La sentencia absuelve básicamente por las siguientes razones:

a). Falta de concreción por el tipo de la conducta prohibida.

b). No respetar la doctrina constitucional contenida entre otras en la STC 127/90, de 5 de julio sobre normas penales en blanco .Esta doctrina exige como requisito fundamental que la norma delimite de forma clara y precisa lo que está prohibido (núcleo esencial de prohibición) de tal modo que sea nítida la separación ilícito penal – ilícito administrativo.

c). Inseguridad jurídica motivada por la pluralidad normativa existente en el marco de las diferentes comunidades autónomas.

Ciertamente el motivo fundamental del pronunciamiento absolutorio es la falta de concreción del ilícito penal .El legislador debería haber tenido presente la doctrina del TC sobre normas penales en blanco. La STC 120/1998, de 15 de junio recoge como la anteriormente los requisitos para su admisión. Es constitucional que el supuesto de hecho contemplado en el precepto penal no se encuentre totalmente previsto en la norma, requiriendo complementarse en otra norma de naturaleza no penal. De tal modo que el concepto de delito o falta provenga de ambas normativas. No es necesario que la norma no penal tenga que tener rango de ley orgánica, como ya señaló la STC 118/1992 .El complemento normativo puede ser un mero reglamento administrativo como normas de Derecho comunitario .

Lo importante es que “*El núcleo esencial de la infracción ha de ser contenido en la Ley penal remitente*”

Y precisamente la redacción actual del art.335 CP adolece de este aspecto.

El dato de la existencia de una pluralidad de normativa administrativa no debe justificar nunca una sentencia absolutoria. Como ha señalado el TC, nuestra Nación goza de diferentes pluralidades y ente ellas la normativa. Es obvio que la legislación penal es competencia exclusiva del Estado y ha de ser este el que defina el contenido esencial de la prohibición. Pero ello no implica que se exija una monolítica uniformidad por parte de las comunidades autónomas pues ello significaría anular su poder normativo (STC 162/1996 y 142/1988)

Por otra parte, es lógico y necesario que la normativa autonómica sea diversa en una comunidad que en otra porque existen especies que sólo pueden pervivir en esa comunidad autónoma. Así la *erodium cazorlensis* es una especie autóctona de la Sierra de Cazorla. Sería ilógico que la Comunidad autónoma catalana dictase normativas protectoras sobre esta especie.

La sentencia manchega absuelve en definitiva al considerar que no se ha lesionado el bien jurídico y que por tanto estamos ante un ilícito administrativo de ahí que remita testimonio a la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de Castilla –La Mancha.

“ Conclusión necesaria de la previa exposición, ante la falta absoluta de actividad probatoria por la acusación en relación a la incidencia en la conservación de los habitats naturales y la fauna del lugar garante de la biodiversidad de la actuación de caza llevada a cabo por el acusado, no integrándose por tanto ese elemento o plus de gravedad que es exigible para que la conducta exceda del ámbito de la ilegalidad administrativa, elevándose a la categoría de delito, es el preceptivo pronunciamiento absolutorio acorde con la entidad de los hechos objeto de enjuiciamiento, cuya sanción en aras del principio de legalidad y proporcionalidad ha de quedar limitada al ámbito administrativo conforme al art. 33-1º de la Ley 4/1989 de 27 de marzo. A tales efectos, procédase a verificar la presente resolución una vez firme a la Delegación Provincial de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.”

Para finalizar veamos el art.336 CP que va a prohibir la caza o pesca con instrumentos especialmente destructivos:

“El que sin estar legalmente autorizado , emplee para caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna , será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses. Si el daño causado fuera de notoria importancia se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior”

Con este artículo se persigue sancionar penalmente el que utiliza medios de caza que comportan un elevada capacidad destructiva y que pueden afectar a una pluralidad de especies siendo métodos además no selectivos. El precepto cita expresamente el veneno y el explosivo y cuantas artes sean de similar eficacia destructiva. Tanto el veneno como el explosivo presentan los caracteres de ser métodos no selectivos y masivos. El veneno no distingue si la especie es cazable o no y por otra parte su eficacia destructiva es tan elevada que en la mayoría de las veces afecta a especies ajenas como las aves carroñeras.

Este tipo al igual que los anteriores recoge una conducta que ya ha sido objeto de tipificación en la normativa administrativa. El art.34 de la Ley 4/89 de conservación de Espacios naturales establece la prohibición de *“tenencia, utilización y comercialización de todos los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales, en particular venenos o trampas”* . Estos métodos ya se encuentran proscritos en otras normativas como el anexo IV del Convenio de Berna , ratificado el 13 de mayo de 1986 y publicado en el BOE nº235 de 1 de octubre de 1986 o Instrumento de ratificación de la convención sobre la conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres dado el 22 de enero de 1985. Por último citar el Anexo VI del Real Decreto 1997/1995 de 7 de diciembre por el que se establece medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres.

Por tanto , corre el mismo riesgo que los dos preceptos que le preceden . Es decir como existe la dificultad de discernir lo administrativo de lo penal será siempre administrativo. Ya ha habido Audiencias que han dictado sentencia absolutorias haciendo precisamente este razonamiento. Este es el caso de la SAP de Teruel de 5-11-1997 (1997/16320). Pte. M^a Teresa Rivera Blasco. La sentencia revoca la sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal y absuelve por cazar con focos frente a la petición de condena hecha por el Ministerio Fiscal. Dice la Audiencia: *“... Ello lleva a la Sala a una primera reflexión acerca de la necesidad legislativa, impuesta por*

el propio principio de legalidad, de delimitar los tipos penales con suficiente claridad y precisión pues si en ocasiones, como la presente, ya resulta de por sí difícil al Juzgador, profesional del Derecho, establecer si una conducta determinada es o no típica, lo que no puede en modo alguno exigirse al ciudadano, último destinatario de la Ley Penal, es la realización de complejas interpretaciones jurídicas para conocer si una conducta es o no típica, y por ello punible”.

Es de reconocer como señala la Sala la dificultad interpretativa del tipo y la necesidad de respetar el principio de intervención mínima que rige el Derecho Penal. Sin embargo, llama la atención que es precisamente en los delitos medioambientales cuando surgen las más arduas interpretaciones. En nuestro Código Penal hay tipos como la falta del art.636 CP o el tipo del art.379 CP donde se recogen conductas prácticamente idénticas a las que recoge el Derecho Administrativo sancionador y a ningún Tribunal se le ha ocurrido alegar la falta de concreción del tipo para no condenar. Tanto el art.636 CP como el 379 CP son delitos de riesgo en el que ni siquiera se exige resultado alguno, frente a los delitos medioambientales que son en buena parte de resultado.

4.CONCLUSIONES.

La primera reflexión que se desprende de estas resoluciones judiciales es una evidente preocupación pues se produce un divorcio entre realidad y jurisdicción. La necesidad de tutelar el medio ambiente llevó a la Fiscalía General del Estado a dictar la Circular 1/1990 en donde se exponían los riesgos que se observaban y la necesidad de tutelar el medio ambiente;

”...al estar tan gravemente comprometido el medio ambiente, que puede conducir al agotamiento de los recursos acuáticos y espacios naturales, a la degradación del cada vez más contaminado ambiente atmosférico, a la desaparición de singulares especies de la flora y fauna silvestre... obliga al Fiscal General del Estado a solicitar de los Fiscales la plenitud de esfuerzo ... Así , el Ministerio Fiscal, siempre en vanguardia cuando se trata de la defensa de intereses sociales, eliminará el sentimiento de impunidad muy generalizado que late aun en las agresiones al medio ambiente y contribuirá a la conservación y restauración de la realidad ambiental”.

Por tanto aun con la escasez de medios personales y materiales deberemos ante los delitos medioambientales intentar soslayar la torpeza del

legislador y la rigurosidad judicial. En todo caso, las sentencias absolutorias que se dicten en sede penal no deben de acarrear impunidad. Será el momento en que actúen los órganos sancionadores administrativos.

Sentada la línea de actuación de los Tribunales es al legislador al que corresponde en breve modificar estos tipos por cuanto como hemos visto el legislador constitucional exige la tutela penal del medio ambiente. Momento en que deberá plantearse la necesidad de reforzar los medios materiales y humanos no solo de la Administración sino especialmente de la Fiscalía. Es evidente que no se pueden ganar batallas si no existe armamento moderno y eficaz. Han transcurrido ya 10 años de nuestra Circular y todavía no existen Fiscalías especiales de medioambiente. Si no se camina por esta vía, todo intento estará inexcusablemente condenado al fracaso. Ante el interrogante ¿cuál es el futuro?. Ante todo inquietante si no existen reformas legislativas y una mayor atención por parte de los Tribunales ; la sociedad nos lo demanda.

**CINCO INICIATIVAS DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ
DESCONOCIDAS:
la MOMEPE, los Cascos Blancos, el SSRC, la OUA y la MFO
(los Cascos Naranjas)**

Miguel Alía Plana
Capitán Auditor

*Doctor en Periodismo (Universidad San Pablo CEU)
y en Educación (UNED)*

SUMARIO

1.-EL PROCESO DE REGIONALIZACIÓN DE LAS OPERACIONES DE PAZ.
2.-LA MISIÓN DE OBSERVADORES MILITARES ECUADOR-PERÚ: LA OPERACIÓN FRONTERAS SEGURAS. A.-Primera Fase de las Actividades de la MOMEPE (10 de marzo a 22 de agosto de 1995) . B.-Segunda Fase (22 de agosto de 1995 a 17 de febrero de 1996) . C.-Tercera Fase (17 de febrero de 1996 a 26 de octubre de 1998) . D.-Cuarta Fase: Consolidación de la Paz (26 de octubre de 1998 a julio de 1999) . E.-Engarce con el Sistema de Seguridad Hemisférica de la OEA.
3.-LOS CASCOS BLANCOS. 4.-EL SISTEMA DE SEGURIDAD REGIONAL CARIBEÑO (SSRC). 5.-LA ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA (OUA). 6.-LA FUERZA MULTINACIONAL DE PAZ Y OBSERVADORES (MFO) EN SINAI: LOS CASCOS NARANJAS

1.- EL PROCESO DE REGIONALIZACIÓN DE LAS OPERACIONES DE PAZ

Las transformaciones de la Postguerra Fría, las expectativas que produjeron en Naciones Unidas, sus fracasos en Somalia, Ruanda y Yugoslavia

via, así como su crisis económica, indujeron un fenómeno nuevo en las misiones de paz: su regionalización. Se entiende por tal el proceso de cesión de las iniciativas, constitución, despliegue y gestión, en suma, de las misiones de paz por organizaciones internacionales de carácter regional, tipo OSCE, UE, etc. La explosión de las nuevas responsabilidades asignadas a las misiones multifuncionales es, sin duda, otro de los factores a tenerse en cuenta para justificar este proceso, junto con el tipo de conflictos que se pretenden solucionar (sobre todo interestatales), que han llevado a Naciones Unidas a una situación de *estrés funcional* cercano a la ineficacia. Podemos citar como ejemplo el relevo de la UNPROFOR por la IFOR en Yugoslavia: tras la paz de Dayton (1995), se precisó el despliegue de una fuerza con una dotación de aproximadamente 60.000 militares, en un esfuerzo que Naciones Unidas no habría podido acometer en solitario sin llegar al colapso.

La Organización, en su *Agenda for Peace*, justifica el valor de la gestión de estas misiones por las organizaciones regionales, ya que suponen una optimización del mantenimiento de la paz, basada en principios de gestión institucional: descentralización, delegación e inmediatez con la crisis(1). El sistema por el que se ha optado se caracteriza por su realismo y su pragmatismo: a pesar de los requerimientos que Naciones Unidas exige a las organizaciones regionales, en cuanto a los mínimos que deben cumplir para recibir un *encomienda de gestión* de una misión de este tipo, no todas se han adaptado ni tampoco lo han hecho en la misma medida. Naciones Unidas ha preferido no fijarse en los detalles para

(1).-En 2001 mediante un informe de la Asamblea General, la Organización recalca la importancia de la cogestión de las operaciones de paz, mediante organizaciones regionales. Entre los temas claves que se recalcan, destacaban los siguientes aspectos de las operaciones de paz: los asuntos humanitarios; actividades de consolidación de la paz; información pública; desarme; desmovilización y reinserción; cuestiones de género; derechos humanos, y seguridad del personal, para lo cual era preciso establecer un enlace estratégico con las organizaciones y arreglos regionales y subregionales para fomentar su capacidad de mantenimiento de la paz y sus medios de cooperación con las Naciones Unidas. También se destacaba la necesidad de abordar, por parte de la Secretaría, un sistema efectivo que permitiera el establecimiento de relaciones con otros posibles asociados para el mantenimiento de la paz, en particular los acuerdos y organizaciones regionales y subregionales. La Secretaría podría compartir un importante volumen de experiencias y conocimientos adquiridos con dichas organizaciones, que actualmente están formando incipientes capacidades de mantenimiento de la paz, y asimismo podría aprender de ellas. Cf. Asamblea General, 1 de junio de 200, Quincuagésimo quinto período de sesiones, Tema 86 del programa Examen amplio de toda la cuestión de las operaciones de mantenimiento de la paz en todos sus aspectos Aplicación de las recomendaciones del Comité Especial de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y del Grupo sobre las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas; Informe del Secretario General, en <http://www.un.org>.

atender solamente a los objetivos alcanzados, como ha sido, por ejemplo, su comportamiento en el caso de la Federación Rusa o de ciertas organizaciones regionales africanas. Naciones Unidas conocía perfectamente a sus socios y sabía en todo momento con quién negociaba. Por otra parte, el realismo se ha manifestado también en el aprovechamiento de organizaciones regionales preexistentes, algunas de las cuales, en su origen, no estaban llamadas a desempeñar ningún papel en temas de seguridad y defensa(2).

Naciones Unidas, a través de su Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz (DPKO), se puso en contacto con 16 organizaciones regionales, en marzo de 1999, con el fin de establecer vínculos funcionales e ideológicos para una cogestión de las misiones de paz, y dedujo varias conclusiones(3). Así, respecto al marco jurídico, Naciones Unidas centra estos vínculos de cooperación en la Carta. Su art. 52 esta-

(2).- Hasta el momento, las organizaciones que se citarán a continuación han participado en el proceso de regionalización. A la lista se deben añadir Estados Unidos, la Federación Rusa y algunas coaliciones estatales. Son las siguientes:

- Organización para la Unidad Africana (Organization of African Unity, OAU).
- Unión Económica y Aduanera Centrafricana (Central African Custom and Economic Union, CACEU).
- Comunidad Económica de Estados Occidentales Africanos (Economic Community of West African States, ECOWAS).
- Autoridad Intergubernamental para el Desarrollo (Intergovernmental Authority on Development, IGAD).
- Comunidad Sudafricana de Desarrollo (Southern African Development Community, SADC).
- Asociación de Naciones Sudasiáticas (Association of South Asian Nations, ASEAN).
- Organización para la seguridad y cooperación en Europa (Organization for Security and Cooperations in Europe, OSCE).
- Unión Europea (European Union, EU).
- Unión Europea Occidental (West European Union, WEU).
- Comunidad de Estados Independientes (Commowalth of Indepent States, CIS).
- Cooperación Económica del Mar Negro (Black Sea Economic Cooperation, BSEC).
- Organización de Estados Americanos (OEA).
- Comunidad Caribeña (Caribbean Community, CC).
- Comité Consultivo Legal Afro-asático (Asian African Legal Consultative Committee, AALCC).
- Secretaría de la Comunidad Británica (Commomnwealth Secretary, CS).
- Liga de Estados Arabes (League of Arab States, LAS).
- Organización del Atlántico Norte (North Atlantic Treaty Organization, NATO).
- Organización de la Conferencia Islámica (Organization of the Islamic Conference, OIC).

(3).-“Cooperations between the United Nations and Regional Organizations/Arrangements in a peacekeeping enviroment”, marzo de 1999, en <http://www.un.org/Depts/dpko/lessons/regcoop.htm>.

blece la posibilidad de crear organizaciones regionales para la gestión de los asuntos específicos de área o región concreta, especialmente los de seguridad y mantenimiento de la paz, de acuerdo con el derecho a la legítima defensa de los Estados (art. 51). Naciones Unidas, como organización internacional suprema, tutela estas agencias regionales en sus acciones de fuerza, que no pueden adoptarse sin el consentimiento del Consejo de Seguridad (art. 53).

Una vez presente la posibilidad de la cooperación regional, se dictaron varios documentos al respecto(4) y se definieron modalidades de vínculos como marcos de relación. Hasta el momento se han planteado los siguientes: creación de asesorías; apoyo diplomático a iniciativas locales(5); apoyo operacional(6); codespliegue(7); y creación de operaciones conjunto-combinadas regionales(8).

Para la Organización, la regionalización puede ser un instrumento muy útil para la gestión de la Postguerra Fría, dada la inmediatez de las *organizaciones menores* respecto al teatro de operaciones y su *conocimiento directo de la situación política en que se debe actuar*(9). Se ha destacado su mayor flexibilidad en la localización y movilización de recursos, frente al problema que plantea la bancarrota de Naciones Unidas, así como su mayor rapidez en el despliegue de fuerzas en el teatro de operaciones. La acción de Naciones Unidas, vinculada con estas organizaciones regionales, podría realizarse mediante una técnica de *doble escalón*. El *primer escalón* estaría formado por la organización regional y constituiría la acción inmediata en el teatro de operaciones; Naciones Unidas formaría el *segundo escalón*, que consistiría en una actividad de tutela, dirección de la misión por objetivos y legitimación(10).

Este sistema, aparentemente sin ninguna fisura, ha sido enjuiciado por CLARK, que ha destacado las siguientes ventajas y desventajas al

(4).-Declaración del Consejo de Seguridad, de 16 de septiembre de 1998 (S/PRST/1998/28)); Resolución 1197 del Consejo de Seguridad, de 18 de septiembre de 1998; Declaración del Consejo de Seguridad, de 30 de noviembre de 1998 (S/PRST/1998/35).

(5).-Como ha sido el caso de la mediación de la Liga Árabe en el caso de Somalia.

(6).-Como ha sido el caso de la cobertura aérea prestada por la OTAN a la UNPROFOR en Yugoslavia.

(7).-Como en el caso de la Comunidad de Estados Independientes en Tayikistán.

(8).-Como ha sido el caso de la Organización de Estados Americanos en Haití, con ocasión de la MICIVIH (International Civilian Mission in Haiti, Misión Civil Internacional en Haití)

(9).-"Cooperations between the United Nations and Regional Organizations/Arrangements..." , op. cit., puntos 28, 29 y 30.

(10).-Ibid., puntos 33 a 35.

respecto(11). En cuanto a las primeras, cada organización regional posee una única estructura, propósito e identidad. En general, ofrecen por ello varias ventajas. En primer lugar, sus miembros son los primeros en sufrir directamente las consecuencias de la inestabilidad regional. Deben correr con el esfuerzo de prestar apoyo a refugiados, se constituyen, quieran o no, en *santuarios* para las acciones insurreccionales que se desarrollan en países vecinos, aumentan sus gastos de defensa, y soportan el abandono de las inversiones extranjeras cuando las grandes corporaciones industriales deciden que la región es demasiado arriesgada para sus capitales. Los miembros de las organizaciones regionales tienen un interés vital en detener y preservar sus áreas de dominio de situaciones de inestabilidad, por lo que en general, una de sus prioridades más comunes es el establecimiento de medidas de solución de controversias. En segundo lugar, estos Estados se encuentran en una situación de sintonía cultural y política con las partes en conflicto, poseen una misma etnia e incluso hablan un mismo lenguaje. En algunos casos, las relaciones personales de sus líderes han propiciado un ambiente de confianza y diálogo basado en el prestigio personal, que ha resultado una de las más efectivas herramientas de gestión de la crisis, ante la lentitud de respuesta por parte de Naciones Unidas(12). En tercer lugar, las organizaciones regionales pueden poseer una mayor legitimación para su intervención local que una organización lejana y políticamente dominada por países occidentales, como Naciones Unidas, según la mentalidad de las partes implicadas, generalmente ex colonias de las potencias occidentales.

Mientras las ventajas parecen ser suficientes, las desventajas también son importantes, algunas en grado sumo. Así, podemos destacar que alguna de estas organizaciones regionales sufren en una situación financiera peor incluso que Naciones Unidas. Mientras que la OTAN o la UEO mantiene una sólida situación económica, la OEA o la OUA se encuentran bajo mínimos funcionales. No podría ser de otra manera, si se piensa: las organizaciones regionales solventes están formadas por Estados solventes, y las organizaciones

(11).-CLARK, John S., *Keeping the peace: regional organizations and peacekeeping*. Alabama: School of Advanced Airpower Studies, Air University, 1996, ps. 22 y sis.

(12).-Como ha señalado ANYIDOHO, Jefe de la fuerza de Naciones Unidas en Ruanda...el mayor obstáculo que limita la actuación de Naciones Unidas en lo militar es la falta de una respuesta positiva y adecuada por parte de sus miembros cuando los síntomas de la crisis empiezan a manifestarse. A menudo, la ayuda llega demasiado tarde, cuando también es demasiada la excitación y el enfrentamiento entre las partes implicadas. Es como si el coche de los bomberos llegara después de haberse consumido el mercado por el fuego. Su eficacia se pierde con demasiada frecuencia. Cf. ANYIDOHO, Henry, *The role of the United Nations*, El Cabo: Institute of Defense Policy/South African Institute of International Affairs, 1995.

insolventes, por Estados del Tercer o Cuarto Mundo. Además, las organizaciones regionales tienden a sufrir una merma considerable en su imparcialidad ante la gestión de la crisis, con frecuencia toman partido, con lo cual la credibilidad de sus misiones militares se ve afectada profundamente. Existe, en la práctica, una línea muy sutil para distinguir acciones o misiones de ayuda humanitaria o de imposición de la paz otras de carácter imperialista, como pueda ser el caso de Estados Unidos respecto a Iberoamérica o de la Federación Rusa en relación con las antiguas repúblicas soviéticas.

Por último, cabe destacarse que en estas organizaciones participan Estados sin formas políticas democráticas, que no comprenden el sentido final de una misión de este tipo. Los sistemas en la toma de decisiones de estas organizaciones (salvo las occidentales) tampoco son perfectos desde el punto de vista democrático, es más, con frecuencia las decisiones se adoptan por vía de consenso y no de votación, de tal manera que si el consenso se rompe, la misión se pone en peligro.

Naciones Unidas ha señalado, asimismo, unos mínimos que deben cumplirse inexcusablemente para que la colaboración sea efectiva y legítima. Su control ha de ser real; la colaboración no exime a los actores regionales de su responsabilidad; las responsabilidades particulares deberán estar definidas con claridad; los Mandatos que originan las misiones deben ser claros y concisos; debe establecerse y mantenerse a toda costa una línea de comunicación permanente entre los actores regionales y Naciones Unidas; debe evitarse la duplicación de esfuerzos; mantenerse una unidad de propósito, doctrina y formación; es requisito *sine qua non* un nivel militar aceptable en los actores regionales y se deben respetar a toda costa, en las actuaciones concretas, los derechos humanos y el Derecho Humanitario Bélico(13). Estos mínimos no se han cumplimentado en diversas ocasiones, lo cual ha producido un descrédito de las misiones de paz regionales.

Visto todo lo anteriores, examinaremos varias operaciones de paz realizadas por organizaciones regionales.

2.- LA MISIÓN DE OBSERVADORES MILITARES ECUADOR-PERÚ: LA OPERACIÓN FRONTERAS SEGURAS

Los orígenes del conflicto fronterizo entre Ecuador y Perú se remontan al momento en que la corona española, en 1802, dispuso un cambio de

(13).- "Suggested principles and mechanisms to enhance cooperation between the UN and Regional Bodies, A.-Suggested principles to enhance cooperation", op. cit., p. 10.

administración provincial, de tal manera que algunos territorios que hasta ese momento estaban bajo la jurisdicción de Quito, pasaron a depender del gobierno de Lima. Una vez independizados Ecuador y Perú, las antiguas diferencias territoriales que habían enfrentado a las autoridades virreinales españolas se convirtieron en asuntos internacionales. Ecuador sostenía, frente a Perú, que los límites territoriales iniciales fueron siempre los que correspondían a la antigua Audiencia de Quito, fijados por Real Cédula del 15 de agosto de 1563, contra lo establecido en 1802. Estos comprendían Tumbes, Jaén e incluso Mainas.

El 6 de julio de 1936, Ecuador y Perú firmaron un acta por la cual las diferencias territoriales se llevarían a un arbitraje *de Derecho*. Los dos países debían mantener sus posiciones hasta el término de las negociaciones que se realizarían en Washington, pero no se llegó a un acuerdo. A partir de ese momento, tropas ecuatorianas se apoderaron de las islas Matapalo y Noblecillas y de la Meseta del Caucho. En diciembre de 1940, Perú alertó a sus tropas que ocupaban la región amazónica y se dispuso a entrar en guerra. En la zona comprendida por la costa del Pacífico, el río Zarumilla, isla Noblecilla y la provincia ecuatoriana de El Oro, tuvieron lugar los principales combates. La acción terrestre peruana fue apoyada por los buques ecuatorianos que atacaron Puerto Bolívar, que fue tomado por tropas aerotransportadas. En este sector, el fuego cesó el 31 de julio de 1941.

La participación de la Argentina, el Brasil, Chile y los Estados Unidos detuvo la guerra. Estos Estados destacaron seis observadores militares en la zona de operaciones, que, junto a dos representantes de Ecuador y Perú, firmaron el 2 de octubre de 1941, el *Acta del Acuerdo de Talara*, en el que se regularon los siguientes puntos:

- Establecimiento de una zona desmilitarizada.
- Fijación de los límites de los efectivos militares.
- Compromiso de no emprender nuevas operaciones bélicas ni patrullajes terrestres, aéreos o navales.

Las relaciones entre ambos países se regulaban mediante dos instrumentos internacionales:

- El *Protocolo Ecuatoriano-Peruano de Paz, Amistad y Límites*, suscrito el 29 de enero de 1942, en la ciudad de Río de Janeiro, como resultado de la mediación de Argentina, Brasil, Chile y Estados Unidos, denominados *Países Garantes*.

- El *Fallo Arbitral de Braz Dias de Aguiar* (julio de 1945). Los artículos quinto y séptimo del Protocolo habilitaron al *Capitán de Mar y Gue-*

rra brasileño Braz Días de Aguiar para analizar, técnicamente, sus aspectos en los que las diferencias entre ambos actores no se redujeran satisfactoriamente.

En 1960, Ecuador declaró que el Protocolo le había sido impuesto *por la fuerza* y que era inejecutable, mientras que Perú mantuvo que era *totalmente válido*. La tensión permaneció latente en las últimas décadas, reavivándose el conflicto a comienzos de 1995. Todavía en esta fecha, cincuenta y tres años después de suscrito, Ecuador continuaba considerando inejecutable el Protocolo, en la región fronteriza con Perú, concretamente en el sector comprendido entre la confluencia de los ríos Yaupi y Santiago hasta el punto Cunhuime Sur, en la Cordillera del Cóndor, lo cual fue motivo continuo de roces con el gobierno peruano. La frontera quedó demarcada casi en su totalidad. De 1.740 km, sólo quedaron 78 km. sin definir. El área del conflicto estaba localizada en la denominada cordillera del Cóndor, en la Provincia ecuatoriana de Zamora Chinchipe, en donde se descubrió lo que se conoce como *error geográfico esencial*. En 1947, en forma inesperada para los peritos, apareció el caudaloso río Cenepa, de 200 km. de largo, que no constaba en el protocolo, por lo que quedaron dos fronteras posibles para demarcar: entre el Zamora y el Cenepa, y entre el Cenepa y el Santiago(14). Nuevamente, a comienzos de 1995, comenzaron los enfrentamientos, cuando Ecuador ocupó, en medio de la selva amazónica, distintos enclaves fronterizos al parecer peruanos, pero sobre los que no podía, dada lo salvaje del terreno, llevar a cabo un control efectivo. Las operaciones de combate comenzaron con ataques aéreos y terrestres en el área del Cenepa y en la confluencia de los ríos Santiago y Yaupi. Durante seis semana, peruanos y ecuatorianos consiguieron introducir más de 5.000 soldados en un área de 70 kms de jungla particularmente densa. Mientras tanto, una movilización general llevó a un despliegue de seis divisiones peruanas a lo largo de la costa y el equivalente a cuatro brigadas ecuatorianas en su frente inmediato. Con las escuadras en la mar y los combates terrestres en la región del Cenepa, el peligro de una escalada era muy grave(15). Los *Estados Garantes* de 1942 mediaron de nuevo en la cuestión. Como resultado de su inter-

(14).-Para una mayor información sobre este conflicto, cf. Palmer, David S., "Peru-Ecuador border conflict: Missed opportunities, misplaced nationalism, and multilateral peacekeeping", *Journal of Interamerican Studies*, 1997.

(15).- "Operación Fronteras Seguras: testimonio que añade información sobre la ruta de las presiones norteamericanas", *Caretas Ilustración peruana*, en <http://www.caretas.com.pe/1430/fronteras/fronteras.htm>; y Marcella, Gabriel, "War and peace in the Amazon: Strategic implications for the United States and Latin America of the 1995 Ecuador-Peru War", *Strategic Studies Institute, United States Army War College*, 1995, en <http://carlisle-www.army.mil/usassi/ssipubs/pubs95/amazon/amazon.txt>.

mediación se suscribió el 17 de febrero de 1995, en Brasilia, la *Declaración de Paz de Itamaraty entre Ecuador y Perú*(16). Este documento, en su artículo 1, establecía que las Partes aceptaban el ofrecimiento de los *Países Garantes* el enviar una *misión de Observadores Militares con el propósito de velar por la estricta aplicación de los compromisos establecidos en los numerales 2 (Separación de Fuerzas), 3 (Establecimiento del Área Desmilitarizada) y 5 (Desmovilización) de la Declaración*. Se creaba, así, la *Misión de Observadores Militares Ecuador-Perú* (MOMEPE) que debía actuar en el seno de la *Operación Fronteras Seguras*. En la *Definición de Procedimientos-MOMEPE I* acordada como consecuencia del Tratado de Brasilia, el 10 de marzo de 1995, se reguló su funcionamiento(17).

Su primer contingente llegó a la zona de operaciones, en Patuca (Ecuador) el 12 de marzo de 1995. En esta misma fecha, se abrió una oficina en Bagua (Perú) para enlace y apoyo, con un *Coordinador de la Misión*, General de División del Ejército Brasileño Cándido Vargas Freire, diez *Oficiales Observadores* y un médico de cada país garante, sobre los cuales el *Coordinador* ejercía su control operacional. Para apoyo de las operaciones, Estados Unidos envió cuatro helicópteros UH 60 *Black Hawk* y Brasil un C-98 *Caravan*. La duración inicial de la MOMEPE era de tres meses (hasta el 10 de junio de 1995), pero se prorrogó tres meses más, mediante la reconversión de la MOMEPE (conocida desde ese momento como MOMEPE I) en la MOMEPE II. El 22 de agosto de este mismo año fue acordada una nueva *Definición de Procedimientos-MOMEPE II*, entre Ecuador y Perú y los cuatro *Países Garantes*(18). En este mismo documento se estableció que la duración de la MOMEPE II sería del 22 de agosto al 20 de noviembre de 1995, pudiendo prolongarse en los términos del artículo 1 de la *Declaración de Paz de Itamaraty*, o sea, hasta la conquista definitiva de la paz entre Ecuador y Perú.

(16).-Cf. "Guerra entre Perú y Ecuador", en <http://www.ejercito.mil.ar>.

(17).-HILLER, Steve, "Military Observer Mission-Ecuador and Peru (MOMEPE) and JTF Safe Border", Center for Army Lessons Learned, January-February, 1996, en http://call.army.mil/call/nftf/jan_feb.96/chpt6.htm; BUSH, Hans E., "MOMEPE: un nuevo enfoque a un antiguo problema", *Military Review*, en <http://www-cgsc.army.mil/milrev/spanish/marapr97/bush.htm>; IDE, Douglas, "M-O-M-E-P spells peace", *Soldiers*, vol. 51, n° 2 (febrero de 1996), en <http://www.dtic.mil/soldiers/feb96/p31.html>.

(18).-Cf. "Ejército del Perú", en <http://www.ejercito.mil.pe/>. Su tenor literal es el siguiente (art. 1) ...El objetivo de esta Definición de Procedimientos es cumplir con lo dispuesto en la Declaración de Paz de Itamaraty entre Ecuador y Perú. De fecha 17 de febrero de 1995, en relación con la presencia de la Misión de Observadores Militares Ecuador-Perú (MOMEPE) que los Países Garantes han ofrecido renovar en conformidad con las modificaciones definidas a continuación y de acuerdo con la nueva fase del proceso de paz, lo cual ha sido aceptado con satisfacción por las Partes.

El apoyo logístico aéreo norteamericano se prestó hasta el 25 de noviembre de 1997, momento en el que *Grupo de Apoyo* se convirtió en multinacional, bajo dirección de Brasil, que pasó a coordinar por intermedio del *Coordinador del Grupo de Apoyo* más las oportunas secciones de operaciones, logística, y apoyo aéreo de Ejército brasileño, que aportaría diez pilotos, un oficial de mantenimiento y diez mecánicos de vuelo. El apoyo y mantenimiento en tierra pasó a ser prestado directamente por la empresa constructora de los helicópteros Sikorsky, de acuerdo al contrato firmado con la *Dirección de material de Aviación* del Ejército brasileño(19). El *Subcoordinador del Grupo de apoyo* pasó a ser rotativo entre Argentina y Chile (6 meses cada país) y se crearon distintas secciones en la zona operaciones, que también pasaron a ser multinacionales:

A.-PRIMERA FASE DE LAS ACTIVIDADES DE LA MOMEPE (10 DE MARZO A 22 DE AGOSTO DE 1995)

Cuando la MOMEPE se desplegó en el área de operaciones, aún se producían encuentros armados. La región del Alto Cenepa, teatro del conflicto de 1995, es muy montañosa y selvática, las fuerzas de Perú y Ecuador todavía se encontraban en *dispositivo de combate*; la guerra se caracterizaba por la acción de pequeñas patrullas que deambulaban por la selva a través de las *picas* (trochas) que ellas mismas abrían en la selva. Los encuentros se producían cuando dos de estas patrullas se encontraban. Las bases de operaciones eran muy precarias y los abastecimientos se realizaban por helicópteros. No había una línea de contacto definida, las fuerzas oponentes ocupaban complejos dispositivos en la selva, siempre a la expectativa de combate. La MOMEPE tuvo en esta fase, como misiones básicas, la supervisión del cese de fuego, la separación de fuerzas, la desmovilización y la creación de un área desmilitarizada. De acuerdo con las observaciones propias, las informaciones solicitadas y las proporcionadas por el Ecuador y por el Perú, se fue elaborado un documento denominado *Concepto para las Operaciones de la MOMEPE* y un *Plan de Separación de Fuerzas*, objetivo y detallado, que establecía etapas distintas y medidas

(19).-WEIDNER, Glenn R., "MOMEPE's Legacy: A New Peace, a brighter future", en <http://www-benning.army.mil/usarsa/ACADEMIC/MOMEPE's%20Legacy.htm>; y del mismo autor, "Peacekeeping in the upper Cenepa Valley: a regional response to crisis", Papers by U.S. Army School of the Americas' students, en <http://www-benning.army.mil/usarsa/ACADEMIC/MOMEPEPNDU.HTM>. En cuanto al personal, el total se desglosa de la siguiente forma: Brasil, 65; Estados Unidos, 19; Argentina, 14; Chile, 11; Ecuador, 9; Perú, 9.

de seguridad para la retirada de las tropas. Este plan fue cumplido rigurosamente. La MOMEPE elaboró, supervisó y coordinó su ejecución, y a partir de entonces se instaló, permanentemente, en el Destacamento ecuatoriano de Coangos y en el Puesto de Vigilancia peruano PV 1, desde donde realizaba patrullas aéreas y controlaba los puntos de destino de las fuerzas que se retiraban, contabilizando hombres y armas.

B.-SEGUNDA FASE (22 DE AGOSTO DE 1995 A 17 DE FEBRERO DE 1996)

El 22 de agosto de 1995 fue suscrita la *Definición de Procedimientos-MOMEPE II*, que pasó a regir la misión, con lo cual se iniciaba una nueva fase de actividades. Esta definición de procedimientos establecía el plazo de funcionamiento para la MOMEPE II hasta el 20 de noviembre de 1995, con posibles prórrogas sucesivas. En esta fase, fue constituido el *Comité Consultivo Superior de la MOMEPE (CCS/MOMEPE)*, formado por el *Coordinador General*, su *Estado Mayor* y los *Oficiales Generales de Enlace* de Ecuador y Perú, que a través de una reunión mensual, pasó a discutir asuntos de interés de la MOMEPE y de las Partes y su informe final, elevado a los *Altos Funcionarios de los Países Garantes*, que era un documento de seguimiento de las actividades, puntos de fricción y arreglos llevados a cabo por la misión.

En agosto de 1995, la tensión aumentó en el norte de la *Zona Desmilitarizada* en la región, comprendida entre el punto Yaupi/Santiago, en la confluencia de estos dos ríos y el punto Cusumaza/Bumbuiza, donde los Puestos de Vigilancia del Perú Cahuide, Tambilo, Chiqueiza, Inca Roca y Pachacutec, se encontraban a poca distancia de los Destacamentos del Ecuador Soldado Monge, Teniente Ortiz, Etza Viejo y Etza.

Una vez más la MOMEPE, atendiendo a un documento de los *Altos Funcionarios*, planificó y ejecutó una separación de fuerzas. Fue creada, a partir del 20 de septiembre de 1995, una nueva área bajo la responsabilidad de la misión, denominada *Zona Alfa*, donde las Partes podrían mantener sus Puestos, con efectivos máximos y equivalentes y armamento (individual y 40 cartuchos por arma) controlados por la MOMEPE y siempre dentro de sus instalaciones. Con esta responsabilidad, la MOMEPE realizaba constantes verificaciones aéreas y locales para el control periódico de efectivos y armamento.

Hasta el final de este período, en medio de muchas denuncias de invasión del espacio aéreo y terrestre por ambas Partes, la misión mantenía el equilibrio y la paz en las áreas de su responsabilidad, a través de patrullas

aéreas y sus *Centros de Operaciones Permanentes* (COP) de COANGOS y PV1, en el *Área Desmilitarizada*, así como con sus verificaciones aéreas y locales en la *Zona Alfa*.

C.-TERCERA FASE (17 DE FEBRERO DE 1996 A 26 DE OCTUBRE DE 1998)

El inicio de esta fase se caracteriza por el proceso de integración entre las Partes, propiciado por la MOMEPE. A partir del 17 de febrero de 1996, el número de observadores de los *Países Garantes* se reduce a cuatro por país y Ecuador y Perú pasan a disponer de nueve cada uno. Se inicia, también, el incremento de medidas para incentivar la confianza mutua entre las Partes, tales como visitas e intercambio de información. En los años 1996, 1997, y el primer semestre de 1998, la MOMEPE consiguió que en la zona de operaciones reinara la calma, mientras las instancias políticas y diplomáticas avanzaban en el proceso definitivo de paz.

Esta situación se mantuvo hasta enero de 1998: una nueva escalada de tensión surgió, al sur del *Área Desmilitarizada*, con intensificación de patrullajes y avances de los Puestos de Vigilancia y Destacamentos de las dos Partes. El 13 de agosto de 1998, la situación se tornó crítica y a punto de que se iniciara un nuevo conflicto armado; una vez más la MOMEPE fue llamada a intervenir a través del documento acordado entre las Partes, que implantaba la *Zona de Control*, previa la inmediata separación de fuerzas. En menos de ocho días, las fuerzas fueron separadas y retiraron sus efectivos a sus cuarteles de origen.

D.- CUARTA FASE: CONSOLIDACIÓN DE LA PAZ (26 DE OCTUBRE DE 1998 A JULIO DE 1999)

Esta fase se caracteriza por dos hechos importantes. El primero se refiere al cumplimiento del acuerdo de Paz de Brasilia. La MOMEPE prosiguió con sus misiones de patrullajes aéreos y los *Centros de Operaciones Permanentes* en el *Área Desmilitarizada*, de verificaciones aéreas y locales en la *Zona Alfa* y en la *Zona de Control*, iniciadas a partir de septiembre de 1998. En estas operaciones no fue constatada ninguna infracción a los acuerdos de paz, así como también, a partir de la fecha de la suscripción de paz de Brasilia, ninguna denuncia fue presentada por las Partes a las reuniones del *Comité Consultivo Superior de la MOMEPE*, lo cual demostraba la voluntad de Ecuador y de Perú de una rápida y segura aproximación en el área militar.

El segundo hecho se refiere a la nueva misión impuesta a la MOMEF por los *Altos Funcionarios de los Países Garantes*: realización de *verificaciones aéreas y certificaciones*, a través de actas, del desminado asociado a la colocación de los hitos fronterizos. Este trabajo, que pasó a ser prioritario finalizó el 12 de mayo, cuando fueron suscritas las actas correspondientes al desminado y verificada el área donde fueron colocados los dos últimos hitos fronterizos, con lo cual terminaba la misión. El 26 de octubre de 1998 se firmaban, por Ecuador y Perú, la definitiva línea fronteriza y se retiraba la MOMEF.

E.-ENGARCE CON EL SISTEMA DE SEGURIDAD HEMISFÉRICA DE LA OEA

Esta operación puede entenderse desde un doble punto de vista. Así, por un lado, nos encontramos con una misión de observación realizada a iniciativa de un grupo de Estados, bajo liderazgo estadounidense, con legitimación y apoyo prestados por la Organización de Estados Americanos (OEA). Por otro, se enmarca entre las medidas de confianza del Sistema de Seguridad Hemisférico, tal y como ha declarado la *Segunda Conferencia de la OEA sobre Medidas de Fomento de la Confianza y la Seguridad*, celebrada en Santiago de Chile del 8 al 10 de noviembre de 1995(20).

3.-LOS CASCOS BLANCOS

Esta iniciativa, adoptada por la OEA en 1995 y patrocinada en su práctica totalidad por el gobierno argentino, fue impulsada por la *Cumbre de las Américas*(21) (diciembre de 1994) como un esfuerzo regional de la organización para apoyo a actividades de asistencia humanitaria(22).

(20).-Cf. <http://www.ser2000.org.ar/articulos-revista-ser/revista-9/oea1pm.htm>.

(21).-Cf. Cumbre de las Américas, Plan de Acción, en http://www.ftaa-alca.org/ministerials/plan_s.asp; y también <http://www.cascosblancos.org.ar>. Su tenor literal es el siguiente: La "Iniciativa de los Cascos Blancos" se basa en la convicción de que un esfuerzo internacional concertado de los países desarrollados y en desarrollo puede facilitar la erradicación de la pobreza y fortalecer la capacidad de respuesta humanitaria rápida de la comunidad internacional a las necesidades de emergencia humanitarias, sociales y de desarrollo. Los países de las Américas podrían ser pioneros de esta iniciativa mediante la creación de cuerpos nacionales de voluntarios que podrían responder a los llamados de otros países de la región. Esos cuerpos nacionales podrían ponerse eventualmente a la disposición de las Naciones Unidas. Los gobiernos, en forma voluntaria: Establecerán, organizarán y financiarán un cuerpo de voluntarios para trabajar a nivel nacional y que, a la vez, estén a la disposición de otros países del Hemisferio y, eventualmente, del sistema de las

Los *cascos blancos* están formados por voluntarios especializados (militares, civiles y policías), organizados por distintos países de la *comunidad hemisférica* (ambas Américas) para prestar asistencia humanitaria en casos de emergencias extremas. La *Oficina del Secretario General Adjunto* de la OEA es la responsable de su coordinación y seguimiento(23) y asignó a la *Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral* de la misma organización (SEDI) la ejecución de sus actividades.

El 1 de julio de 1999 la *Secretaría General* y el *Banco Interamericano de Desarrollo* (BID) firmaron un convenio de *cooperación técnica no reembolsable* para el establecimiento del *Programa sobre Voluntariado para la Asistencia Humanitaria en América Latina*, orientado al apoyo de actividades para la consolidación institucional de la *Iniciativa Cascos Blancos* en la región iberoamericana. Los recursos asignados financiarían proyectos específicos de voluntariado de asistencia humanitaria y desmilitarizado en Bahamas, Barbados, Costa Rica, Jamaica, Panamá, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay, Belice, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Angola, Ruanda y Líbano.

El *Programa* se ejecuta de manera conjunta con la *Comisión Cascos Blancos de Argentina* (CCBAR) y sus esfuerzos son complementarios con los que realizan otras organizaciones de asistencia humanitaria hemisférica. Las acciones, en etapa de preparación contemplan, entre otras, la prevención de situaciones de emergencia y acciones operativas para afrontarlas; actividades de alivio y reconstrucción posterior a catástrofes a escala nacional y regional; asistencia a poblaciones afectadas por enfermedades

Naciones Unidas, como cuerpo de reserva, para la prevención, alivio, rehabilitación y cooperación técnica, social y para el desarrollo, con el objeto de reducir los efectos de los desastres naturales y de las necesidades y emergencias sociales y de desarrollo. A través de la creación de un cuerpo nacional de voluntarios, se encargaran de lo siguiente: Seleccionar y capacitar a su cuerpo nacional de voluntarios. Financiar el cuerpo nacional de voluntarios, alentando la participación del sector privado. Estar preparados para enviar de inmediato, y a solicitud de las Naciones Unidas, voluntarios especializados para hacer frente o prevenir situaciones generadas por desastres naturales y emergencias humanitarias. Contribuirán a la formación de este cuerpo e invitaran a las empresas, las fundaciones y las instituciones financieras regionales del sector privado a que hagan lo mismo. Contribuirán a la elaboración de una lista internacional de voluntarios que se conservara en un plan maestro de las Naciones Unidas al que se recurrirá para complementar las actividades de los mecanismos existentes de dicha organización. Deberá invitarse al BID, la OEA y la OPS para que participen y asistan en la formación de este cuerpo.

(22).-Cf. Sistema Nacional de Protección Civil de Panamá, en <http://www.orbi.net/sinaproc/snpcres.html>; y también Los Cascos Blancos: cuerpos para casos de emergencia y el desarrollo, en <http://www.conace.cl/html/institucional/PLAN%20ACCION%20MIAMI.htm#20>.

(23).-Documento AG/RES. 1463.

endémicas, epidemias o por insuficiencia alimentaria; y otros trabajos de cooperación solidaria que se considere necesarios para reducir el sufrimiento de los grupos sociales más vulnerables.

El 14 de octubre de 1999, la *Secretaría General Adjunta* y la *Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral* (SEDI) publicaron la *Primera Convocatoria para la presentación de propuestas del Programa de Voluntariado para la Asistencia Humanitaria en América Latina- Iniciativa Cascos Blancos*. El *Programa* es coordinado por la *Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral* por delegación de la *Oficina del Secretario General Adjunto*, y ejecutado conjuntamente con la *Comisión Cascos Blancos* de Argentina. De acuerdo a los términos del mencionado *Convenio de Cooperación Técnica* firmado entre la OEA y el BID el 1 de julio de 1999, y sujeto a las condiciones establecidas por el Banco, sólo podrán ser financiados proyectos en los países arriba mencionados. Los proyectos a presentarse debían promover la cooperación de instituciones nacionales, regionales y extra-regionales así como la participación de terceros países en el financiamiento de las propuestas. Asimismo, debían estar orientados a fines de claro interés público, tales como salud, educación, medio ambiente, entre otros. Pronto se sumarían aspectos vinculados directamente con las FF.AA., como el desminado y el apoyo sanitario en catástrofes, y policiales, como el control de las fuerzas de orden público local y su formación en los estándares occidentales (respeto a los valores democráticos, los derechos humanos, etc). Los esfuerzos son complementarios con los que realizan otras organizaciones de asistencia humanitaria en el hemisferio. La SEDI a través de las solicitudes de asistencia de los países interesados, identifica las situaciones en las que se requiera una misión, y la *Comisión Cascos Blancos* del gobierno de Argentina brinda su experiencia y organización en la ejecución de los proyectos.

4.-EL SISTEMA DE SEGURIDAD REGIONAL CARIBEÑO (SSRC)

Este sistema(24) se estableció en octubre de 1982 mediante un memorándum de entendimiento (MDE) firmado por cinco países del Caribe oriental: Antigua y Barbuda, Barbados, Dominica, Santa Lucía, y San Vicente y las Granadinas. San Kitts y Nevis se integraron al grupo en febrero de 1983, y Granada en enero de 1985. Se revisó el MDE en 1993, tras lo cual, se firmó finalmente un tratado el 5 de marzo de 1996. De

(24).-[http://www.jid.org/RSS%20Fact%20Sheet%20\(Spanish\).html](http://www.jid.org/RSS%20Fact%20Sheet%20(Spanish).html).

acuerdo al instrumento, se le exige al SSRC preparar planes de contingencia para sus miembros y asistirlos durante emergencias nacionales. En términos operacionales, este mandato incluye las siguientes misiones:

- Antidroga.
- De búsqueda y rescate.
- Control de aduanas e inmigración.
- Protección de instalaciones de costa
- Asistencia durante desastres naturales y amenazas a la seguridad nacional.

La estructura del SSRC incluye un Consejo de Ministros, que reúne ministros de seguridad nacional, como el órgano central para el establecimiento de políticas. El mando de operaciones es responsabilidad de un Coordinador de Seguridad Regional (CSR) quien encabeza la Oficina Central de Enlace (OCE), ubicada en Barbados. Este país también designa al CSR, que es también Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas de Barbados. La OCE planea y coordina juntamente con un Comité Conjunto de Coordinación compuesto de comandantes de ejército y comisarios de policía. Evidentemente, no todos los países miembros cuentan con ejército propio. Un componente clave de las fuerzas policiales de los países sin ejército es lo que se llama Unidad de Servicios Especiales (USE), una fuerza policial paramilitar selecta que ha recibido capacitación especial en el uso de tácticas y armas especiales (SWAT). Esta unidad responde a las crisis que van más allá de la capacidad de los cuerpos policiales normales.

Las fuerzas del SSRC se han desplegado anualmente para ejercicios de capacitación desde 1985, en conjunto con las fuerzas de otros países caribeños, de Estados Unidos, y en varias ocasiones de Gran Bretaña, Francia, y Holanda. Las *Tradewind Maneuvers (Maniobras de los Vientos Alisios)* que se realizan entre marzo y mayo, suponen misiones anfibia, en su mayoría de búsqueda y rescate con las guardias costeras, el manejo de contaminación petrolífera, y la gestión portuaria. Los ejercicios incluyeron a todos los países del Caribe de habla inglesa, representando su creciente participación que comenzó en gran medida en 1989. Además de las fuerzas caribeñas y estadounidenses, tropas francesas también participaron, principalmente durante la etapa correspondiente a San Kitts y Nevis, y de manera bilateral, con San Kitts y Nevis. Ejercicios subsiguientes hicieron hincapié en varias islas y prestaron atención especial a distintos ámbitos como la preparación para desastres, la contaminación marina, y las operaciones de búsqueda y rescate.

5.-LA ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA (OUA)

La Organización para la Unidad Africana (OUA) fue creada el 25 de mayo de 1963, en Addis Abeba, por los 32 Estados que firmaron su Carta. En ella, se establecieron como objetivos de la organización la promoción de la unidad y solidaridad africana, la erradicación de toda forma de colonialismo en el continente, y la promoción de la cooperación internacional, de acuerdo con los principios establecidos en la Carta de Naciones Unidas y la Declaración de Derechos Humanos(25). En sus reuniones de Addis Abeba (diciembre de 1964) y de Freetown (febrero de 1965), decidió crear una *fuerza interafricana*(26) con la intención de sustituir a los cascos azules en Africa. Esta fuerza corrió un serio riesgo de desnaturalización, ya que MARIEN N'GUABI solicitó a la OUA en la Conferencia Cumbre de Rabat (11-15 de junio de 1972) que se convirtiera en una *fuerza de intervención* para luchar al lado de los movimientos de resistencia y liberación nacional, concretamente contra Portugal(27). En la preparación de la Cumbre de Jartum de 1978 se planteó de nuevo su organización, según la planta y funciones de los cascos azules de Naciones Unidas(28) y fue tema debatido en la misma Cumbre (18-22 de julio de 1978)(29) y en la Cumbre de Monrovia (17-20 de julio de 1979)(30). En 1993 estas ideas han retomado un nuevo vigor con la creación por parte de esta organización de un mecanismo de prevención, gestión y resolución de conflictos, de acuerdo con el modelo de Naciones Unidas y de la OSCE(31), gracias al cual, la OUA(32) ha colaborado con la Comunidad Económica de Estados de Africa Occidental (ECOWAS)(33) y de la Conferencia Islámica, en el desarrollo de una operación para la pacificación de Liberia desde el 24 de agosto de 1990(34).

(25).-Organization of African Unity, A brief history, en <http://www.oau-oua.org/>.

(26).-CORTES, José Luis, La Organización para la Unidad Africana, un sueño político para un continente dividido, Madrid: C.I.D. AF., 1982. p. 110.

(27).-Ibid., p. 151.

(28).-Ibid., p. 195.

(29).-Ibid., p. 198.

(30).-Ibid., p. 215.

(31).-SYBESMA-KNOL, Neri, "Nouveaux défis pour le maintien de la paix et de la sécurité internationale", Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre, n° XXXV-1-2-3-4 (1996), p. 261.

(32).-AWWAD, Emad, "ONU-OUA: un partenariat pour la paix", Defense Nationale, enero (1996), p. 20 y sis.

(33).-SYBESMA-KNOL, Neri, "Nouveaux défis pour le maintien de la paix et de la sécurité internationale", op. cit., p. 268.

(34).-KHUMALO, Stanford, "Forging a Regional Peacekeeping Partnership in Southern Africa", en <http://www.iss.co.za/Pubs/Monographs/No5/Khumalo.html>.

Como consecuencia de la 39ª Sesión Ordinaria de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la organización, celebrada en El Cairo entre el 28 y el 30 de junio de 1993, se creó el *Mecanismo para la Prevención, Dirección y Resolución de crisis*(35) (*Mechanism for Conflict Prevention, Management and Resolution, MCPMR*)(36) , que tiene como principal función la detección de posibles conflictos, su prevención así como la realización de misiones de mantenimiento de la paz y de reconstrucción(37). Está formado por los siguientes elementos(38):

- *Organo Central*, de carácter directivo y coordinador respecto a la Asamblea General de la OUA, está compuesto por la Oficina de la Asamblea de Jefes de Estados y de Gobierno (elegida anualmente de acuerdo con los principios de rotación y representación geográfica equitativa). Para el cumplimiento de sus funciones, puede buscar a lo largo del continente africano asesores militares, legales o los que estime precisos que pueda requerir en el ejercicio de sus funciones.
- *Secretario General y Secretaría General*, bajo la autoridad del Organo Central. Conecta el Mecanismo con las partes implicadas en un conflicto y toma las iniciativas que se estimen pertinentes, desde el despliegue de fuerzas hasta el envío de observadores militares o nombramientos de *Special Envoys*, a imagen de los relatores de Naciones Unidas, para investigar la situación sobre el terreno.
- *El Fondo Especial*, conocido como *OAU Peace Fund (Fondo de Paz de la OUA)*, establecido por la Declaración que creó el Mecanismo, con el fin de proporcionar fuentes de financiación para el apoyo a las operaciones que se desplieguen. Está formado por aportaciones regulares de la propia OUA y de sus Estados Miembros. La

(35).-Cf. Declaration of the Assembly of heads of state and government on the establishment, within the OAU of a mechanism for conflict prevention, management and resolution (28-30 June, 1993), en http://www.oau-oua.org/direc_info/dir_politique/conflict_manag/declaration.htm.

(36). El Art. 35 de la citada Declaración establecía que...El Mecanismo tendrá como objetivo principal, la anticipación y prevención de conflictos. En aquellas circunstancias en las que los conflictos se hayan iniciado, será su responsabilidad adoptar funciones de creación de la paz (peace-making) y de reconstrucción (peace-building) en orden a facilitar la resolución de estos conflictos. Con tal fin, pueden establecerse y desplegarse por la OUA misiones civiles o militares, de observación y control, de alcance y duración limitada. Cf. The OAU and Peace-Making, en <http://www.oau-oua.org/document/mechanism/english/mech16.htm>.

(37).-BERMAN, Eric G, y SAMS, Katie E., "Regional Peacekeeping in Africa", Conflict Trends, nº 3/2001, en <http://www.accord.org.za/web.nsf/>

(38).-The OAU Mechanism for Conflict Prevention, Management and Resolution, en <http://www.oau-oua.org/document/mechanism/english/mech01.htm>.

Organización reconoce expresamente las siguientes fuentes de financiación: *Regular Budget* (entre el 5 y el 6% del presupuesto anual), Argelia, Lesotho, Egipto, Mauricio, Etiopía, Namibia, Sudáfrica, Túnez, *African Ambassadors wives* y *African women voluntary contribution*. Además, países no africanos aportan también parte de la financiación: Estados Unidos, Australia, Bélgica, Canadá, China, Dinamarca, España, Francia, Finlandia, Japón, Holanda, Noruega, Corea, Indonesia y Gran Bretaña.

- *Sistema de Alerta Temprana (Early Warning System)*, que mediante un flujo constante de información, trata de poner sobre aviso a la Organización sobre la aparición de crisis. Asimismo, proporciona, a imagen del *Lessons Larned Center* de Naciones Unidas, una serie de informes técnicos sobre las experiencias adquiridas en la ejecución de las misiones de paz y, en general, del funcionamiento del Mecanismo.
- *Sección de Operaciones de Campaña (Field Operations Section)*, formada por militares profesionales, que tiene por función el despliegue, mando y control de las misiones de paz que se creen.

El Mecanismo ha permitido establecer diversas líneas de cooperación con varias entidades, como puedan ser organizaciones subregionales africanas (ECOWAS) y con Naciones Unidas, especialmente en temas de *peacekeeping* y *peacemaking*. Ha propiciado la adopción de varios programas de desarrollo social, muy vinculados al mantenimiento de la paz, como por ejemplo su *Supporting Democratic Processes in Africa, Electoral Assistance, Observation and Supervision*(39) y el *African Women's Committee on Peace and Development*(40); y ha impulsado la creación de un grupo de investigación del genocidio cometido en Ruanda, el *International Panel of Eminent Personalities to Investigate the Rwanda Genocide and Surrounding Events*(41). Asimismo, ha realizado acciones diplomáticas en los conflictos de Angola. Burundi, Comores, Etiopía y Eritrea, Guinea Bissau, Liberia, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Sierra Leona y Somalia(42).

El Organo Central ha autorizado el despliegue de las siguientes misiones militares:

- *Misión de Observación en Burundi (Observer Mission in Burundi, OMIB)*. Esta operación fue la primera que se aprobó. Fue desplega-

(39).-Cf. <http://www.oau-oua.org/document/mechanism/english/mech03.htm>.

(40).-Cf. <http://www.oau-oua.org/document/mechanism/english/mech05.htm>.

(41).-Cf. <http://www.oau-oua.org/document/mechanism/english/mech04.htm>.

(42).-Cf. Various Conflicts in Africa, en <http://www.oau-oua.org/document/mechanism/english/map.htm>.

da el 17 de noviembre de 1993 y su componente militar se mantuvo sobre el terreno hasta el golpe de estado *Observer Mission in the Comoros*, OMIC, 22-11-1997-actualidad). Fue desplegada para informar a la Organización sobre la declaración de independencia de la principal isla comor, Anjouan, que en agosto de 1997. Las autoridades locales solo permitieron su entrada en Moroni y Mohe-li, pero no en Anjouan, por lo que la crisis y la situación de guerra civil continua.

A pesar de las buenas intenciones con que se crearon estas iniciativas, apenas han conseguido algo más que la propia presencia en el terreno. Ninguna de estas misiones han alcanzado una paz efectiva y duradera; las unidades militares que las forman no están adiestradas en los niveles profesionales ni deontológicos mínimos necesarios para desarrollar con éxito una operación de paz. De hecho distintas naciones occidentales han desarrollado distintos programas de adiestramiento militar para las fuerzas armadas africanas que se comprometan en este tipo de misiones, como por ejemplo la propuesta francesa para incentivar políticas locales de mantenimiento de la paz en sus antiguas colonias (programa *RECAMP*(43)) o los acuerdos de ayuda norteamericana (*Active Crisis Response Initiative*, *ACRI*(44)) a la OUA.

(43).-RECAMP es un acrónimo tomado de *Reforcement des capacités de maintien de la paix en Afrique*. Cf BRIGHT, Melanie, "African peacekeeping comes of age", *Jane's Defense Weekly* (26 de mayo de 1999), ps. 22 a 27. El programa RECAMP, abierto en diciembre de 1998 durante la XX Cumbre de la Francofonía por Chirac, se articula en torno a cuatro ejes: la instrucción de los países africanos francófonos, la creación de misiones de cooperación; el entrenamiento, mediante la cesión de profesores para las escuelas militares africanas y el envío de militares africanos a las francesas (Saint-Maixent, Saint-Cyr; EMIA, Ecole d'Etat-Major y Collège Interarmées de Défense); el equipamiento y el apoyo financiero, que se ha concretado en un aporte de 180 millones de francos, es decir, unos 30 millones de dólares-USA. Hasta el momento, se ha colaborado con Costa de Marfil, Senegal, Mali, Togo, Benin, Burkina Faso, Camerún, Mauritania, Djibouti, y Gabón. Cf. "Le concept RECAMP", en <http://www.defense.gouv.fr/ema/forces/exercices/2000/gabon2000/recamp.htm>. Este programa, según el general Jean Paul Reffenne (Jefe de Asuntos Internacionales de la Junta de Jefes de Estados Mayor francesa en el año 2000) supone un cambio en la política franco-africana, que pasaría de la intervención postcolonial (Chad, Ruanda) al apoyo directo a las antiguas colonias, que deberían desarrollar sus propias capacidades para el mantenimiento de la paz. Por otra parte, se han establecido vínculos entre Francia y este programa con la Comunidad Económica de los Estados del Africa Occidental de septiembre de 1996. Se originó como consecuencia de una serie de sucesos en los que vieron implicadas fuerzas estadounidenses, a veces con efectos desastrosos: la intervención en Somalia, el genocidio de Ruanda, la guerra civil de Burundi, Zaire (ahora República Democrática del Congo) y Sierra Leona. Sus misiones consisten, básicamente, en entrenar y equipar unidades de mantenimiento de la paz procedentes de Senegal, Uganda, Malawi, Mali, Ghana, Etiopía, Bostwana y Sudáfrica, con el fin de alcanzar los siguientes objetivos: asegurar su interoperabilidad; desarrollar una capacidad de respuesta rápida y efectivas ante situaciones de emergencia; someter las políti-

6- LA FUERZA MULTINACIONAL DE PAZ Y OBSERVADORES (MFO) EN SINAÍ: LOS CASCOS NARANJAS

La *Fuerza Multinacional de Paz y Observadores (The Multinational Force and Observers, MFO)*(45) es una misión independiente del sistema de Naciones Unidas, creada como resultado de los *Acuerdos de Camp David* de 1978 y el Tratado de Paz de 26 de marzo de 1979(46), suscrito entre los beligerantes árabes e israelíes, con mediación norteamericana, y desplegada en la Península del Sinaí (Egipto). El 3 de agosto de 1981, Egipto e Israel firmaron su protocolo de constitución(47). Desde 1982, varias naciones han contribuido con personal militar y civil para servir como parte de esta misión. Sus funciones son las siguientes:

- Control de la zona asignada, mediante *check points*, patrullas de reconocimiento y puestos de observación a lo largo de la frontera.
- Verificaciones periódicas de ejecución de lo previsto en el Tratado de Paz, no menos de dos veces al mes a menos que exista comun acuerdo de ambas partes.

cas locales de mantenimiento de la paz a los requerimientos establecidos al efecto por Naciones Unidas; y asistir en operaciones de ayuda humanitaria. Hasta el momento se han habilitado aproximadamente 35 millones de dólares-USA para financiar el programa, que se elevarán hasta 40 millones en futuros ejercicios. Mediante esta iniciativa, Estados Unidos se ha relacionado directamente con la OUA, lo cual ha sido muy criticado, ya que podría interpretarse como una acción de injerencia de la superpotencia en una organización internacional regional. Cf. "African Crisis Response Initiative (ACRI): a peacekeeping alliance in Africa", Project on peacekeeping and the United Nations, en <http://www.clw.org/pub/clw/un/acri.html>; y CHRISTIAN, Derek, J., "The african crisis response force: a critical issue for Africa", en <http://www.nwc.navy.mil/press/Review/1998/summer/art5su98.htm>. Las diferencias entre este programa de apoyo norteamericano y el programa RECAMP es que la ayuda norteamericana es de mayor calado operativo que la francesa, ya que el programa RECAMP apoya a las antiguas colonias mediante la entrega de armamento ligero y equipos de comunicación, mientras que Estados Unidos aporta material bélico pesado. Por otra parte, otros países occidentales han iniciado políticas de cooperación directa con países africanos: Gran Bretaña, a través de la Commonwealth, y Dinamarca.

(44).-Para mayor información, cf. <http://www.iaw.on.ca/~awoolley/mfo.html>; y también <http://www.xs4all.nl/~vdrkrans/mfof.htm>.

(45).- "Peace Treaty between Israel and Egypt", en <http://www.ibiblio.org/sullivan/docs/Israel-EgyptPeaceTreaty.html>.

(46).-Cf. REAGAN, Ronald, "Statement on Signing the Multinational Force and Observers Participation Resolution", 29 de diciembre de 1981, en <http://www.reagan.ute-xas.edu/resource/speeches/1981/122981k.htm>.

(47).-GOTOWICKI, Stephen H., "Considering a U.S. Military Force on the Golan: Confronting the Hyperbole, Paranoia, Hysteria and Agendas", en <http://www.faoa.org/journal/golan.html>; también en Foreign Military Studies Office, <http://call.army.mil/call/fmso/fmsopubs/issues/golan/golan.htm>.

- Verificaciones adicionales dentro de las 48 horas después de recibida una solicitud por cualquiera de las partes.
- Asegurar la libertad de navegación a través del Estrecho de Tiran en el Mar Rojo.

Los Estados participantes actualmente son Australia, Canadá, Colombia, Islas Fiji, Francia, Hungría, Italia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Uruguay. Noruega, que es Estado participante, aporta cuatro oficiales de Estado Mayor. Sus gastos son financiados por una doble vía: las cuotas proporcionadas por Egipto, Israel y Estados Unidos, y por otro, por las cantidades prestadas por Alemania, Japón y Suiza. El Director General de la Fuerza y su Estado Mayor se encuentran en Roma, con representantes en El Cairo y Tel Aviv. El grueso de la misión opera en la Península del Sinaí. El Comandante Militar de la Fuerza y su Estado Mayor operan en el *Campo Norte*, próximo a El Gorah, 20 km al sur del Mar Mediterraneo. En este Cuartel General se proveen las facilidades logísticas y operacionales de la Fuerza. El *Campo Sur*, situado cerca de Sharam el Sheikh en la parte Sur del Sinaí, es un enclave privilegiado para la vigilancia del Mar Rojo. Además, la MFO cuenta con un total de 30 puestos desplegados en la Península. La misión permanece actualmente activada. Sus miembros son conocidos como los *boinas* o *cascos naranjas* (*orange helmets-berets*), por el color de sus prendas de cabeza.

II. TEXTOS

1. LEGISLACIÓN

LEGISLACION

por María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera.
Documentalista.

MINISTERIO DE DEFENSA

Instrucción 1/2001, de 3 de enero, del Subsecretario de Defensa, por la que se aprueban las Normas para la elaboración y tramitación de anteproyectos de disposiciones con rango de Ley, proyectos de Disposiciones reglamentarias y demás disposiciones administrativas, en el ámbito del Ministerio de Defensa

(BOD. N° 4, de 5-1-2001).

MINISTERIO DEL INTERIOR

Real Decreto 59/2001, de 26 de enero, por el que se modifica el artículo 4 del Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, aprobado por Real Decreto

*1211/1997, de 18 de julio
(BOE n° 24, de 27-1-2001).*

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PUBLICAS

Real Decreto 64/2001, de 26 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1883/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, modificado por Real Decreto 76/2000, de 21 de enero

(BOE n° 24, de 27-1-2001).

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES

Instrumento de ratificación del Acuerdo europeo relativo a las personas que participan en pro-

cedimientos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hecho en Estrasburgo el 5 de marzo de 1996

(BOE nº 47, de 23-2-2001).

Acuerdo entre el Reino de España y las Naciones Unidas sobre la ejecución de condenas impuestas por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, hecho en La Haya el 28 de marzo de 2000

(BOE nº 54, de 3-3-2001).

MINISTERIO DE DEFENSA

Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo, por el que se adelanta la suspensión de la prestación del servicio militar

(BOE nº 60, de 10-3-2001).

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES

Resolución de 26 de febrero de 2001, de la Secretaría General Técnica, por la que publica la Resolución 1329 (2000), de 30 de noviembre, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se reforman los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda

(BOE nº 64, de 15-3-2001, corrección de errores en BOE de 3-4-2001).

MINISTERIO DE JUSTICIA

Real Decreto 342/2001, de 4 de abril, por el que se suspende la prestación social sustitutoria del servicio militar

(BOE nº 92, de 17-4-2001).

MINISTERIO DE DEFENSA

Orden Ministerial 81/2001, de 20 de abril, por la que se aprueban las Normas de Protección en Contratos del Ministerio de Defensa

(BOD nº 84, de 30-4-2001).

Orden 91/2001, de 3 de mayo, por la que se establecen los requisitos para la renuncia a la condición de militar por los militares de carrera y militares profesionales de tropa y marinería, que mantienen una relación de servicios de carácter permanente

(BOE nº 112, de 10-5-2001).

JEFATURA DEL ESTADO

Instrumento de Ratificación del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, hecho en Nueva York el 15 de diciembre de 1997

(BOE nº 140, de 12-6-2001).

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Real Decreto 662/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el

Reglamento de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas
(BOE nº 150, de 23-6-2001).

JEFATURA DEL ESTADO

Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, sobre composición del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
(BOE nº 155, de 29-6-2001).

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre

(BOE nº 174, de 21-7-2001, corrección de errores en BOE de 6-10-2001).

Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apartida

(BOE nº 174, de 21-7-2001, corrección de errores en BOE de 17-11-2001).

MINISTERIO DE DEFENSA

Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el

Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas

(BOE nº 186, de 4-8-2001, corrección de errores en el BOE de 11-10-2001).

JEFATURA DEL ESTADO

Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecho en Nueva York el 6 de octubre de 1999

(BOE nº 190, de 9-8-2001).

MINISTERIO DE DEFENSA

Real Decreto 899/2001, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Real y Militar Orden de San Fernando

(BOE nº 194, de 14-8-2001).

Real Decreto 1064/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Evaluaciones y Ascensos del Personal Militar Profesional

(BOE nº 244, de 11-10-2001).

Real Decreto 1081/2001, de 5 de octubre, por el que se refunden la Asociación Benéfica para Huérfanos de los Cuerpos Patentados de la Armada y la Institución Benéfica para Huérfanos del Cuerpo de Suboficiales de la Armada, y se

extiende su cobertura a los huérfanos de los militares profesionales permanentes de tropa y marinería de la Armada
(BOE nº 252, de 20-10-2001).

MINISTERIO DE HACIENDA

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

(BOE nº 257, de 26-10-2001)

JEFATURA DEL ESTADO

Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición

(BOE nº 272, de 13-11-2001).

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES

Resolución de 5 de noviembre de

2001, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la Resolución 1373 (2001) sobre medidas para combatir el terrorismo, aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001

(BOE nº 281, de 23-11-2001)

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES

Declaración del Gobierno español relativa al artículo 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1996

(BOE nº 290, de 4-12-2001).

2. JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL (1)

por (R). Luis B. Alvarez Roldán.
General Auditor

La última Sentencia del Tribunal Constitucional que publicó la Revista, fue la número 159, de 14 de septiembre de 1999, en el número 74 de la REDEM. Se hacía imperativa la actualización, y continuación de dar noticia de las Resoluciones que, emanando del Tribunal Constitucional, afecten a las Fuerzas Armadas, en un amplio sentido, y en sus aspectos penales disciplinario y administrativo, específicos.

De ahí que en el presente número de la REDEM, que es el 78, se complete el año 1999, y se recoja el 2000, respecto a la materia encomendada, para en el siguiente número de la Revista se de cuenta de la jurisprudencia constitucional del año 2001, para lograr la puesta al día pretendida.

Se extractarán los Autos y Sentencias, resumiendo los Hechos y los Fundamentos Jurídicos, así como efectuando unos Comentarios al respecto, suficientemente diferenciados de lo que constituye doctrina jurisprudencial constitucional. Se pretende con ello tan solo efectuar un resumen aclarador y con pretensiones de divulgación, mas que de opinar sobre el todo o parte de la doctrina de tan Alto Tribunal.

(1). Además de la publicación de Autos y Sentencias del Tribunal Constitucional en el Boletín Oficial del Estado (BOE), se ha considerado los medio informáticos divulgados del propio Tribunal Constitucional, de Editorial Aranzadi, S.A. y de la Asesoría General del Cuartel General del Aire.

1999 (Continuación)

Sentencia de 25 octubre 1999, núm. 193/1999. T.C. Sala Segunda.
Recurso de Amparo núm. 1870/1996.
BOE 30 noviembre 1999, núm. 286 (suplemento).

MATERIA

DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES: **Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho:** Jurisdicción y Proceso Contencioso-Administrativo: pensiones: indemnización por inutilidad o fallecimiento en acto de servicio: art. 2 de la ley 19/1974: resolución judicial que no incurre en error patente ni en incongruencia omisiva: vulneración inexistente. **Denegación de amparo.**

PONENTE: D. Julio Diego González Campos

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

La demanda de amparo solicita la declaración de nulidad de ambas Sentencias, por entender que vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva, así como retrotraer las actuaciones judiciales al trámite anterior a aquel en que se dictaron las dos Sentencias de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. En concreto, se imputa a ambas resoluciones el defecto de incongruencia omisiva, por cuanto los recurrentes no pudieron conocer las razones en Derecho, si es que existían, que determinaron que sus peticiones no pudieran ser atendidas. Los ahora recurrentes de amparo resulta-

ron lesionados con posterioridad a la vigencia de la Ley 19/1974, a diferencia de otros solicitantes de la indemnización, que sufrieron la lesión con anterioridad a la vigencia de dicha Ley. El Cabo don Angel Agra Cabo fue herido por explosión de un lanzagranadas el 22 de julio de 1980; el Cabo don Antonio Vázquez Rodríguez resultó herido por disparo de pistola el 17 de septiembre de 1982; el Cabo Primero don Víctor Cortiñas Martínez sufrió un accidente el 7 de marzo de 1984 prestando servicios de su clase en el transcurso de unas maniobras, y el también Cabo Primero don Juan Manuel Fernández López resultó lesionado el día 23 de septiembre de 1982 cuando transportaba material para el CIR núm. 4. En consecuencia, y puesto que a los actores de amparo no les era aplicable el fundamento jurídico 1º de las resoluciones impugnadas, es evidente que no recibieron del Tribunal la respuesta, aunque fuera concisa, que sus planteamientos merecían.

Los recurrentes hicieron constar esta fecha en los respectivos escritos de los recursos contencioso-administrativos (alegación cuarta), por lo que se ha desconocido la doctrina constitucional sobre la obligación de motivar las Sentencias, conforme a la cual las partes tienen derecho a conocer los razonamientos y, por supuesto, los hechos que conducen a un determinado fallo, y lo tienen no sólo para poder valorar la propia decisión jurisdiccional sino también para poder articular con posibilidades de éxito su correspondiente impugnación.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

El presente recurso manifiesta la singularidad de que en él se impugnan dos resoluciones judiciales que, a su vez, ponen fin a dos recursos contencioso-administrativos substanciados ante la Sala de esta especialidad del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. El objeto de este proceso constitucional no es, pues, único, y ello representa un defecto formal que debería haber sido advertido de oficio en su momento por este Tribunal, al objeto de que, eventualmente, fuera subsanado por la representación de los demandantes. Sin embargo, en el momento previo a dictar Sentencia no se ha considerado procedente efectuar de oficio el oportuno desglose de cada una de las resoluciones impugnadas, en atención a diversas circunstancias específicas que concurren en este caso. Por un lado, ya que razones de economía procesal aconsejan mantener la unidad en un momento tan avanzado del proceso constitucional. Por otro, porque ninguna de las partes que han intervenido en el mismo han manifestado su oposición expresa a la impugnación conjunta de las dos resoluciones, e incluso el Abogado del Estado ha considerado admi-

sible esta acumulación «de facto». Y, por último, porque aunque el «petitum» es plural, la «causa petendi» es única, pues es idéntica la fundamentación jurídica de ambas decisiones jurisdiccionales, como también es idéntica la queja expresada en la demanda de que las dos vulneran el mismo derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y además con una alegación común.

....

Resulta conveniente examinar si el pretendido error sobre el momento en que se produjeron las lesiones fue el argumento decisivo de las resoluciones judiciales impugnadas. Y a este fin resulta oportuno recordar nuevamente el razonamiento judicial cuestionado, no sin antes advertir que los términos legales «un funcionario de carrera o en prácticas» aparecen resaltados en negrita en las resoluciones recurridas:

«El artículo 2.1 de la Ley 19/1974, dispone que “cuando, a partir de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, un funcionario de carrera o en prácticas se inutilice o fallezca en acto de servicio o como consecuencia de él, sea por accidente o por riesgo específico del cargo, causará en su favor o en el de su familia, además de la pensión que corresponda, una indemnización, por una sola vez, equivalente a una mensualidad de su sueldo y trienios por cada año de servicios computables a efectos de trienios, con un mínimo de 100.000 pesetas”. Exige literalmente el precepto que la inutilidad en acto de servicio o por consecuencia de él, se produzca con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley, y en primer lugar que afecte a un funcionario de carrera o en prácticas cualidad que no concurría en ninguno de los recurrentes en el momento en que, en acto de servicio, sufrieron las lesiones que originaron su ingreso en el Cuerpo de Mutilados y por derivación el paso a la situación de retirados por inutilidad física. Es claro, por tanto, que ninguno de los recurrentes se encuentra en el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación interesa y por ello procede la desestimación del recurso».

De estas palabras cabe deducir con claridad que el órgano judicial fundó la decisión de considerar inaplicable el precepto no en el momento temporal de las lesiones sino en la circunstancia de que los recurrentes carecían en ese momento de la cualidad de ser funcionario de carrera o en prácticas.

III FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido denegar el amparo solicitado.

IV COMENTARIOS

Ante la cuasi identidad de los hechos esenciales y básicos para la aplicación de la Ley (Las víctimas no eran funcionarios), y ante la identidad de la petición administrativa y en jurisdicción contencioso-administrativa, se da una acumulación “de facto”, que, al no oponerse las partes, acepta el T.C. que dá por subsanado el defecto formal en base a motivos de economía procesal y *pro actione*.

El Ministerio de Defensa, y la jurisdicción contencioso-administrativa, denegaron la petición de indemnización, porque el artículo 2.1. de la Ley 19/1974, exige la cualidad de funcionario, que no lo eran los peticionarios. Así, es patente que no existió error evidente en las resoluciones, ni incongruencia omisiva de ninguna índole.

Sentencia de 25 octubre 1999, núm. 194/1999. T.C. Sala Segunda
Recurso de Amparo núm. 2641/1996.
BOE 30 noviembre 1999, núm. 286 (suplemento).

MATERIA

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD ANTE LA LEY: Igualdad en la aplicación de la ley: término de comparación: la invocación del art. 14 CE debe ir acompañada de **términos de comparación idóneos: comparación de militares que no permanecieron en activo después de la guerra** pero pueden percibir pensiones públicas con la de **militares republicanos** integrados al fin de la guerra en la **Escala de Tierra del Arma de Aviación**: improcedencia: confusión derivada de la técnica de «reconstrucción de carrera» establecida en el Real Decreto-Ley 6/1978.

DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES: Derecho a obtener una resolución fundada en derecho: Jurisdicción y Proceso Contencioso-Administrativo: Audiencia Nacional: **no reconocimiento de derechos pasivos de grados de Coronel de la República**: confirmación de reconstrucción administrativa de hipotética carrera militar del recurrente: inaplicación de doctrina constitucional sobre error patente: inexistencia. **Denegación de Amparo**

PONENTE: D. Vicente Conde Martín de Hijas

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

Los hechos en los que se fundamenta la demanda son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) Don Manuel Novo Iglesias había ingresado en el Ejército de la República el 16 de enero de 1930. En 1933 ostentaba el empleo de Cabo Primero en el Cuerpo de Mecánicos de Aviación. Según Acta del Consejo de Guerra celebrado en Palanca el 22 de agosto de 1936, don Manuel Novo Iglesias fue capturado por el Ejército entonces denominado nacional, al ser derribado el avión en el que volaba. Por Orden Circular de 10 de agosto de 1937, despachada por el Gobierno de la República en Valencia, a don Manuel Novo Iglesias se le concedió el título de ametrallador-bombardero. Al término de la guerra civil el hoy demandante de amparo fue privado de su empleo militar.

b) Por Orden Ministerial de 28 de abril de 1979 se reconocieron a don Manuel Novo Iglesias los derechos pasivos correspondientes al empleo militar de Capitán de Aviación. Esta resolución era aplicación del Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo (ROL 1978\502 y ApNDL 2303), en cuyo art. 3 se establecía como base para el sueldo regulador de la prestación debida a los militares de la República el empleo militar que, de haber continuado en activo, le hubiera correspondido por antigüedad.

El ahora demandante interesó en noviembre de 1989, al amparo de lo previsto en la disposición transitoria tercera del RD 1033/1985 (ROL 1985\1572, 2260 y ApNDL 2338), la revisión de la Orden Ministerial de 28 de abril de 1979. Interesaba que se le concediera el empleo de retiro que les correspondiera tomando como punto de partida el grado de Teniente que había alcanzado al finalizar la Guerra Civil y no el de Cabo, que poseía al inicio de la contienda.

c) Por Orden Ministerial núm. 413/11849/1990, de 31 de julio, el actor fue reclasificado con el grado de Comandante de Aviación, con fecha de retiro de 9 de diciembre de 1973 y un total de trece triénios. Esta clasificación resultaba de la reconstrucción de una hipotética carrera militar de don Manuel Novo Iglesias a partir de la carrera militar efectiva de don Elías Gómez Sánchez, quien en 1933 tenía reconocido el empleo de Cabo y alcanzó el retiro con empleo militar de Comandante.

Disconforme con esa clasificación (que había tomado como punto de partida el empleo de Cabo), solicitó la revisión del expediente y el reconocimiento del empleo de Coronel. Sostenía el recurrente que al obtener el título de ametrallador-bombardero en 1937 había causado baja en el Cuerpo de Mecánicos de Aviación y alta en el Arma de Aviación. La revisión fue denegada por Resolución de la Dirección General de Personal de 31 de julio de 1992. La denegación se fundamentaba en que el recurrente no había acreditado estar en posesión del título de piloto militar exigido por Orden de 11 de noviembre de 1939 (ROL 1939\1654) para el ingreso en la Escala Profesional del Aire del Arma de Aviación, lo que era indispensable para poder compararle con algún Teniente Coronel o Coronel de Aviación.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

La invocación del art. 14 CE debe ir acompañada de términos de comparación idóneos, demostrando así el propio recurrente la identidad sustancial de las situaciones jurídicas que se comparan. Concretando lo ante-

rior también hemos declarado que no se puede trabar comparación, para la invocación del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, entre situaciones jurídicas que en origen no han sido equiparadas por las propias normas que las crean (entre otras, SSTC 68/1989 [RTC 1989\68], fundamento jurídico 2º, 9/1995 [RTC 1995\9], fundamento jurídico 3º, 96/1997 [RTC 1997\96], fundamento jurídico 3º, 53/1999 [RTC 1999\53], fundamento jurídico 5º).

En el presente caso, y más allá de las apariencias, no hay un único régimen normativo (el dispuesto por la Orden de 11 de noviembre de 1939) aplicado de forma desigual a distintos sujetos. Estamos, propiamente, ante situaciones jurídicas sustancialmente distintas: por un lado, la de los militares profesionales que, por aplicación de la Orden de 11 de noviembre de 1939, se integraron al fin de la guerra en la «Escala de Tierra» del Arma de Aviación; por otro lado, la de quienes, como el recurrente, no permanecieron en activo después de la guerra pero pueden pretender hoy la percepción de pensiones públicas al amparo del Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo (texto normativo integrante, junto a otros de fechas cercanas, de la llamada «legislación de amnistía»: STC 116/1987, fundamento jurídico 3º). La confusión de situaciones jurídicas, de que adolece el presente recurso de amparo, quizá pueda explicarse por la peculiar técnica normativa seguida por el Real Decreto-Ley 6/1978. El mencionado Real Decreto-Ley otorgaba el derecho a la percepción de pensiones públicas a quienes habían consolidado empleos militares con anterioridad al 18 de julio de 1936 y no permanecieron en activo al fin de la guerra. El instrumento técnico elegido para el cálculo de la pensión consistía en una reconstrucción de la hipotética carrera militar de cada solicitante; en términos del art. 3 del Real Decreto-Ley 6/1978: «se tomará como base el empleo que, de haber continuado en activo, les hubiera correspondido por antigüedad en el momento de cumplir dicha edad [de retiro]». En este contexto normativo, el Ministerio de Defensa se sirvió de la Orden de 11 de noviembre de 1939 como instrumento auxiliar -entre otros posibles- para la reconstrucción de la carrera militar hipotética del recurrente.

...

Aclarado lo anterior, hemos de reafirmar la distinta situación jurídica de quienes, en 1939, pudieron ingresar en el Arma de Aviación y quienes, en 1978, podían solicitar una pensión del Estado; así como si las dos situaciones jurídicas descritas son claramente diferentes, no puede tomarse como término de comparación, para el reconocimiento de una determinada pensión, la situación militar de quienes ingresaron

en el Arma de Aviación en 1939. Debemos rechazar, en consecuencia, que los once Coroneles no pilotos identificados por el recurrente sean términos de comparación adecuados para un juicio constitucional de igualdad.

Debemos declarar también que allí donde el recurrente efectivamente aporta términos de comparación, éstos no resultan idóneos para el juicio constitucional de igualdad. Es el primer término de comparación el caso de tres militares profesionales de la República (don Miguel Galindo Saura, don Lucio del Río Villarroel y don Matías Hierro Sanz) que, según relato del recurrente, no eran pilotos pero obtuvieron el título de «bombardeador-ametrallador» por Orden Circular de 10 de agosto de 1937; a estos militares profesionales, también separados del Ejército tras la guerra, les habrían sido reconocido por el Ministerio de Defensa los derechos pasivos propios del empleo de Coronel. Conforme a la doctrina de este Tribunal, los precedentes administrativos no confirmados judicialmente son ineficaces para fundamentar un reproche de discriminación dirigido contra otro supuesto posterior sí confirmado por un órgano judicial (SSTC 62/1987 [RTC 1987\62], fundamento jurídico 5º; 175/1987, fundamento jurídico 2º; 167/1995, fundamento jurídico 3º; 14/1999 [RTC 1999\14], fundamento jurídico 5º). Y ello es cabalmente lo que ocurre con el reconocimiento del empleo de Coronel, a efectos pasivos, a don Miguel Galindo Saura, don Lucio del Río Villarroel y don Matías Hierro Sanz. Alega el recurrente que aquéllos no son meros precedentes administrativos, pues son expresión de una «inconclusa doctrina judicial y constitucional», mas esta afirmación no altera el hecho fundamental de que ningún órgano judicial ha conocido de la clasificación como Coroneles, a efectos pasivos, a los tres pensionistas enunciados; en consecuencia, ningún de los tres casos puede ser admitido como término de comparación idóneo por este Tribunal.

El segundo término de comparación lo constituye el caso resuelto por Sentencia de la antigua Audiencia Territorial de Madrid, de 28 de septiembre de 1987, luego confirmada por STS de 18 de enero de 1988 (RJ 1988\280). Tampoco este término de comparación resulta idóneo para un juicio constitucional de igualdad. Por exigencia del principio de subsidiariedad del amparo constitucional, reiteradamente declarado por este Tribunal (entre las recientes, SSTC 13/1999 [RTC 1999\13], fundamento jurídico 2º; 85/1999 [RTC 1999\85], fundamento jurídico 5º; 114/1999 [RTC 1999\114], fundamento jurídico 2º), no puede admitirse como término de comparación en el proceso de amparo un precedente no invocado previa-

mente ante el Tribunal ordinario (STC 62/1999 [RTC 1999\62], fundamento jurídico 3º).

En este sentido, el caso resuelto por Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de 28 de septiembre de 1987, no fue invocado previamente ante la Audiencia Nacional, por lo que tampoco en este proceso de amparo puede ser acogido como término de comparación para un juicio de constitucionalidad «ex» art. 14 CE.

...

A la Audiencia Nacional reprocha el recurrente, de forma directa, la vulneración de su derecho a la igualdad (art. 14 CE). Consiste esta infracción en la apreciación, por el órgano judicial, de una causa de inadmisión (la de acto firme y consentido) con manifiesta infracción de lo dispuesto por los arts. 6.2 y 14.6 del Real Decreto Legislativo 670/1987 (Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado), así como a lo regulado en el art. 13 del Real Decreto 5/1993. La alegación de discriminación va desprovista de todo término de comparación, por lo que, una vez más, resulta de todo punto imposible la formación de un juicio de constitucionalidad «ex» art. 14 CE.

...

Bajo la invocación del art. 24.1 CE se denuncia un error patente en la apreciación de los hechos por parte de la Audiencia Nacional. En realidad tal vulneración se alega como presupuesto de la alegada vulneración clave del art. 14 CE, sobre la base de que su éxito hipotético pueda habilitar la eficacia del término de comparación pretendido, constituido por la referencia a los Coroneles no pilotos de las Escalillas de 1970, a los que nos hemos referido antes.

Debe advertirse que nuestra doctrina atribuye una limitada eficacia al error, como supuesto de vulneración del art. 24.1 CE, pues este derecho, según hemos proclamado reiteradamente, no garantiza el acierto en las decisiones judiciales, ni la inexistencia de errores ya que puede existir una resolución motivada y fundada en Derecho, aunque contenga un error, sin que ello vulnere la tutela judicial efectiva (SSTC 210/1991 [RTC 1991\210], fundamento jurídico 5º; 237/1993 [RTC 1993\237], fundamento jurídico 3º; 252/1993 [RTC 1993\252], fundamento jurídico 2º; 122/1994 [RTC 1994\122], fundamento jurídico 5º; 309/1994 [RTC 1994\309], fundamento jurídico 2º). En los escasos supuestos en que el error ha sido admitido en nuestra jurisprudencia como causa de vulneración del derecho de tutela judicial efectiva se ha exigido, entre otros requisitos, que sea determinante del fallo (SSTC 58/1997 [RTC 1997\58], fundamento jurídico 2º,

236/1998 [RTC 1998\236], fundamento jurídico 4º, 83/1999 [RTC 1999\83], fundamento jurídico 4º); y es precisamente este requisito el que le falta en este caso al hipotético efecto del error alegado. Aceptando en este caso la realidad del error alegado, no obstante, y al margen del mismo, resulta que de una correcta apreciación de los hechos (esto es, que los Coroneles de la «Escalilla» de 1970, traídos a colación como término de comparación, habían permanecido en activo después de la guerra civil) no derivaba necesariamente la apreciación de una discriminación inconstitucional, pues, según se razonó anteriormente, la comparación con los Coroneles no pilotos de la «Escalilla» de 1970 no era adecuada. En consecuencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo bien podía confirmar, como hizo, una reconstrucción administrativa de la carrera militar hipotética de don Manuel Novo Iglesias distinta a la por él propuesta.

Pero además debe significarse que la inidoneidad del referido término de comparación no es el único fundamento de desestimación del recurso contencioso-administrativo. Con esos datos no se puede concluir que la ausencia del error denunciado por la parte hubiera determinado un fallo distinto del desestimatorio; por lo que la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE no ha resultado afectada.

III FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo.

IV COMENTARIO

El Ministerio de Defensa, y Jurisdicción Contencioso-Administrativa, denegaron al recurrente en amparo constitucional el reconocimiento a efectos pasivos del empleo de Coronel.

La igualdad ante la Ley, en la aplicación de la Ley por la Administración, requiere un término de comparación idóneo, basado en Resoluciones administrativas, y no lo son entre situaciones jurídicas distintas: quienes pudieran ingresar en el Arma de Aviación en 1939 y quienes podrían acceder a pensión en 1978.

Además, los precedentes administrativos no confirmados judicialmente son ineficaces para fundamentar un reproche de discriminación, dirigido contra otro supuesto posterior al confirmado por un órgano judicial, según doctrina del Tribunal, al igual que los términos de comparación no alegados previamente ante el órgano judicial.

La comparación con la escalilla de pilotos, Coroneles en 1970, no es idónea y por tanto al no ser término idóneo de comparación no incide en error patente de la Audiencia Nacional, conforme a la doctrina constitucional

Sentencia de 13 diciembre 1999, núm. 232/1999. T.C. Sala Segunda
Recurso de Amparo núm. 953/1999.

BOE 20 enero 2000, núm. 17 (suplemento).

MATERIA

HABEAS CORPUS: Naturaleza: proceso de cognición limitada entendido como instrumento de **control judicial** que versa sobre aspectos o modalidades de la **detención o privación de libertad:** doctrina constitucional. Ambito: jurisdicción militar: procedencia de aplicar la institución del habeas corpus a las sanciones privativas de libertad impuestas por Administración militar: doctrina constitucional. Objeto: comprende todos los supuestos en los que se produce una privación de libertad no acordada por el juez. Procedimiento: presupuestos procesales: reconocimiento de la competencia del juez contencioso-administrativo no exonera de analizar el presupuesto material que justifica la medida de privación de libertad.

Trámite de admisión: **necesidad de distinguir entre admisibilidad del procedimiento y el carácter fundado o no de la licitud de la detención.** Jurisdicción y Proceso Militar: Juzgados Togados Militares: solicitud de habeas corpus: privación de libertad de militar que dice ha perdido dicha condición: deber del Juzgado **Togado de admitir a trámite el procedimiento y oír al solicitante practicando las pruebas oportunas:** vulneración del art. 17.4 CE al fundar la inadmisión en el juicio de legalidad sobre causa de privación de libertad. **Otorgamiento de amparo.**

PONENTE: D. Julio Diego González Campos

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

Los hechos relevantes de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) El 2 de septiembre de 1998 se incoó expediente disciplinario contra don Javier Ortega Martín, comandante del Ejército del Aire. Tras la correspondiente tramitación, el Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire dictó el 27 de noviembre de 1998 una Resolución en la que se le impuso al recurrente una sanción de arresto de un mes y quince días. En la Resolución se considera probado que el demandante de amparo, encontrándose en situación de excedencia para el cuidado de hijos, había mantenido una relación laboral

como piloto de la compañía «Air Nostrum» sin haber obtenido la correspondiente compatibilidad. Los hechos se calificaron como constitutivos de una falta grave del art. 9.25 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre (RCL 1985\2826 y ApNDL 6205), de Régimen Disciplinario Militar.

b) El 23 de febrero de 1999, le fue notificada al recurrente la sanción y, ese mismo día, de conformidad con lo dispuesto en el art. 46 de la citada Ley Orgánica de Régimen Disciplinario Militar, se le detuvo y se acordó su ingreso en el establecimiento militar correspondiente.

c) Al siguiente día -24 de febrero de 1999- el recurrente instó procedimiento de «habeas corpus» ante el juez togado militar territorial núm. 32 de Zaragoza, alegando que por silencio administrativo había obtenido su baja definitiva en el Ejército del Aire con efectos del 23 de diciembre de 1998, por lo que no cabía imponerle sanción alguna al haber perdido la condición de militar. De suerte que al no estar aforado, ni depender de la autoridad militar se le estaba privando ilegalmente de la libertad. Tras alegar que había hecho constar esta circunstancia en el expediente disciplinario, en comparecencia ante el Juez Togado Central y ante la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, sin éxito, suplicaba la incoación del procedimiento, su puesta de manifiesto ante el Juez Togado Militar Territorial a los efectos de ser oído, la admisión de las pruebas pertinentes y, finalmente, una resolución acordando su puesta en libertad.

d) El Juez Togado acordó oír al Fiscal Jurídico Militar quien, en su dictamen, mantuvo que «dada la escasísima mención de hechos, elementos y circunstancias que respalden la presente solicitud de “habeas corpus” y la nula aportación de elementos que acrediten los términos y razones que se alegan, admitida la existencia de una resolución dictada al amparo de una Ley Disciplinaria, permite suponer que se dictó una resolución apreciándose dicha falta, que no parece haya sido revocada, que se ha dispuesto el cumplimiento de la sanción y que la solicitud de renuncia a la condición de militar no ha obtenido una resolución expresa por el momento, asiéndose el solicitante a una interpretación a su favor del silencio administrativo. Por lo expuesto, no se trata de una mera detención, sino de una privación de libertad efectuada con la cobertura de la Ley Disciplinaria... impuesta ésta en los límites generales legales y tras la tramitación de un procedimiento... por lo que debe entenderse que no existe base alguna para que se incoe el procedimiento de “habeas corpus”».

...

Recibido el dictamen del Fiscal, por Auto de la misma fecha, el Juez Togado Militar resolvió denegar la incoación del procedimiento, al no

darse los supuestos del art. 1 de la Ley Orgánica 6/1984 (RCL 1984\1372 y ApNDL 3699). En el segundo de los fundamentos de dicha resolución razonaba el Juez que este procedimiento «tiene por objeto obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad Judicial competente de cualquier persona detenida ilegalmente, internada ilícitamente en cualquier establecimiento o lugar o por un plazo superior al señalado en las leyes. Circunstancias que no concurren en la persona de... quien se halla cumpliendo una sanción disciplinaria impuesta por el Excmo. Sr. Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, tras la tramitación de un Expediente Disciplinario».

...

El recurso de amparo se interpone contra el mencionado Auto de 24 de febrero de 1999. La demanda de amparo, en sus antecedentes fácticos, tras relatar las vicisitudes del expediente disciplinario y reiterar la pérdida de la condición de militar del recurrente y la puesta en conocimiento de todas las autoridades militares del efecto del silencio administrativo positivo, mantiene que la resolución que se combate se acordó sin previa audiencia del interesado y sin practicar, solicitar o articular prueba alguna, lo que impidió al demandante aportar declaración o medio de prueba que fundamentara su solicitud.

En cuanto al fondo, el recurrente alega que la resolución del órgano judicial ha vulnerado el art. 17.4 CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) porque la Ley Orgánica 6/1984 exige un mínimo de formalidades en la solicitud de «habeas corpus» y deja para un momento posterior la prueba de las aseveraciones. Pese a ello, el órgano judicial denegó la solicitud por falta de pruebas, cuando tales pruebas han de realizarse tras la incoación del procedimiento.

También entiende el recurrente que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión prevista en el art. 24.1 CE, en la medida en que no se le ha permitido utilizar los medios de prueba pertinentes.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

Y, en consecuencia, lo que debemos determinar sólo es la corrección constitucional de la fundamentación de la inadmisión «a limine» del proceso de «habeas corpus», no de los hechos que se encuentran en la base de la privación de libertad sufrida por el recurrente. Ni tampoco puede ser objeto de pronunciamiento por este Tribunal un ulterior dere-

cho a ser indemnizado que se encuentra fuera del objeto del recurso de amparo de conformidad con lo establecido en el art. 41.3 LOTC.

...

Sin embargo, existiendo una situación de privación de libertad, hemos mantenido que el enjuiciamiento de la legalidad de sus circunstancias ha de realizarse en el fondo, examinando dichas circunstancias (por todas, SSTC 21/1996, fundamento jurídico 3º y 174/1999, fundamento jurídico 6º).

...

En el presente caso, el recurrente planteó el «habeas corpus» mediante escrito dirigido al Juez Togado Militar, en el que, como causa por la que entendía que estaba siendo privado ilegalmente de su libertad, alegaba la pérdida de su condición de militar. En virtud de silencio administrativo, sostenía el recurrente, no era ya militar, de modo que no podía serle impuesta una sanción disciplinaria en tal carácter.

Precisamente, el argumento utilizado por el Juez Togado Militar, asumiendo el dictamen del Fiscal Jurídico Militar, fue que tratándose de una sanción disciplinaria, adoptada por la Autoridad Militar, sin que el peticionario ofreciera elementos suficientes para justificar ninguna actuación ilegal en su adopción, no concurrían ni las circunstancias ni los supuestos previstos en el art. 1 de la Ley Orgánica 6/1984. Sin embargo, alegándose por el recurrente la pérdida de la condición de militar en virtud de silencio administrativo, el Juez Togado Militar no podía basar su decisión de inadmisión a trámite en el incumplimiento de los presupuestos procesales y requisitos formales, sino que debió admitir a trámite el procedimiento y oír al solicitante, practicando las pruebas que considerara oportunas. Todo ello sin perjuicio de dictar posteriormente una resolución fundada sobre la legalidad o ilegalidad de la privación dado que, como ha destacado el Fiscal ante este Tribunal, se trataba de una resolución de cuya firmeza y ejecutabilidad podía, cuando menos, dudarse, más aún en supuestos, como el presente, en el que, por virtud de lo dispuesto en el art. 46 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Disciplinario Militar, las sanciones comienzan a cumplirse desde el mismo momento de su notificación, con independencia de que no haya ni siquiera transcurrido el plazo para interponer los recursos oportunos.

Al no hacerlo así, la resolución dictada vulneró el derecho consagrado en el art. 17.4 CE al haberse basado la inadmisión en el juicio de legalidad sobre causa de la privación de libertad, cuestión ésta que pertene-

ce al fondo del proceso de «habeas corpus» y que, por lo tanto, fue adoptada sin cumplir las garantías procesales propias de este proceso, entre las que se encuentra, en primer y principal lugar, la manifestación de la persona privada de libertad ante el Juez (SSTC 144/1990 [RTC 1990\144], fundamento jurídico 4º; 86/1996, fundamento jurídico 12 y 174/1999, fundamento jurídico 7º) y, en segundo lugar, la posibilidad de realizar alegaciones y proponer los medios de prueba pertinentes para tratar de acreditarlas.

...

Finalmente, por lo que respecta a la alegada vulneración de la tutela judicial efectiva, basta señalar que al ser otorgado el amparo por lesión del art. 17 CE resulta innecesario hacer cualquier consideración al respecto.

III FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Javier Ortega Martín y, en consecuencia:

1º Reconocer que se ha vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la libertad personal.

2º Restablecerle en su derecho y, para ello, anular el Auto dictado por el Juzgado Togado Militar Territorial.

IV COMENTARIO

El arresto disciplinario privativo de libertad queda sometido al procedimiento de “Habeas Corpus”, como instrumento de control judicial de la adecuación o no a la legalidad o regularidad en relación con los artículos 17.1 y 4 de la C.E.

El objeto propio del proceso de “Habeas Corpus” es el juicio sobre la legitimidad de la situación de privación de libertad, y, una vez constada dicha privación, requiere un juicio de fondo sobre su legalidad, que, es el núcleo esencial del derecho a la libertad.

Se reprocha al Juez Togado que no debió basar su decisión de inadmisión a trámite en el cumplimiento de los presupuestos procesales y requi-

sitos formales, sino que debió admitir a trámite el procedimiento y así al solicitante, practicando las pruebas pertinentes que el Juez Togado considerara oportunas, y entre ellas la de averiguar la certeza de la alegación de la pérdida de su condición de militar, sin perjuicio de que el Juez Togado resolviera el “Habeas corpus” en sentido incluso desestimatorio.

Así, el Tribunal Constitucional considera que el Juez Togado no ejerció de manera eficaz el control de la privación de libertad, desconociendo la naturaleza y función constitucional del procedimiento de “Habeas Corpus”, al basar la inadmisión en el juicio de legalidad sobre la causa de la privación de libertad sin entrar en el fondo de la cuestión planteada por el instante del “habeas corpus”, y por tanto sin cumplir las garantías procesales propias de este proceso, entre las que se encuentra la manifestación de la persona privada de libertad ante el Juez.

La tesis que se explicita en la presente Sentencia es respaldada en los números 208/2000, 209/2000, y 233/2000, de igual Sala y Ponente; tesis asimismo contenida en las Sentencias de la Sala Primera del T.C. números 263/2000 y 287/2000.

En las últimas Sentencias se producen **Votos Particulares discrepantes** de dos Magistrados, que tienen como objetivo manifestado el que no se logre consolidar tal opinión mayoritaria con el carácter y fuerza de doctrina constitucional.

Resulta sumamente interesante el examen detallado de los Votos Particulares, frente a las mencionadas Sentencias 263/2000 y 287/2000, que se publican en el mismo ejemplar de esta Revista, seguidamente.

2000 (Completo)

Sentencia de 31 enero 2000, núm. 18/2000. T.C. Sala Primera
Recurso de Amparo núm. 2656/1996.
BOE 3 marzo 2000, núm. 54 (suplemento).

MATERIA

DERECHO FUNDAMENTAL AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY: Jurisdicción y proceso militar: **delito de insulto a superior por reportaje en revista**: Sentencia de la Sala de lo Militar del TS que pone fin a incidente de nulidad de actuaciones y artículos de previo y especial pronunciamiento: **situación de militar retirado por ejercicio de actividad política**: Real Decreto 706/1977: competencia de la Jurisdicción Militar: inexistencia de indefensión en incidente de recusación de Magistrado instructor ni dilaciones indebidas: falta de invocación. **Denegación de amparo**

PONENTE: D. Pablo García Manzano

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

En el presente proceso de amparo se denuncian diversas irregularidades acaecidas en la sustanciación de una causa penal militar todavía pendiente de sentencia. En efecto, el día 29 de enero de 1985, el Juzgado Togado Militar Permanente de Instrucción núm. 1 de la Primera Región Militar dictó auto de procesamiento contra el recurrente, Sargento de la Guardia Civil señor C. C., a quien se imputaba la comisión de un delito de

insulto a superior, previsto en el art. 326 del entonces vigente Código de Justicia Militar (RCL 1946\1232 y NDL 5668), como consecuencia de las declaraciones contenidas en un reportaje publicado en el núm. 497 de la revista «Interviú», correspondiente a la semana del 20 al 27 de noviembre de 1985, bajo el título «GAL: un guardia civil destapa la guerra sucia».

...

La pendencia del proceso penal es plenamente coherente con el contenido de la demanda de amparo, que se articula en torno a una triple vulneración de derechos fundamentales. El demandante se queja, en primer lugar, de la falta de competencia de la jurisdicción castrense para conocer y continuar con el enjuiciamiento de la causa porque, cuando se realizó la conducta que ahora se le imputa, ya había perdido su condición de militar, al haber solicitado previamente el pase a la situación de retirado para dedicarse a actividades políticas y porque, en todo caso, mediante Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1987, fue separado del servicio. Por lo tanto, las resoluciones impugnadas habrían violado su derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley que garantiza el art. 24.2 CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875).

...

En segundo lugar se alega la vulneración del derecho fundamental al Juez imparcial, del art. 24.2 de la Constitución, como consecuencia de la falta de respuesta judicial al incidente de recusación planteado contra el Juez Togado Instructor, así como por el hecho de que no se le comunicó el cambio habido en los miembros de la Sección Segunda del Tribunal Militar Territorial Primero, lo que le impidió ejercitar su derecho de recusación frente al Presidente, por no reunir éste, en tesis del demandante, la requerida imparcialidad subjetiva.

Por último, se aduce en la demanda la lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), por la demora habida en la tramitación de la causa, cuya instrucción duró prácticamente nueve años, de los cuales durante cinco estuvo absolutamente paralizada.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

La primera y más esencial de las quejas que sustentan el amparo es la relativa a la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado.

...

Aunque en la Sentencia objeto del presente recurso se explican resumidamente y por remisión los motivos por los que el señor C. C. no había

perdido su condición de militar, una mejor comprensión del criterio hermenéutico sustentado por la Sala aconseja atender al núcleo del razonamiento que se encuentra formulado con mayor extensión argumental en la Sentencia de la propia Sala de lo Militar de 12 de enero de 1990 (RJ 1990\1642), a la que explícitamente reenvía la Sentencia impugnada. Se razona en ella que, tanto el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, como el Real Decreto 706/1977, de 1 de abril, son disposiciones que obedecían a la necesidad de aprobar una normativa de urgencia que regulase la posición de los miembros de las Fuerzas Armadas ante el eventual ejercicio de actividades políticas y sindicales, considerándose como falta disciplinaria distintas manifestaciones de aquellas actividades. Para salvar esa prohibición, se permitió a los miembros de las Fuerzas Armadas «solicitar y obtener el pase a la situación de retirado, con los derechos pasivos y asistenciales que le correspondan... ». **No basta, pues, con solicitar el pase a la situación de retiro, sino que se exige su obtención**, mediante la adopción de la pertinente resolución de la Administración militar. En desarrollo de esa previsión legal se dictó el Real Decreto 706/1977, en cuyo art. 9 se dispone que aquellos militares que decidan dedicarse a actividades políticas o sindicales «deberán presentar con anterioridad, instancia solicitando el pase a las situaciones previstas en el art. 5 del Real Decreto-ley 10/1977. Las instancias, dirigidas al Ministro respectivo, se cursarán por conducto reglamentario. Presentada la solicitud se entenderá concedido el pase a la nueva situación al efecto de poder ejercer las actividades, cargos o inclusión en candidaturas de carácter político o sindical sin incurrir en responsabilidad». Para la Sentencia impugnada el precepto transcrito no ofrece dudas de interpretación, pues se refiere a una situación de transitoriedad entre el momento de presentar la solicitud de pase a la situación de retirado y el posterior de la publicación de la orden ministerial que la resuelva, de modo que lo que se hace es declarar la **licitud de la simultaneidad del ejercicio de actividades políticas o sindicales con la condición de militar** hasta que se conceda o deniegue la solicitud formulada. En definitiva, el militar que solicita el pase a la situación de retiro mantiene su condición de tal hasta que expresamente le es concedida la nueva situación administrativa, de suerte que la razón de ser del art. 9.4 del Decreto 706/1977 es compatibilizar transitoriamente la condición de militar con el ejercicio de las «actividades, cargos o inclusión en candidaturas de carácter político o sindical, sin incurrir en responsabilidad», tal como se desprende de una lectura completa del precepto.

Esta interpretación de la legalidad no puede considerarse restrictiva ni contraria al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, por lo que la queja actora ha de ser, en este extremo, rechazada.

...

La violación del derecho a un Juez imparcial «ex» art. 24.2 CE, constituye la segunda de las pretensiones impugnatorias del demandante de amparo, que el actor directamente vincula a la imposibilidad de ejercer efectivamente, en dos trámites distintos, su derecho de recusación. Así ocurrió en primer lugar cuando, tras haber recusado al Juez Togado Instructor en la comparecencia de 4 de febrero de 1986, no obtuvo respuesta judicial alguna. Y, en segundo lugar, cuando se le notificó el Auto de 15 de septiembre de 1994, dictado por la Sección Segunda del Tribunal Militar Territorial Primero, resolutorio de un incidente de nulidad de actuaciones y de una cuestión prejudicial. Fue entonces cuando tuvo conocimiento de la identidad del presidente de la Sección, señor F. H. quien, en criterio del recurrente, estaba incurso en varias causas de recusación. Sin embargo, no pudo recusarlo porque en ningún momento anterior se le comunicó la composición del Tribunal.

Pues bien, cuando se alega la vulneración del derecho al Juez imparcial (art. 24.2 CE) en relación con el ejercicio del derecho de recusación, es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que, a los efectos de promover un recurso de amparo constitucional, la vía judicial previa sólo se estimará agotada cuando se hubiese dictado sentencia en la causa principal, pues, en este caso, el agotamiento de la cuestión incidental «es sólo aparente, “ya que el proceso aún no ha finalizado, no se ha celebrado la vista oral que en un proceso penal, y dadas las características del mismo, es el momento central o nuclear y, consiguientemente, tampoco ha recaído Sentencia” (STC 147/1994, de 12 de mayo). En materia de recusación, amén de otros cauces que el desarrollo natural del proceso ofrece, como los artículos de previo y especial pronunciamiento, la propia Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) señala expresamente que aquélla puede hacerse valer, en última instancia, “a través de los recursos procedentes contra las resoluciones de fondo” (art. 228)» (ATC 336/1995, de 11 de diciembre, F. 5 [RTC 1995\3360 AUTO]).

...

La traslación de la anterior doctrina al presente recurso conduce a la inadmisión, por prematuras, de las mencionadas pretensiones impugnatorias, pues, como queda dicho, todavía es posible invocar ante el Tribunal que conoce de la causa la conculcación del derecho al Juez imparcial (art.

24.2 CE), mediante la utilización de los recursos que se estimen procedentes para impugnar la sentencia resolutoria del proceso principal (art. 65 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar [RCL 1989\856]).

...

Tampoco puede prosperar la alegada vulneración del derecho a la **tutela judicial efectiva** (art. 24.1 CE) que se habría producido como consecuencia de la inactividad procesal, en relación con la recusación formulada frente al Juez Togado Instructor de la causa penal.

Es doctrina constante de este Tribunal la que señala que no toda irregularidad o infracción procesal comporta una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, siendo necesario que dicha irregularidad hubiese ocasionado al demandante de amparo una irreversible indefensión material, única realmente trascendente desde la perspectiva del ejercicio de sus derechos de audiencia y defensa (SSTC 101/1990, de 4 de junio [RTC 1990\101], F. 1; 18/1996, de 12 de febrero [RTC 1996\18], F. 3, y 137/1999, de 22 de julio [RTC 1999\137], F. 4, entre otras muchas).

...

En el caso presente, se aprecia con claridad que la indefensión denunciada por el demandante es meramente formal, pues, por una parte, la recusación planteada fue ulteriormente objeto de consideración en el Auto de 2 de enero de 1995, que rechazó un incidente de nulidad de actuaciones formulado con fundamento en dicho motivo, mientras que, de otra parte, no se aprecia indefensión material derivada de aquella inactividad procesal, ya que el demandante, asistido en todo momento de letrado, no volvió a cuestionar, tras el citado trámite de comparecencia, la pretendida imparcialidad del Juez Togado, ni formuló reclamación o queja alguna respecto de su actuación instructora.

...

Resta, finalmente, por examinar la alegada vulneración del **derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**. En relación con esta queja opone el Fiscal una objeción procesal impeditiva de su examen de fondo, a saber: «no haber invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la vulneración, hubiera lugar para ello» [44.1 c) LOTC]. Aduce el demandante que, además de la circunstancia de que el procedimiento había consumido ya dos años de instrucción (desde el 26 de noviembre de 1985 en que se incoan las diligencias, hasta la Resolución de 14 de septiembre de 1987 que acordó su conclusión) y nueve de plenario, y de que el Auto del Tribunal Militar Territorial Primero de 15 de septiembre de 1993, reconoce expresamente

que el procedimiento estuvo en la práctica paralizado desde el 9 de octubre de 1987 hasta la fecha en que se dictó dicha Resolución, deben tomarse igualmente en consideración los diez meses en que tardó en tramitarse el segundo incidente de recusación (del 17 de marzo de 1994 hasta el Auto de 24 de enero de 1995), así como los ocho meses en que se demoró la resolución de los artículos de previo y especial pronunciamiento.

...

En resumen, el demandante de amparo no puso en conocimiento del órgano judicial competente, tan pronto tuvo ocasión para ello, ni la demora que, en su criterio, existía en la instrucción de la causa o, ulteriormente, en la celebración del plenario, ni tampoco los retrasos padecidos en la sustanciación de los incidentes de recusación y de los artículos de previo y especial pronunciamiento, permitiendo la adopción de las medidas pertinentes para remediar la situación ahora denunciada e incumpliendo, de este modo, una carga procesal que sólo a él correspondía.

Todo ello pone de relieve que el demandante incumplió el requisito procesal exigido por el art. 44.1 c) LOTC, consistente en haber invocado en el proceso el derecho constitucional vulnerado «tan pronto, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello» por lo que, conforme a lo dispuesto en el art. 50.1 a) LOTC, procede inadmitir esta concreta queja, lo que conduce a la desestimación del presente recurso de amparo.

III FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la demanda de amparo formulada.

IV COMENTARIOS

El Juez Togado Militar, en su territorio competencial asignado por Ley, es el Juez ordinario predeterminado por la Ley conforme al artículo 24.2 de la C.E., al igual que el Tribunal Militar correspondiente, y la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, obviamente si también es competente “ratio personae”.

Se cuestiona la competencia de la jurisdicción militar al afirmar el recurrente haber pasado a la situación de retiro, y con ello la pérdida de su condición militar y, por tanto no sujeto a las leyes militares; lo hace erróneamente al confundir la compatibilidad para realizar actividades políticas o sindicales (desde su petición), conforme al Real Decreto Ley núm. 10/1997, y desarrollo por R.D. núm. 706/1977, con su pérdida de la condición militar, tras cumplir plazos y requisitos, al pasar a ser clase pasiva del Estado, pase a retiro, tras la Resolución administrativa (desde su concesión)

El Juez Togado Instructor, respecto al que se trata de imparcial, vetao por el artículo 24.2 de la C.E., por no haber podido recusarle el recurrente de amparo en una “cuestión incidental, es Juez imparcial pues el proceso principal no ha concluido, y ni siquiera se ha celebrado el juicio oral, y puede denunciarse en vía recurso ordinario, siendo prematuro el acudir al amparo constitucional sin agotar aquella vía de recurso ordinario.

Ni tampoco afecta a la tutela judicial efectiva, por la no posibilidad de recusación (al desconocer el nombre del Juez Togado Instructor y Vocal Ponente designado en el proceso incidental, que por otra parte pudo no difícilmente averiguar); no consta, por otra parte, que se produjera una irreversible indefensión material, exigible constitucionalmente , sino la intervención de Letrado y el completo ejercicio de sus derechos de audiencia y defensa.

Finalmente, la denunciada vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas carece de fundamento, porque no denunció en su momento la demora, ni en la fase sumario ni en la de plenario, ni en la sustanciación de los incidentes de recusación y de los artículos de previo y especial pronunciamiento.

Así, se constata la impecable actuación de los órganos de la Jurisdicción Militar por el Tribunal Constitucional

Sentencia de 3 febrero 2000, núm. 31/2000. T.C. Pleno
Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 198/1994.
BOE 3 marzo 2000, núm. 54 (suplemento).

MATERIA

DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES: Alcance: interdicción de que el legislador con normas excluyentes de la vía judicial, impida el acceso al proceso: tal prohibición se refuerza por lo prevenido en el art. 106.1 de la CE, cuando se trata de impetrar justicia frente a la actuación de las Administraciones Públicas; Derecho de acceso a la jurisdicción: Jurisdicción y proceso militar: art. 468 c) de la Ley Procesal Militar: la denegación del acceso a la vía judicial contra los actos relacionados en el apartado c) supone excluir radicalmente el control jurisdiccional respecto de aquellos actos que implican la **imposición de la sanción de separación de servicio como consecuencia de la sentencia firme en que se imponga pena de privación de libertad que exceda de seis años**: este precepto, por excluir cualquier recurso, no se compadece con lo dispuesto en los arts. 24.1, 53.2 y 106.1 de la CE.

FUERZAS ARMADAS: Régimen disciplinario: control: necesidad de la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento que permita ejercer el derecho de defensa.

CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR JUECES Y TRIBUNALES: Autocuestión de inconstitucionalidad ex art. 55 de la LOTC: la vinculación al proceso previo no es la misma en el supuesto de la cuestión ex art. 55 LOTC que en el de la promovida por un Juez porque en la primera el pronunciamiento del pleno sobre el precepto cuestionado es siempre posterior a la resolución del proceso previo.

PONENTE: D. María Emilia Casas Baamonde

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

El Pleno del Tribunal Constitucional, en la Sentencia 18/1994, de 20 de enero (RTC 1994\18), decidió -en su fundamento jurídico 7- plantear la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 468 c) de la Ley Procesal Militar (RCL 1989\856); «examen de constitucionalidad que ha

de llevarse a cabo no sólo desde la perspectiva del derecho fundamental vulnerado en el presente recurso de amparo (art. 24.1 CE [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]) sino también en relación con el carácter subsidiario de este recurso (art. 53.2 CE) y desde la perspectiva del control de la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de la misma a los fines que la justifican (art. 106.1 CE)».

...

A su juicio, el examen de constitucionalidad deberá efectuarse desde la óptica de tres preceptos constitucionales: el 24.1, en cuanto garantiza el acceso a la jurisdicción; el 53.2, que establece el carácter subsidiario del recurso de amparo, y el 106.1, según el cual los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa. Por razones de orden, cree preferible efectuar tal examen separadamente.

...

El precepto cuestionado dispone que «no se admitirá recurso contencioso-disciplinario militar respecto de la resolución de separación del servicio como consecuencia de sentencia firme por delito de rebelión, cuando se imponga pena de privación de libertad que exceda de seis años por cualquier delito o pena de inhabilitación absoluta como principal o accesoria».

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

El Pleno estimó, en definitiva, que el art. 468 c) de la Ley Procesal Militar había sido interpretado por la Administración y por los Tribunales ordinarios como impeditivo del acceso a la jurisdicción, tanto a través del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario como por vía del recurso preferente y sumario. Con ello se lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva del entonces demandante de amparo, y el Pleno, al entender que esa interpretación de la norma procesal aplicada era la única legalmente posible, hubo de plantear la presente cuestión «ex» art. 55.2 LOTC.

El art. 468 c) de la Ley Procesal Militar es tajante al disponer que «no se admitirá recurso contencioso-disciplinario militar respecto de: c) La Resolución de separación del servicio como consecuencia de sentencia firme por delito de rebelión, cuando se imponga pena de privación de libertad que exceda de seis años por cualquier delito o pena de inhabilitación absoluta como principal o accesoria». Este precepto constituye, así, una excepción a lo dispuesto en el art. 453 de la misma Ley Procesal, que

erige al contencioso-disciplinario militar en «el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar» y que lo declara aplicable «a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias que señala el artículo 61 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario Militar de las Fuerzas Armadas (RCL 1985\2826 y ApNDL 6205)». Es, asimismo, una excepción a la previsión contenida en el propio art. 453 en relación con la posibilidad de que pueda interponerse el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario regulado en el art. 518 de la misma Ley «contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 de la Constitución». La exclusión de este recurso preferente y sumario es evidente a la luz de la propia dicción del art. 468 y de la circunstancia de que, a diferencia de lo que sucede en el apartado b) del art. 468 -que expresamente permite la interposición del recurso preferente y sumario contra «los actos que resuelvan recursos por falta leve»-, no se haga en este apartado c) salvedad alguna. Más allá de un simple defecto de técnica legislativa, la omisión de esa salvedad en el art. 468 c) es expresión de la voluntad del legislador de impedir toda revisión jurisdiccional, y por cualquier concepto, de los actos de la Administración militar que ahí se relacionan.

Lo anterior pone de manifiesto que no puede darse la razón al abogado del Estado cuando defiende que el precepto cuestionado puede ser objeto de una interpretación constitucionalmente adecuada. Su esfuerzo interpretativo no puede, en efecto, desvirtuar el hecho de que, a tenor de la literalidad del precepto cuestionado, no caben ni el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario ni el recurso preferente y sumario del art. 518 LPM, de manera que una interpretación como la auspiciada por el abogado del Estado desembocaría claramente en la clara alteración del sentido meridiano del enunciado normativo. Así las cosas, y rechazada tal alternativa interpretativa, hemos de examinar ahora si con esas exclusiones se han infringido los art. 24.1, 53.2 y 106.1 de la Constitución.

...

Esta exclusión del control judicial, por cualquier vía, contra actos administrativos a cuyo través se impone una sanción añadida a la impuesta en una resolución judicial firme es claramente contraria al art. 24.1 de la Constitución. Como ya recordamos en la propia STC 18/1994, la jurisprudencia constitucional es en este punto clara y terminante; ya en uno de nuestros primeros pronunciamientos señalamos que las faltas militares

graves forman parte del régimen disciplinario y que «para que la acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento que permita ejercer el derecho de defensa» (STC 21/1981, de 15 de junio [RTC 1981\21], F. 15). Ciertamente, y como alega el abogado del Estado, es de tener en consideración la especial relación de sujeción en la que se encuentran los militares; sin embargo, «la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución» (STC 21/1981, F. 15).

Afirmada la vulneración del art. 24.1 CE por el art. 468 c) de la Ley Orgánica 2/1989, y abstracción hecha de las especialidades de la relación de sujeción especial que vincula a los militares con la Administración militar, y que, por lo dicho, no pueden extenderse al extremo de privarles del derecho a la tutela judicial efectiva que, en tanto que ciudadanos, también la Constitución les reconoce, hemos de apreciar, también, la infracción del art. 106.1 de la Constitución. A tal efecto, hemos de reiterar nuestra doctrina más temprana, en el sentido de que han de considerarse derogadas por la Constitución e incompatibles con ella todas las normas previas que impidan la revisión judicial de los actos administrativos y cuantas con posterioridad a su entrada en vigor hagan imposible la defensa en juicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a la Administración pública y reduzcan a la inoperancia o, cuando menos, limiten de algún modo o por relación a determinados sectores de la Administración -en este caso, el militar- el mandato establecido en el art. 106.1 de la Constitución, que remite a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria, en todos los ámbitos, y de la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (en este sentido, SSTC 22/1982, de 12 de mayo [RTC 1982\22], 80/1983, de 10 de octubre [RTC

1983\80]). El precepto cuestionado hace imposible, en efecto, que los Jueces y Tribunales ordinarios puedan controlar la legalidad de una sanción administrativa tan grave como la separación del servicio, impuesta, ciertamente y según se ha dicho, como consecuencia de determinadas condenas judiciales.

...

Por último, y en íntima conexión con la ya examinada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el precepto cuestionado supone también una clara contravención de lo dispuesto en el art. 53.2 de la Constitución.

El precepto aquí cuestionado, al hacer imposible el acceso a la jurisdicción ordinaria -en la que, a los efectos que aquí consideramos, se integran los Tribunales militares (STC 113/1995, de 6 de julio [RTC 1995\113])- convierte al recurso de amparo constitucional en la única vía de control jurisdiccional de las resoluciones de la Administración militar, siendo así que, conforme a lo dispuesto en el art. 53.2 de la Constitución, esa vía de control extraordinario en sede constitucional no puede suplir la inexistencia de una vía de protección común y general, de carácter plenario, ante los Jueces y Tribunales ordinarios. El art. 24.1 de la Constitución asegura a cualquier ciudadano la posibilidad de recabar, en defensa de su derechos e intereses legítimos, la tutela de los Jueces y Tribunales ordinarios, garantía de la que no pueden verse privados, en razón de su especial sujeción a la Administración, los militares, pues reiteramos una vez más que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir, y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales, no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial que a todas las personas reconoce el art. 24.1 de la Constitución (así, SSTC 113/1995, 235/1998 y 14/1999, de 22 de febrero [RTC 1999\14]).

III FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 468 c) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril (RCL 1989\856), Procesal Militar.

IV COMENTARIOS

El precepto cuestionado es el inciso letra c) del artículo 468, de la Ley Procesal Militar, cuyo tenor literal hemos recogido en el Resumen de Hechos precedente, y que no admite recurso alguno contra la decisión administrativa de separación del servicio del militar, consecuencia de Sentencia firme condenatoria a privación de libertad, que exceda de seis años, o pena de inhabilitación absoluta.

La gravedad de la condena y el respeto a las decisiones de los Tribunales justificó la exclusión de recurso contencioso-disciplinario y así, a modo de consecuencias administrativas de sentencias penales, se configuró como inherente a las mismas la separación del servicio del militar condenado a penas tan graves.

De lege ferenda tal vez debió configurarse como accesoria penal común para el reo militar, y no, como se hizo, como consecuencia administrativa no prevista en la ley penal común. Bien en el CP común, o en el CPM debía establecerse la separación del servicio del militar condenado a penas tan graves, como accesoria y aplicada en el ámbito jurisdiccional penal.

Indudablemente, la negación de todo recurso impide el acceso a la jurisdicción y como consecuencia se infringe el mandato constitucional que garantiza la tutela judicial efectiva, conforme al artículo 24.1 de la C.E.

El Tribunal Constitucional, en Pleno, tras examinar la regulación del contencioso-disciplinario militar que merece globalmente su *pláacet*, sienta la imposibilidad de encontrar una interpretación constitucionalmente adecuada al tajante “no cabe recurso alguno”, del 468 c) de la Ley Procesal Militar.

Se asegura tal exclusión del control judicial, por cualquier vía, contra actos administrativos sancionadores, además de los efectos de la Sentencia judicial, como claramente contraria al artículo 24, párrafo primero, de la C.E.

El TC añade que se infringe también el artículo 106.1 de la Constitución que impera el control judicial de toda actividad administrativa, así como del artículo 53.2 de la CE: que expresamente exige la posibilidad de tutela de “libertades y derechos” por los Tribunales ordinarios, aunque estos puedan ser de la jurisdicción militar o la Sala Quinta del Tribunal Supremo y no únicamente recibir tutela del Tribunal Constitucional.

El error legislativo de la exclusión de recurso alguno ha sido, por fin, subsanado por el Tribunal Constitucional.

Auto de 10 abril 2000, núm. 103/2000. T.C. Sala Segunda.
Recurso de Amparo núm. 3718/1998.

MATERIA

FUERZAS ARMADAS: Régimen disciplinario: sanciones: sanción de un mes y quince días de arresto: militar cesado en el CESID: **informaciones aparecidas en la prensa**: relación de sujeción especial: circunstancia de que el dato revelado a los medios de comunicación fuese público no justifica la conducta del recurrente: **límite de la libertad de expresión establecido en las Reales Ordenanzas FF AA**: sanción ejecutiva que pudo ser impugnada: inexistencia de vulneraciones constitucionales. **Inadmisión de amparo.**

I ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

El señor C., Coronel de Infantería, fue sancionado mediante Orden de 12 de mayo de 1997 por la comisión de una falta grave consistente en realizar manifestaciones contrarias a la disciplina a través de los medios de comunicación social (art. 9.15 de la hoy derogada Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre [RCL 1985\2826 y ApNDL 6205], de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en adelante LORDFA) con la sanción de un mes y quince días de arresto (privación de libertad que, se cumpliría en establecimiento militar). El recurrente había sido cesado por inidoneidad en el puesto que desempeñaba en el CESID (al parecer tras unas informaciones aparecidas en la prensa que le relacionaban con determinados escándalos que allí ocurrían) y a resultas de ello realizó en varias ocasiones entrevistas en radio y en prensa defendiendo lo que, decía ser su honra y buen nombre, criticando su cese y afirmando que se trataba de una «purga» con la que la nueva dirección del CESID pretendía «dar carnaza a la opinión pública».

Una vez iniciado el cumplimiento de la sanción, frente a la citada Orden de 12 de mayo de 1997 el hoy demandante de amparo interpuso el día 21 del mismo mes y año recurso de súplica ante el Ministro de Defensa, según lo dispuesto en el texto de la resolución y de acuerdo con los arts. 50 y 52 de la LORDFA, solicitando asimismo la suspensión cautelar de la sanción.

El Ministro de Defensa, por resolución de 26 de mayo de 1997, acordó denegar la suspensión solicitada, indicándose «tanto en el texto de la

misma como en la diligencia de notificación que frente a ella no cabía interponer recurso alguno separadamente de la resolución principal que se dicte en su día respecto del recurso de súplica formulado contra la resolución» sancionadora.

II FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

Debemos comenzar por excluir del análisis la alegación de vulneración del derecho a la libertad del art. 17 de la CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) por no haber sido recogida en el escrito de demanda sino sólo posteriormente en la fase de alegaciones. En efecto, es doctrina constitucional que «es en la demanda en donde se fija el objeto procesal (SSTC 132/1991 [RTC 1991\132] y 94/1992 [RTC 1992\94]), pues en ella se define y delimita la pretensión y a ella hay que atenerse para resolver el recurso (STC 138/1986 [RTC 1986\138] y ATC 373/1988 [RTC 1988\373 AUTO]) sin que tal objeto pueda ser adicionado posteriormente con las ulteriores alegaciones; cuya «ratio» es completar y, en su caso, reforzar la fundamentación del recurso, mas no el ampliarlo o variarlo sustancialmente (SSTC 131/1986 [RTC 1986\131], 96/1989 [RTC 1989\96] y 1/1992 [RTC 1992\1])» (STC 85/1999 de 10 de mayo [RTC 1999\85] F. 2º).

...

Una vez analizadas y rechazadas las denuncias respecto de las supuestas irregularidades formales en la tramitación del expediente sancionador, tampoco puede prosperar la alegación referida a la **vulneración de la libertad de expresión**. Hallándose el recurrente en una típica relación de sujeción especial, su ejercicio de ciertos derechos fundamentales (y en este caso de la libertad de hacer declaraciones a los medios de comunicación) se halla limitado por las normas reguladoras de su estatuto profesional. En este caso **la existencia en las Reales Ordenanzas de un deber de discreción y la tipificación de una falta grave en la LORDEFA** son fundamento suficiente para la limitación del ejercicio por el señor C. del derecho reconocido en el art. 20.1 de la CE (al respecto pueden verse las SSTC 371/1993 [RTC 1993\371], 270/1994 [RTC 1994\270] y 288/1994 [RTC 1994\288]). El hecho de que, a juicio de éste, los datos que reveló a los medios de comunicación fuesen públicos (por haber sido su cese objeto de un recurso contencioso-administrativo) no es justificación, desde el punto de vista del sometimiento a dichas Reales Ordenanzas, a la conducta del recurrente. Máxime cuando, como puso de manifiesto el Fiscal, los térmi-

nos y el tono empleados en las manifestaciones no eran idóneos para rebatir la legalidad de su cese sino que tendían más bien a criticar o desprestigiar a sus superiores.

...

Por lo que se refiere a la **vulneración del principio de legalidad** en la sanción (art. 25.1 de la CE) el Fiscal estima, y con acierto, que la operación de subsunción de los hechos en el tipo sancionador, además de basarse en hechos probados, no fue arbitraria ni irrazonable. En efecto, de las declaraciones públicas realizadas (profusamente citadas tanto en la resolución sancionadora en la sentencia impugnada) se puede cabalmente deducir, como hizo la sentencia en su F. 7º, que sí fueron contrarias a la disciplina (es decir, representaron un no acatamiento de las normas militares al criticar en los medios de comunicación su cese en el CESID y al afirmar que se trataba de una «purga»). De manera que ni la resolución sancionadora ni la sentencia, al haberlo deducido así y al haber realizado motivadamente la operación de subsunción, vulneraron el art. 25.1 de la CE al sancionar una conducta no constitutiva de infracción.

...

En cuanto a la **prueba testifical denegada**, el F. 5º de la sentencia afirmó que lo fue de manera motivada y que, efectivamente, no era pertinente a los efectos del expediente sancionador (recordemos que se pretendía la declaración como testigo del Presidente del Gobierno y de cuatro periodistas, a efectos de conocer cuál era su opinión respecto del cese del recurrente en el CESID). Teniendo, además, en cuenta que el resto de las pruebas propuestas por el recurrente sí fueron admitidas (entre ellas, los documentos periodísticos que le vinculaban con irregularidades y escándalos en el CESID, faltando así al parecer a su honor) no se aprecia vulneración alguna del derecho a la práctica de pruebas del art. 24.2 de la CE, tal y como ha sido configurado por la jurisprudencia constitucional (por recoger una resolución reciente, STC 14/1999 F. 7º, con cita de las SSTC 1/1996 [RTC 1996\1], 164/1996 [RTC 1996\164], 217/1998 [RTC 1998\217], 219/1998 [RTC 1998\219], entre otras, según la cual, partiendo de que la apreciación de la procedencia o no de las pruebas es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales, sólo existe vulneración del art. 24.2 de la CE cuando se produce indefensión material, cosa que no ocurre ahora, y en todo caso siempre que quien lo alega justifique la relevancia de la inadmisión en la decisión final, carga que tampoco se ha cumplido).

...

Por último, tampoco existió vulneración de los derechos a la **tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia** del art. 24 de la CE por el inmediato cumplimiento de la sanción. Y ello porque dicha inmediatez obedece a un principio constitucional, como el de eficacia (art. 103.1 de la CE), especialmente importante en el ámbito de los ejércitos, al que se añade la disciplina, pues «el acto de los poderes públicos que en este proceso de amparo se impugna se ha dictado en ejercicio de la potestad disciplinaria vigente en el seno de la Administración militar, ámbito en el que “la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales” (STC 21/1981 de 15 de junio [RTC 1981\21] F. 9º)» (STC 14/1999 de 22 de febrero F. 3º). También porque el art. 56 de la LORDEFA prevé la posibilidad, ciertamente excepcional, de suspender el cumplimiento de las sanciones. De modo que el demandante tuvo ocasión de solicitar y eventualmente obtener la suspensión de la sanción, y, posteriormente, en el momento procesal adecuado, pudo haber interpuesto y de hecho interpuso, recurso contra la denegación, lo cual veda cualquier menoscabo del art. 24.1 de la CE.

...

Por consiguiente la ejecución inmediata de la sanción (según los arts. 46, 49 y 54 de la LORDEFA), no sólo respondió a la necesidad de preservar valores intrínsecamente militares, como la jerarquía o la disciplina, y principios constitucionales, como el de eficacia, sino que frente a ella el señor C. pudo solicitar y obtener la suspensión cautelar (y posteriormente someter a los Tribunales la decisión que al respecto adoptase la Administración). Todo ello, según afirma el Fiscal, es suficiente para descartar la vulneración de los dos derechos fundamentales del art. 24 de la CE, a lo que hemos ahora de añadir, al igual que en la ya citada STC 14/1999, de 22 de febrero F. 3º, que «no puede compartirse la línea argumental de la demanda cuando justifica la preconizada aplicabilidad directa de las garantías procesales recogidas en el art. 24 de la CE, como consecuencia de la interpretación y extensión que al art. 6.1 del CEDH (RCL 1979\2421 y ApNDL 3627) ha dado la Sentencia del TEDH de 8 de junio de 1976 (Caso Engel y otros), pues España, al ratificar dicho Convenio y de conformidad con el art. 64 del mismo, se ha reservado la aplicación de los arts. 5 y 6 en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que regulan el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (SSTC 21/1981 y 44/1983 [RTC 1983\44])».

En virtud de todo lo expuesto, la Sección

III ACUERDA

Inadmitir la demanda de amparo por carecer manifiestamente de contenido constitucional [art. 50.1 c) de la LOTC (RCL 1979\2383 y ApNDL 13575)] y archivar las actuaciones.

IV COMENTARIOS

La crítica y desprecio de los superiores, en los medios de comunicación social, en contra del deber de discreción, tipificada como falta grave en la legislación específica militar, no supone vulneración de la libertad de expresión.

El principio de legalidad no fue conculcado, pues la tipicidad aplicada no es arbitraria ni irrazonable, pero sí atentatoria contra la disciplina al criticar en diversos medios de comunicación social su cese en el CESID calificándose de “purga”.

La denegación de prueba fue debidamente motivada y patentemente no era pertinente (declaración del Presidente del Gobierno y cuatro periodistas), cuando la falta consistió en críticas a superiores y no sobre si es adecuado su cese, lo que fue objeto de recurso contencioso-administrativo.

La ejecución inmediata de la sanción se justifica por el principio constitucional de eficacia, aquí subordinación jerárquica, disciplina y ejemplaridad, valores primordiales en los Ejércitos; la posibilidad de solicitar la suspensión de la sanción y las vías de recurso, de hecho ejercidas, impiden estimar por la ejecución inmediata que se haya vulnerado los derechos a la tutela judicial y a la presunción de inocencia.

Se confirma la corrección constitucional de la labor sancionadora del Ministerio de Defensa.

Sentencia de 24 julio 2000, núm. 208/2000. T.C. Sala Segunda.
Recurso de Amparo núm. 4498/1999.

BOE 24 agosto 2000, núm. 203 (suplemento).

MATERIA

«HABEAS CORPUS»: Naturaleza: proceso de cognición limitada entendido como instrumento de control judicial que versa sobre aspectos o modalidades de la detención o la privación de libertad: doctrina constitucional. Alcance: no es ni un proceso contencioso-administrativo sobre la regularidad del acto o vía de hecho que origina la privación de libertad ni tampoco un proceso penal: vía reaccional de carácter cautelar o interdictal para reaccionar contra la privación de libertad pudiendo el privado de libertad optar por cualquiera de las tres vías: inexistencia de exclusión mutua. Objeto: importancia de la distinción entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia: doctrina constitucional. Jurisdicción y proceso militar: juzgado togado militar: procedimiento de «habeas corpus»: **sanción a guardia civil con arresto domiciliario de cuatro días: inadmisión a trámite de la solicitud de «habeas corpus» por el Juzgado Militar** en razón de la competencia de la autoridad sancionadora y del margen de apreciación de la Ley Orgánica Disciplinaria de la Guardia Civil: anticipo de juicio de fondo que imposibilita la comparecencia ante el juez y la formulación de alegaciones: vulneración existente. **Otorgamiento de amparo.**

PONENTE: D. Julio Diego González Campos

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

Suficiente al efecto: el arresto disciplinario militar y la inadmisión del “Habeas corpus” por Juez Togado Militar.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

Son en esencia los mismos de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, y siendo igualmente Ponente D. Julio Diego González Campos: **Sentencia 232/1999** que precede en este número de la Revista.

Votos particulares en Sentencias **263/2000** y **287/2000**.

III FALLO

Otorgan el amparo solicitado.

Reconocen que se ha vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la libertad personal.

Anular el Auto del Juez Togado Militar Territorial.

IV COMENTARIOS

Remitimos al lector a los efectuados respecto a la **Sentencia 232/1999** (en este mismo número), y a las que subsiguen **SS 263 y 287 del 2000**.

Sentencia de 24 julio 2000, núm. 209/2000. T.C. Sala Segunda
Recurso de Amparo núm. 4565/1999.
BOE 24 agosto 2000, núm. 203 (suplemento).

MATERIA

«HABEAS CORPUS»: Naturaleza: proceso de cognición limitada entendido como instrumento de control judicial que versa sobre aspectos o modalidades de la detención o la privación de libertad: doctrina constitucional. Alcance: no es ni un proceso contencioso-administrativo sobre la regularidad del acto o vía de hecho que origina la privación de libertad ni tampoco un proceso penal: vía reaccional de carácter cautelar o interdictal para reaccionar contra la privación de libertad pudiendo el privado de libertad optar por cualquiera de las tres vías: inexistencia de exclusión mutua. Objeto: importancia de la distinción entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia: doctrina constitucional. Jurisdicción y proceso militar: juzgado togado militar: procedimiento de «habeas corpus»: **sanción a guardia civil con arresto domiciliario de seis días: inadmisión a trámite de la solicitud de «habeas corpus» por el Juzgado Militar** en razón de la competencia de la autoridad y del cumplimiento de la sanción disciplinaria: antecipo de juicio de fondo que imposibilita la comparecencia ante el Juez y la formulación de alegaciones: vulneración existente. **Otorgamiento de amparo.**

PONENTE: D. Julio Diego González Campos

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

Suficiente al efecto: el arresto disciplinario militar y la inadmisión del “Habeas corpus” por Juez Togado Militar.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

Son en esencia los mismos de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, y siendo igualmente Ponente D. Julio Diego González Campos: **Sentencia 232/1999** que precede en este número de la Revista.

Votos particulares en **Sentencias 263/2000 y 287/2000.**

III FALLO

Otorgan el amparo solicitado.

Reconocen que se ha vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la libertad personal.

Anular el Auto del Juez Togado Militar Territorial.

IV COMENTARIOS

Remitimos al lector a los efectuados respecto a la **Sentencia 232/1999** (en este mismo número), y a las que subsiguen **SS 263 y 287 del 2000**.

Sentencia de 18 septiembre 2000, núm. 211/2000. T.C. Sala Primera.
Recurso de Amparo núm. 1100/1996.
BOE 19 octubre 2000, núm. 251 (suplemento).

MATERIA

DERECHO FUNDAMENTAL A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA SU DEFENSA: Alcance: derecho inseparable del derecho mismo de defensa: doctrina constitucional. Pertinencia de la prueba y arbitrio judicial: admisión: no faculta para exigir la admisión judicial de todas las pruebas que puedan proponer las partes: atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, correspondiendo a los jueces y tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas; control por el TC: **inactividad judicial de prueba relevante o decisiva para el proceso una vez admitida**: resolución de distinto sesgo o alcance caso de practicarse la prueba. Jurisdicción y proceso contencioso-administrativo: servicio militar: enfermedad neurótica sobrevenida en el servicio a filas: declaración de inutilidad: ingreso en el Cuerpo de Mutilados: solicitud de práctica de prueba en tiempo y forma oportunos: prueba pericial psiquiátrica decisiva para la resolución del proceso: falta de práctica tras su admisión debido a pasividad y negligencia del órgano judicial: reconocimiento de pertinencia: indefensión material: vulneración existente. **Otorgamiento de amparo.**

PONENTE: D. Pablo García Manzano

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

El recurrente se incorporó al servicio militar en octubre del año 1978, siendo destinado a la Policía Militar. Al cabo de unos nueve meses se le presentaron síntomas de neurosis, lo que provocó que el Tribunal Médico Militar le declarase, en julio de 1979, excluido temporal y posteriormente excluido total.

Una vez finalizado el período de servicio militar, y ante la irreversibilidad de la enfermedad psíquica, en el año 1987 el señor P. J. solicitó al Ministerio de Defensa que le declarase inútil a efectos del ingreso en el Cuerpo de Mutilados (con arreglo a la entonces vigente Ley de 11 de marzo de 1976 [RCL 1976\510 y ApNDL 10069], luego sustituida, a efectos de declaración de inutilidad, por el Real Decreto 1234/1990, de 11 de

octubre [RCL 1990\2112], por el que se regula la concesión de pensiones del régimen de clases pasivas del Estado a quienes prestan el servicio militar y a los alumnos de los centros docentes militares de formación).

Dentro del procedimiento de declaración de inutilidad, el Tribunal Médico de la Región Militar Sur informó, en octubre de 1988, que no existía relación de causa a efecto entre las circunstancias del servicio militar y la enfermedad padecida. Por ello, el Director General de Personal del Ministerio de Defensa resolvió, en noviembre de 1991, denegar la inutilidad física en acto de servicio. Frente a esta resolución se interpuso recurso de alzada, que fue desestimado por el Ministro de Defensa por Resolución de 28 de mayo de 1992.

...

El recurrente fundamenta la demanda de amparo en la vulneración de su derecho a la utilización de los medios de prueba (art. 24.2 CE), porque la no práctica de la prueba pericial previamente admitida le impidió acreditar que no padecía la enfermedad antes de la incorporación al servicio militar y que, por consiguiente, la contrajo entonces, provocándole una situación de indefensión contraria, asimismo, al art. 24.1 CE.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

Conviene recordar la doctrina que este Tribunal viene elaborando en relación con las consecuencias que para el derecho a la utilización de medios de prueba (art. 24.2 CE) tiene la no práctica de alguna diligencia probatoria previamente admitida. En las SSTC 217/1998, de 16 de noviembre (RTC 1998\217), 219/1998, de 16 de noviembre (RTC 1998\219), 183/1999, de 11 de octubre (RTC 1999\183), 26/2000, de 31 de enero (RTC 2000\26), 37/2000, de 14 de febrero (RTC 2000\37) y 45/2000, de 14 de febrero (RTC 2000\45), por no citar sino las más recientes, se dijo que la falta de práctica de alguna prueba únicamente vulnera el citado derecho fundamental cuando ello no sea imputable al recurrente sino sólo al órgano jurisdiccional, y cuando aquél acredite que tal circunstancia, además de privarle de un elemento esencial para su defensa, pudo haber influido de forma decisiva en el resultado del pleito, provocándose así una situación de indefensión material. A quien invoca el menoscabo del art. 24.2 CE se le exige, a tal efecto, que justifique tanto la relación entre los hechos de cuya probanza se trataba y la prueba no practicada, como el carácter determinante de dicha prueba en relación con el sentido concreto del fallo.

...

De manera que, atendidas las circunstancias concretas del proceso antecedente, debemos concluir que el ahora demandante hizo cuanto le era razonablemente exigible para advertir al órgano jurisdiccional que la prueba pericial admitida no se practicó y reaccionar contra la falta de práctica de tal medio probatorio.

...

La cuestión debatida en la vía administrativa fue, como señala el recurrente, el momento en que contrajo la enfermedad y las causas por las que se manifestó, pues para ver reconocido su derecho a la prestación económica, el demandante debía acreditar una de estas dos cosas: o que padecía la neurosis antes de incorporarse a filas y que se vio agravada por las circunstancias del servicio militar, o que, por el contrario, no padecía la neurosis en el momento de ingresar como soldado en las Fuerzas Armadas y la contrajo «con motivo de las actividades propias de la prestación del servicio militar».

De lo anterior se infiere que la no práctica de dicha pericia privó a la Sala sentenciadora de un elemento de convicción fundamental, que ella misma había considerado pertinente mediante Auto de 3 de octubre de 1994. Cabe añadir que la falta de tal medio probatorio resultó determinante del fallo, con lo que éste pudo haber sido de otro signo, y ello queda de manifiesto en que la Sala fundó su decisión, precisamente, en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener con la prueba omitida. Efectivamente, la Sentencia impugnada afirma, en su fundamento jurídico 3, que no quedó acreditado que las funciones realizadas durante el servicio militar sometieran al recurrente a presiones extraordinarias ni que, en consecuencia, pudiesen haber dado lugar a su enfermedad y, sobre todo, que «no habiéndose acreditado que el actor no padeciera la enfermedad con anterioridad a la prestación del servicio militar, ni que exista relación de causalidad y teniendo en cuenta que su padecimiento es de etiología común, procede desestimar su solicitud». Así pues, la Sala argumentó como «ratio decidendi» que no se probó la antigüedad ni las causas de la enfermedad, cuando ése era cabalmente el objeto de la prueba pericial que ella misma había admitido y cuya práctica no llevó a efecto.

III FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don José P. J. y, en su virtud:

1º. Reconocer el derecho del demandante a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE).

2º. Declarar la nulidad de la Sentencia dictada, el 11 de enero de 1996, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso núm. 4551/1992.

3º. Retrotraer las actuaciones del mencionado recurso al momento procesal oportuno, a fin de que se practique la prueba pericial médica admitida y se proceda a dictar nueva Sentencia.

IV COMENTARIOS

El reproche del T.C. se dirige, no a la actividad administrativa del Ministerio de Defensa, sino a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

La Sala acordó la prueba pericial solicitada por el recurrente de amparo, y declaró finalizado el período de prueba sin haberla practicado, denunciándose, en escrito de conclusiones, la falta de dicha prueba, y a pesar de ello el Tribunal dictó Sentencia declarando no probado que la enfermedad se contrajera durante el servicio militar.

El T.C. estima vulnerado el artº 24.2 de la C.E. por negarse el derecho a la utilización de los medios de prueba que prescriban la indefensión.

Sentencia de 18 septiembre 2000, núm. 221/2000. T.C. Sala Primera.
Recurso de Amparo núm. 1304/1998.
BOE 19 octubre 2000, núm. 251 (suplemento).

MATERIA

DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE LETRADO: Ambito: proceso penal: acceso a los recursos: además de constituir un derecho del imputado es un requisito procesal por cuyo cumplimiento debe velar el órgano judicial, si bien en ningún caso cabe transformar un derecho fundamental que es, simultáneamente, un elemento decisivo del proceso penal, en un mero requisito formal que pueda convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial, como es la del recurso: **la presencia de procurador y letrado son requisitos de cumplimiento subsanables**: sólo cuando no hayan sido subsanados tras haberse dado a la parte oportunidad para ello podrán servir como motivo de inadmisibilidad sin lesionar el derecho fundamental. **Otorgamiento de amparo.**

PONENTE: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

El demandante de amparo fue condenado en Sentencia de 14 de mayo de 1997, dictada por el Tribunal Militar Territorial Segundo en el sumario 22/8/1993, seguido por delito de imprudencia del art. 159.2 del Código Penal Militar (RCL 1985\2914 y ApNDL 2366), a la pena de tres meses y un día de prisión.

Anunciada su intención de interponer recurso de casación contra la anterior Sentencia, el Tribunal Militar Territorial Segundo citó al recurrente a una comparecencia, que tuvo lugar el 25 de septiembre de 1997, a fin de notificarle en forma que tenía por preparado el recurso de casación y, al propio tiempo, emplazarle, por término de quince días, para que compareciere ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo para hacer uso de su derecho. En dicha comparecencia se le requirió para que, en ese acto, designare un Abogado y Procurador para su defensa y representación, con la advertencia de que, en otro caso, le serían designados de los del turno de oficio del Colegio de Madrid. El recurrente manifestó que se pondría en contacto con su Abogado de Sevilla y comunicaría su decisión

lo antes posible al Tribunal, manifestación que se consignó en el acta de la comparecencia.

...

Con fecha de 30 de septiembre de 1997, el Tribunal sentenciador elevó a la Sala del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones a las que se refiere el art. 861 LECrim. La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, mediante el Auto de fecha 3 de noviembre de 1997, declaró desierto el recurso de casación, por haber transcurrido el término del emplazamiento, que expiró el 13 de octubre de 1997, sin que hubiere comparecido el recurrente. Señala la Sala que aparece acreditado en los autos que el emplazamiento se verificó en legal forma y personalmente al recurrente con fecha de 25 de septiembre de 1997, así como a su Procuradora señora V. R., el 17 de septiembre de 1997.

...

La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, por providencia de 17 de febrero de 1998, declaró no haber lugar a lo solicitado, ordenando estar a lo acordado en el Auto de 3 de noviembre «al no haber comparecido el recurrente ante esta Sala en el término que le fue conferido.

...

El demandante entiende vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente previstos, pues la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ha incurrido en error al considerar que tenía representación y defensa técnicas, cuando en realidad no se le había nombrado Procurador de oficio como había solicitado. Estima que se le debió comunicar, antes de declarar desierto el recurso, que no podía acudir al Tribunal Supremo con una postulación de carácter mixto o, en todo caso, permitirle la subsanación de tal defecto.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

Según tenemos establecido, «la asistencia de Letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras, y además (unida ya con la representación del Procurador), un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aun así mantuviese una actitud pasiva, procediendo directamente al nombramiento de Abogado y Procurador. En ningún caso cabe transformar un derecho fundamental que es, simultáneamente, un elemento decisivo del proceso penal, en un mero requisito

formal, que pueda convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial, como es la del recurso».

...

En el presente caso, el condenado manifestó su intención de impugnar una Sentencia y también su voluntad de disponer de Procurador por el turno de oficio, a efectos de la interposición del recurso de casación; petición que formula directamente al Tribunal sentenciador, a través de un fax, al siguiente día de la celebración de una comparecencia ante dicho órgano, que tenía como finalidad emplazarle ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y en la que se le advirtió expresamente, tras requerirle para que nombrase Abogado y Procurador, que de no efectuar tales nombramientos le serían designados de los del turno de oficio.

...

No puede estimarse que se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva si se consideró que el medio concreto a través del cual fue efectuada la solicitud resultó determinante de la pérdida de tal beneficio, y de la del propio recurso de casación, cuando se constata que llegó a conocimiento del Tribunal. Y por ello resulta razonable que el ahora quejoso confiara en una respuesta a dicha solicitud que le permitiera la formalización del recurso mediante Procurador de oficio, o bien, en caso de su denegación, por uno de su libre designación, expectativa que vio frustrada porque la única respuesta de la Sala del Tribunal Supremo fue la declaración de desierto aplicado al recurso por haber transcurrido ya el término del emplazamiento. Pero es que, además, en el caso de que aquella solicitud no hubiere llegado a conocimiento del órgano judicial, o no se le hubiere otorgado validez, debió procederse conforme se le había advertido previamente al recurrente: efectuar las designaciones de oficio.

III FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo promovido por don Carlos A. G. y, en consecuencia:

1º. Reconocer al recurrente su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin indefensión.

2º. Anular el Auto de 3 de noviembre de 1977 y la providencia de 17 de febrero de 1998 de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

3º. Retrotraer las actuaciones judiciales a fin de posibilitar a don Carlos A. G., a través de Procurador y con asistencia de Abogado, la interposición del recurso de casación ante la referida Sala.

IV COMENTARIOS

El Auto de 3 de noviembre de 1977 de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo declaró desierto el recurso de casación al no comparecer el condenado mediante Procurador, cuya designación de oficio había solicitado; Por Providencia se desestimó la petición de Letrado de que se designase Procurador de Oficio en Madrid, pues el que constaba en Autos y el notificado en su día era de Sevilla.

El malentendido producido, y siendo evidente la decisión de interponer el recurso anunciado, no puede conculcar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Sentencia de 2 octubre 2000, núm. 233/2000. T.C. Sala Segunda.
Recurso de Amparo núm. 566/2000.
BOE 7 noviembre 2000, núm. 267 (suplemento).

MATERIA

HABEAS CORPUS: Naturaleza: proceso de cognición limitada entendido como instrumento de control judicial que versa sobre aspectos o modalidades de la detención o la privación de libertad: doctrina constitucional. Alcance: no es ni un proceso contencioso-administrativo sobre la regularidad del acto o vía de hecho que origina la privación de libertad ni tampoco un proceso penal: vía reaccional de carácter cautelar o interdictal para reaccionar contra la privación de libertad pudiendo el privado de libertad optar por cualquiera de las tres vías: inexistencia de exclusión mutua. Objeto: importancia de la distinción entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia: doctrina constitucional. Jurisdicción y proceso militar: Juzgado Togado Militar: procedimiento de «habeas corpus»: sanción a guardia civil con arresto domiciliario de cuatro días: **inadmisión a trámite de la solicitud de «habeas corpus» por el Juzgado Tagado Militar en razón de apariencia de legalidad de la sanción impuesta**: anticipo de juicio de fondo que imposibilita la comparecencia ante el juez y la formulación de alegaciones: vulneración existente. **Otorgamiento de amparo.**

PONENTE: D. Julio Diego González Campos

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

Suficiente al efecto: el arresto disciplinario militar y la inadmisión del “Habeas corpus” por Juez Togado Militar.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

Son en esencia los mismos de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, y siendo igualmente Ponente D. Julio Diego González Campos: **Sentencia 232/1999** que precede en este número de la Revista.

Votos particulares en **Sentencias 263/2000 y 287/2000.**

III FALLO

Otorgan el amparo solicitado.

Reconocen que se ha vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la libertad personal.

Anular el Auto del Juez Togado Militar Territorial.

IV COMENTARIOS

Remitimos al lector a los efectuados respecto a la **Sentencia 232/1999** (en este mismo número), y a las que subsiguen **SS 263 y 287 del 2000**.

Sentencia de 30 octubre 2000, núm. 263/2000. T.C. Sala Primera.
Recurso de Amparo núm. 3889/1999.
BOE 1 diciembre 2000, núm. 288 (suplemento).

MATERIA

HABEAS CORPUS: Naturaleza: proceso de cognición limitada entendido como instrumento de control judicial que versa sobre aspectos o modalidades de la detención o la privación de libertad: doctrina constitucional. Objeto: importancia de la distinción entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia: doctrina constitucional. Jurisdicción y proceso militar: Juzgado Togado Militar: procedimiento de «habeas corpus»: sanción a guardia civil **con arresto domiciliario de cuatro días: inadmisión a trámite de la solicitud de *habeas corpus* por el Juzgado Militar en razón de la competencia de la autoridad sancionadora y del margen de apreciación de la Ley Orgánica Disciplinaria de la guardia civil**: anticipo de juicio de fondo que imposibilita la comparecencia ante el juez y la formulación de alegaciones: vulneración existente. **Otorgamiento de amparo.**

Voto particular formulado por el Magistrado don Fernando Garrido Falla

PONENTE: D. María Emilia Casas Baamonde

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

El día 26 de agosto de 1999 el recurrente en amparo, guardia civil, fue sancionado por el Sargento Comandante del Puesto de la Guardia Civil de Lanaja (Huesca), en el que estaba destinado, con cuatro días de arresto domiciliario por considerarle autor de una falta disciplinaria leve.

...

Evacuado informe del Fiscal contrario a la tramitación del procedimiento de *habeas corpus*, el Juez Togado acordó, mediante Auto de 27 de agosto de 1999, y tras reconocer su competencia, denegar la incoación de dicho procedimiento al entender que no concurrían los supuestos previstos en el art. 1 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo (RCL 1984\1372 y ApNDL 3699), reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*, desestimando igualmente la petición de planteamiento de la cuestión de inconsti-

tucionalidad. Así, en el razonamiento jurídico segundo de su resolución, el Organo Judicial afirmaba lo siguiente:

«... el procedimiento de *habeas corpus* configurado en nuestra Constitución y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984 tiene por objeto obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad Judicial competente de cualquier persona detenida ilegalmente, internada ilícitamente en cualquier establecimiento o lugar o por un plazo superior al señalado en las Leyes. Circunstancias que no concurren en la persona del Guardia Civil don Eduardo Carlos H. F., quien se halla cumpliendo una sanción disciplinaria impuesta por el Sargento Comandante de Puesto de la Guardia Civil de Lanaja (Huesca), no habiendo transcurrido el plazo legal para su puesta en libertad».

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

La pretensión que se formula en el presente recurso es idéntica, en lo sustancial, a la de los recursos de amparo resueltos por las SSTC 208/2000 (RTC 2000\208) y 209/2000, de 14 de junio (RTC 2000\209), respectivamente, que recogen la doctrina de este Tribunal en relación con el derecho a la libertad personal y el procedimiento de *habeas corpus*. Debemos remitirnos, pues, al igual que ya lo hizo la posterior STC 233/2000, de 2 de octubre (RTC 2000\233), a lo afirmado en aquellas dos Sentencias de contenido muy semejante, teniendo igualmente su origen la segunda de ellas en otro Auto del Juzgado Togado Militar Territorial núm. 32 de Zaragoza, denegatorio de la solicitud de incoación del procedimiento de «*habeas corpus*» instada por un agente de la Guardia Civil contra una sanción de arresto domiciliario.

...

Aun cuando la Ley Orgánica 6/1984 permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, e incluso denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad de tal inadmisión a trámite debe reducirse a los supuestos en que se incumplan los requisitos formales –tanto los presupuestos procesales, como los elementos formales de la solicitud– a los que se refiere el art. 4. LOHC (SSTC 232/1999, F. 4, 208/2000 y 209/2000, F. 5). Por ello, constatada la existencia de la detención, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de la misma (SSTC 66/1996, de 16 de abril [RTC 1996\66], F. 3 y 86/1996, de 21 de mayo [RTC 1996\86], F. 10), no procede acordar la inadmisión, sino exa-

minar dichas circunstancias. Así, hemos declarado expresamente improcedente la inadmisión fundada en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente detenido (SSTC 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996\21), F. 7 y 86/1996, de 21 de mayo (RTC 1996\86), F. 11), pues «el enjuiciamiento de la legalidad de sus circunstancias ha de realizarse en el fondo», lo que obliga al juez a examinarlas y, consecuentemente, a oír al solicitante del «habeas corpus» (SSTC 174/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999\174], F. 6, y 232/1999, de 13 de diciembre, F. 4). Como dijimos en la mencionada STC 86/1996 (F. 10), «si existe una situación de privación de libertad no es lícito denegar la incoación del *habeas corpus*, ya que es de esencia a este proceso especial dirigido a resguardar la libertad personal que el juez compruebe personalmente la situación de la persona que pide el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida».

...

Pues bien, la aplicación de dicha doctrina, y en concreto de la que recientemente hemos formulado en las citadas SSTC 208/2000 y 209/2000 sobre el contenido constitucional del mencionado derecho y la naturaleza y finalidad de la garantía del *habeas corpus* (FF JJ 3, 4 y 5) ha de conducirnos ahora, al igual que entonces, al otorgamiento del amparo, ya que una vez acreditado por la propia resolución judicial que el demandante de amparo se encontraba en el momento de instar el procedimiento de «habeas corpus» cumpliendo la sanción disciplinaria impuesta, sin que hubiera transcurrido el plazo legal para su puesta en libertad, es claro que «la resolución judicial anticipó el fondo en el trámite de admisión, impidiendo así que el recurrente compareciera ante el Juez e imposibilitando que formulara alegaciones y propusiera los medios de prueba pertinentes para tratar de acreditarlas (STC 232/1999, F. 5). En definitiva, el órgano judicial no ejercitó de una manera eficaz el control de la privación de libertad y, por tanto, desconoció la naturaleza y función constitucional del procedimiento de “habeas corpus” según se desprende del art. 17.4 CE».

III FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado, reconocer su derecho a la libertad personal y declarar la nulidad del Auto.

IV VOTO PARTICULAR (Resumen)

Que emite el Magistrado don Fernando Garrido Falla en el recurso de amparo 3889/1999.

En el caso que nos ocupa -sanción disciplinaria de cuatro días de arresto domiciliario a un guardia civil- el sancionado acudió (por cierto, sin deducir recurso alguno contra la sanción, existiendo recurso de alzada ante el superior jerárquico) ante el Juez Togado invocando la Ley Orgánica de «habeas corpus» y lo que aquí se recurre es el Auto del referido Juez denegando la incoación del procedimiento ya que las circunstancias exigidas por la Ley «no concurren en la persona del guardia civil don E. C. H. F., quien se halla cumpliendo una sanción disciplinaria impuesta por el sargento comandante de puesto de la Guardia Civil... no habiendo transcurrido el plazo legal para su puesta en libertad».

Posiblemente se advierta un déficit argumental en este escueto Auto, pero ciertamente explicable, no sólo por la escasa importancia del caso, sino por las claras expresiones con las que se regula esta materia en la Ley Orgánica 11/1991 (RCL 1991\1540), de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Pues, en efecto, en esta Ley se define a la Guardia Civil «... como instituto armado de carácter militar y estructura jerarquizada» (art. 1); se establece para las faltas leves la sanción de «arresto de uno a treinta días en domicilio» (art. 10); la competencia del comandante de puesto para imponerla (art. 19); la ejecutoriedad de las sanciones (art. 54) y, en fin, la posibilidad de recurso ante el superior jerárquico (art. 64). En la Sentencia de la que discrepo se dice, no sin razón, que «constatada la existencia de la detención, **si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de la misma** (SSTC 66/1996 [RTC 1996\66] y 86/1996 [RTC 1996\86]) no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias».

Pero cabe preguntarse **cuáles pudieran ser las dudas del Juez Togado ante un caso como éste**, teniendo en cuenta que su decisión no es un pronunciamiento en cuanto al fondo y la rotundidad de los preceptos que se acaban de citar. **¿Acaso si hubiese decidido mandar que se le trajese a su presencia, cabe razonablemente pensar que su decisión en cuanto a la incoación del *habeas corpus* hubiese sido otra?**

V COMENTARIOS

Nos remitimos a los afectados respecto a la Sentencia número 232/1999 (208/2000, 209/2000; y 233/2000), todas de la Sección Segunda del T.C., criterios mantenidos y asumidos mayoritariamente por la Sala Primera en esta Sentencia número 263/2000, al igual que en la número 287/2000.

El Voto Particular de Don Fernando Garrido Falla, parte de la afirmación de que “constada la existencia de la detención, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de la misma” debe examinar tales circunstancias antes que decretar la inadmisión.

Acertadamente el Magistrado Sr. Garrido Falla se pregunta ¿Qué duda podría tener el Juez Togado? y ¿En presencia del Juez Togado habría argumento que le hubiera hecho variar de opinión?.

Añado tímidamente ¿Cuántas sanciones por falta leve se imponen cada año a 60.000 Guardias Civiles? ¿Tendría el Juez Togado que oír las manifestaciones de cada uno de los sancionados?.

Sentencia de 27 noviembre 2000, núm. 280/2000. T.C. Sala Segunda
Recurso de Amparo núm. 1572/1997.
BOE 4 enero 2001, núm. 4 (suplemento).

MATERIA

DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES: Acción popular: **no existe un imperativo constitucional** en virtud del cual toda ley procesal penal deba dar entrada a dicha acción como exigencia del contenido del derecho fundamental: la CE abre a la ley un amplio espacio de disponibilidad para que en relación con determinados ámbitos jurisdiccionales pueda o no establecerla: sólo existe cuando la ley la establece. Jurisdicción y proceso militar: **acción popular**: aplicación al proceso militar: LO 2/1989: diferencia con otros supuestos anteriores: cuestión de legalidad ordinaria: vulneración inexistente. **Denegación de amparo.**

PONENTE: D. Rafael de Mendizábal Allende

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

Por medio de escrito registrado en el Juzgado de guardia de Madrid el día 11 de abril de 1997 la representación procesal de la Associació d'informació per a la defensa dels soldats interpuso el recurso de amparo constitucional que se hace mérito en el encabezamiento. En la demanda se nos cuenta que la resolución judicial impugnada (RJ 1997\2508) inadmite el recurso de casación interpuesto por la recurrente contra el Auto de 1 de julio de 1996 del Tribunal Militar Territorial Tercero, que, a su vez, desestimó el recurso de queja presentado contra otro Auto anterior del Juzgado Togado Militar núm. 31 que denegó la posibilidad de ejercitar la acción popular y de personación en la causa 31-2-1996, que había sido instruida a raíz de la denuncia del soldado don Eduardo G. P.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

Tras haber partido de la constatación de que en el mandato establecido en art. 24 CE, no se hace mención alguna a la acción popular (fundamentos jurídicos 2 y 3), y de que en el propio título constitucional que hace referencia explícita a la acción popular (art. 125 CE) se introduce, como

elemento de su supuesto, el de que sea la ley la que haya de determinar los procesos penales en los que deba existir, hemos afirmado en la citada STC 64/1999, de 24 de junio, que «la Constitución en ese precepto -art. 125 CE- abre a la ley un amplio espacio de disponibilidad, sin precisa limitación, para que en relación con determinados ámbitos jurisdiccionales o tipos distintos de procesos la acción popular pueda, o no, establecerse». Y en atención a tales circunstancias este Tribunal ha declarado que «es perfectamente adecuado a dicho precepto constitucional que en determinados procesos no exista tal acción».

...

Al contrario de lo que sostiene el demandante en sus alegaciones al presente recurso, en las que habla de una interpretación más favorable al ejercicio de la acción popular en el proceso penal militar, hay que responder que «no es irrazonable entender -del mismo modo en que también así ha sido entendido por el Fiscal- que tanto la LECrim como la Ley Orgánica 2/1989, regulan una sola acción penal (no dos, particular y popular) y, por ello, tampoco puede serlo interpretar, como lo han hecho las resoluciones impugnadas, que el régimen de la acción popular establecido en la LECrim no puede aplicarse como supletorio de lo establecido en la Ley Orgánica 2/1989, al resultar incompatibles dada la distinta amplitud con que una y otra norma regulan el ámbito de los legitimados para ejercer la acción penal» (STC 64/1999, de 24 de junio, F. 5).

Y es que, en definitiva, el principio hermenéutico «pro actione» no puede ser utilizado para decidir si la acción existe o no. El ámbito en el que dicho principio opera con intensidad es el de la hora de acceder al sistema judicial para resolver, precisamente, los problemas del enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción, pero no el de la decisión del problema previo sobre si la acción existe o no, que es el que se suscita y resuelve en este proceso.

III FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo.

IV COMENTARIOS

Se pretende ejercitar la denominada **acción popular** en Causa penal militar seguida ante la Jurisdicción Militar, estimándose que la acción popular forma parte del derecho de acceso al proceso que forma parte esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la C.E.

La **Associació d'informació per a la defensa del's soldats** vió inadmitido el recurso de casación interpuesto frente a Sentencia del Tribunal Militar Territorial, y desestimación del Recurso de Queja interpuesto ante la Sala Quinta del T.S.

El Tribunal Constitucional, considerando que el mandato del artículo 24 de la Constitución no se refiere en modo alguno a la acción popular, y precisa que el artículo 125 limita el ejercicio de la acción popular a los procesos penales que la Ley determina. Dicho artículo se refiere al Jurado, Tribunales consuetudinarios y tradicionales, en la forma y en los procesos que se regulan en la ley formal.

En definitiva, interpretaron constitucionalmente la Ley 2/1989, el Tribunal Militar Territorial y la Sala Quinta del T.S., al no estar prevista la acción popular en la Jurisdicción Militar.

Sentencia de 27 noviembre 2000, núm. 287/2000. T.C. Sala Primera
Recurso de Amparo núm. 4735/1999.
BOE 4 enero 2001, núm. 4 (suplemento).

MATERIA

HABEAS CORPUS: Naturaleza: proceso de cognición limitada entendido como instrumento de control judicial que versa sobre aspectos o modalidades de la detención o situaciones irregulares de privación de libertad: doctrina constitucional. Objeto: importancia de la **distinción entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención** objeto de denuncia: doctrina constitucional. Jurisdicción y proceso militar: Juzgado Togado Militar: procedimiento de «habeas corpus»: sanción a guardia civil con arresto en establecimiento disciplinario militar de quince días: **inadmisión a trámite de la solicitud de «habeas corpus»** por el Juzgado Militar en razón de apariencia de legalidad de la sanción impuesta: anticipo de juicio de fondo que **imposibilita la comparecencia ante el Juez y la formulación de alegaciones**: vulneración existente. **Otorgamiento de amparo.**

Voto particular formulado por el magistrado don Manuel Jiménez de Parga al que se adhiere el magistrado don Fernando Garrido Falla.

PONENTE: D. Pablo García Manzano

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

El recurrente, Guardia Civil con destino en la Agrupación de Tráfico, Subsector de Cádiz, Destacamento de Tráfico de Cádiz, fue declarado responsable de una falta disciplinaria grave del art. 8.16 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio (RCL 1991\1540), del Régimen disciplinario de la Guardia Civil («la falta de subordinación cuando no constituya delito»), mediante Resolución del General Jefe de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, de 29 de septiembre de 1999, recaída en el expediente disciplinario núm. 270/1999, que le fue notificada el día 22 de octubre siguiente, imponiéndole la sanción disciplinaria de un mes y quince días de arresto en establecimiento disciplinario militar, con abono de los siete días de restricción de libertad cumplidos ya por dos faltas leves impuestas, por los mismos hechos, en su día, con base en la imputada inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y por falta de respeto a los supe-

riores y, en especial, las razones descompuestas y las réplicas desatentas a los mismos.

Por escrito del día 22 de octubre de 1999, fecha de su ingreso en el establecimiento disciplinario militar sito en el acuartelamiento de Montequinto de la 406 Comandancia, se dirigió el señor L. R. al Juzgado Togado Militar Territorial núm. 22 de San Fernando (Cádiz), en solicitud de incoación del procedimiento de «habeas corpus» por considerarse ilegítimamente privado de su libertad personal y a fin de que se decretara su inmediata puesta en libertad.

Por Auto de 22 de octubre de 1999, el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 22 de San Fernando (Cádiz), en consonancia con lo informado por el Fiscal Jurídico Militar, decidió:

«... acordar la denegación de la solicitud de incoación de procedimiento de “Habeas Corpus”, al no concurrir los requisitos legalmente establecidos para ello, ya que resulta evidente a la luz del propio escrito presentado que la sanción impuesta al mismo, lo ha sido por autoridad competente y dentro de los límites legalmente establecidos... y dentro de los límites temporales exigidos por las correspondientes normas disciplinarias... De todo lo dicho se infiere que no nos encontramos en ninguno de los casos que prevé el art. 1 de la Ley Orgánica 6/1984 (RCL 1984\1372 y ApNDL 3699)...», (fundamento jurídico segundo).

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

...

Atendidos los antecedentes fácticos del caso y las alegaciones del demandante, el presente recurso de amparo guarda relación con otros recientemente resueltos por este Tribunal, tanto por su Sala Segunda (SSTC 208/2000 [RTC 2000\208] y 209/2000 [RTC 2000\209], ambas de 24 de julio, y STC 233/2000, de 2 de octubre [RTC 2000\233]), como por esta Sala (STC 263/2000, de 30 de octubre [RTC 2000\263]). No parece por ello inconveniente que se insista en que el Auto del Juzgado Togado Militar -única resolución impugnada ante este Tribunal- no ha podido infringir el art. 25 CE, en cuanto que reconoce y garantiza el principio de legalidad sancionadora.

“No procede que examinemos ni la posible legalidad del arresto disciplinario, ni la suficiencia de las garantías en el procedimiento que concluyó con la imposición de la sanción, ni si quien la impuso tenía o no competencia para ello, porque de hacerlo, nos estaríamos inmiscuyendo en la

labor judicial y desconoceríamos el carácter subsidiario del recurso de amparo”.

...

A propósito de la cuestión planteada ha de tenerse en cuenta que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, mediante el procedimiento de «habeas corpus», previsto en el art. 17.4, inciso primero, CE, se ha articulado un medio de defensa de los derechos establecidos en el art. 17 CE al efecto de poner remedio, «a posteriori», a las situaciones irregulares de privación de libertad, mediante la puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente con la esencial finalidad de verificar judicialmente la legalidad y condiciones de la detención «en un procedimiento ágil y sencillo que permita, sin complicaciones innecesarias, el acceso a la autoridad judicial» (SSTC 98/1996, de 21 de mayo [RTC 1996\98]).

...

Este Tribunal ha destacado, por ello, de acuerdo con la específica naturaleza y finalidad del procedimiento de «habeas corpus», «la especial relevancia constitucional que en dicho procedimiento adquiere la distinción, explícitamente prevista en los arts. 6 y 8 LOHC, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia» (SSTC 174/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999\174], F. 6 y 232/1999, F. 4), atendido que «en el trámite de admisión no se produce la puesta a disposición judicial de la persona cuya detención se reputa ilegal, tal y como pretende el art. 17.4 CE, ya que la comparecencia ante el Juez de la persona detenida sólo se produce, de acuerdo con el párrafo 1 del art. 7 LOHC, una vez que el Juez ha decidido la admisión a trámite mediante el Auto de incoación» (SSTC 208/2000, 209/2000 y 233/2000, FF. 5).

Como afirmamos en nuestra reciente STC 263/2000, «aun cuando la Ley Orgánica 6/1984 permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, e incluso denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad de tal inadmisión a trámite debe reducirse a los supuestos en que se incumplan los requisitos formales -tanto los presupuestos procesales, como los elementos formales de la solicitud- a los que se refiere el art. 4 LOHC (SSTC 232/1999, F. 4 y 208/2000 y 209/2000, F. 5)».

...

Pues bien, la aplicación al presente caso de esta doctrina lleva directamente al otorgamiento del amparo solicitado.

En efecto, de una parte, el demandante instó la incoación de un procedimiento de «habeas corpus» ante el Juzgado Togado Militar, órgano judicial competente por tratarse de una sanción privativa de libertad impuesta por la Administración militar (entre otras, SSTC 1/1995, de 10 de enero [RTC 1995\1]; 25/1995, de 6 de febrero [RTC 1995\25]; 61/1995, de 19 de marzo [RTC 1995\61], y 113/1995, de 6 de julio [RTC 1995\113]). Y, de otra parte, a la denuncia de haber sido ilegalmente privado de su libertad se opone en el Auto impugnado la mera consideración de que, no concurriendo los supuestos de detención ilegal mencionados en el art. 1 LOHC, procede la inadmisión a trámite de la solicitud de incoación del procedimiento de «habeas corpus».

Sin embargo, al haberse adoptado esa decisión inadmisoria, no obstante hallarse el recurrente cumpliendo el arresto o sanción privativa de libertad, y ponerse en discusión precisamente el fundamento legal de la misma, realmente se anticipó la respuesta sobre el fondo en el trámite mismo de admisión, sin dar ocasión alguna al recurrente de comparecer y formular alegaciones y proponer, en su caso, los medios de prueba pertinentes al efecto de sostener su posición (SSTC 232/1999, F. 5; SSTC 208/2000, 209/2000 y 233/2000, FF. 6, y STC 263/2000, F. 4). En consecuencia, y en esa misma medida, el órgano jurisdiccional militar no ejercitó de manera eficaz el control garantizador de la privación de libertad, desconociendo así la naturaleza y función constitucional asignada al procedimiento de «habeas corpus». Tanto más cuanto que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 54.1 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, se trataba de una sanción inmediatamente ejecutiva, no estando prevista vía de recurso alguna (art. 6 LOHC) contra la resolución que acuerda la inadmisión a trámite del procedimiento de «habeas corpus» (SSTC 208/2000 y 209/2000, FF. 6 y 263/2000, F. 4).

III FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado, reconocer su derecho a la libertad personal, declarar la nulidad del Auto del Juzgado Togado Militar Territorial.

IV VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado **don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera** a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 4735/1999, al que presta su adhesión el Magistrado **don Fernando Garrido Falla**.

En la votación de la STC 263/2000, de 30 de octubre (RTC 2000\263), me pronuncié en contra de la fundamentación jurídica y parte dispositiva de la misma, igual que hizo el Magistrado don Fernando Garrido Falla, el cual formuló un valioso Voto particular, que comparto plenamente y ahora doy aquí por reproducido al tratarse de dos recursos de amparo relativos a unas cuestiones casi idénticas.

Dado que en la última Sentencia, de la que respetuosamente discrepo, se invocan resoluciones de nuestro Tribunal, exponiendo una doctrina que pudiera entenderse como definitiva, por lo concluyente, y acabada, por lo que tendría de remate o culminación, resumo a continuación las razones de **mi disentimiento**.

1. No existe un derecho fundamental al «habeas corpus»

El art. 17.4 CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) contiene un mandato al legislador para regular «un procedimiento de *habeas corpus*». No se reconoce un derecho fundamental, sino que se quiere que por ley se establezca una garantía institucional.

La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional se halla en la raíz de mi discrepancia.

En la STC 44/1991, de 25 de febrero (RTC 1991\44), F. 2, leemos: «Por lo que hace referencia a la pretendida vulneración del art. 17.4, primera parte, CE, es decir, del derecho a la obtención del **habeas corpus**, ha de señalarse que el citado precepto constitucional **no contiene propiamente un derecho fundamental sino una garantía institucional** que resulta de la tutela efectiva en todas sus vertientes. Dicho en otras palabras: Tal garantía se salvaguarda tanto mediante la obtención de una resolución de fondo como una liminar de rechazo a tramitar el incidente, debidamente fundadas ambas [SSTC 37/1982 (RTC 1982\37), F. 2; 68/1983 (RTC 1983\68), F. 6; 93/1984 (RTC 1984\93), F. 5 a); 153/1988 (RTC 1988\153), F. 4, y 62/1989 (RTC 1989\62), F. 2]».

Considerado el “habeas corpus”, en definitiva, como una garantía institucional, el fundamento jurídico 4 de la Sentencia de la mayoría no convence. El Auto recurrido, del Juez Togado Militar núm. 22 de San

Fernando (Cádiz), con su pertinente argumentación jurídica, es constitucionalmente correcto al «acordar la denegación de la solicitud de incoación del procedimiento de *habeas corpus*». Pero no anticipemos conclusiones.

2. Régimen disciplinario de la Guardia Civil

El recurrente en amparo es un Guardia Civil, que, como se expone en los antecedentes de la Sentencia, fue considerado autor de una falta de disciplina grave y se le impuso por el General-Jefe de su Agrupación la sanción de un mes y quince días de arresto en establecimiento militar disciplinario.

El «*habeas corpus*», conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo (RCL 1984\1372 y ApNDL 3699) (LOHC), es una garantía para «obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad judicial competente de cualquier persona detenida ilegalmente» (art. 1). Y se consideran «personas ilegalmente detenidas», para lo que en este caso importa, las que «lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes».

Evidente queda, a mi entender, que un Guardia Civil que comete una falta grave de indisciplina puede ser legalmente castigado por el General-Jefe de su Agrupación a permanecer arrestado un mes y quince días.

El régimen disciplinario de la Guardia Civil fue últimamente regulado por la **Ley Orgánica 11/1991**, de 17 de junio (RCL 1991\1540). En la Exposición de Motivos de esta Ley se afirma que el Cuerpo de la Guardia Civil «es un instituto armado de naturaleza militar», en el que «la disciplina constituye uno de los valores esenciales» y donde «la jerarquía representa uno de los principios cardinales de organización». El art. 1 incluye a las Reales Ordenanzas entre las normas que rigen la institución; Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, de 28 de diciembre de 1978 (RCL 1979\90, 395 y ApNDL 6195), en las que la disciplina es un principio esencial (art. 1), ya que «para vivir la profesión militar se requiere una acendrada vocación, que se desarrollará con los hábitos de disciplina y abnegación hasta alcanzar el alto grado de entrega a la carrera de las armas que la propia vocación demanda» (art. 25).

El Guardia Civil recurrente en amparo está sometido a esta especial relación de sujeción que configura la disciplina militar.

Es completamente coherente el art. 25.3 CE al no referirse a la Administración militar: «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». La Administración militar se vertebra de otro modo. Por ello es también un precepto a tener en cuenta, para apreciar la peculiaridad del estatuto constitucional de los militares, el incluido en el art. 28.1 CE, permitiendo que la ley limite o exceptúe el ejercicio del derecho de sindicación a los Cuerpos sometidos a disciplina militar.

3. Corrección constitucional de la sanción impuesta.

El Guardia Civil recurrente no fue privado de libertad de forma ilegal, sino que se cumplieron los requisitos fijados en la Ley Orgánica 11/1991, del Régimen Disciplinario del Instituto Armado.

Una vez tramitado el procedimiento sancionador conforme a la Ley (arts. 31 y siguientes), se consideró que el Guardia Civil había cometido una «falta de subordinación» no constitutiva de delito, que debía calificarse como falta grave [art. 8.1 b)], correspondiendo al General-Jefe de la Agrupación la potestad para sancionarle (arts. 19 y 22), dentro del límite legal de tres meses de arresto, en un establecimiento disciplinario militar (art. 10.2).

El «habeas corpus», según hemos advertido, es una garantía para poner a disposición de la Autoridad judicial a las **personas detenidas ilegalmente**. No es éste el supuesto del Guardia Civil quejoso.

4. El Auto recurrido en amparo.

En nuestra jurisprudencia se ha afirmado, respecto a las decisiones de los jueces que se pronuncian sobre peticiones de «habeas corpus», que «constatada la existencia de la detención, **si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias» de la misma (SSTC 66/1996 [RTC 1996\66] y 86/1996 [RTC 1996\86]) no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias (STC 263/2000, de 30 de octubre, F. 3).**

La duda es vacilación del ánimo respecto a dos decisiones, con la suspensión voluntaria y transitoria del juicio para dar espacio y tiempo al espíritu a fin de que coordine todas sus ideas y todos sus conocimientos. **Al Juez Togado Militar no se le planteó duda alguna, pues era eviden-**

te que se habían cumplido las exigencias de la Ley Orgánica 11/1991. El Fiscal Jurídico Militar también vio claro el asunto. La garantía institucional («habeas corpus») se salvaguardaba, en este caso, con la inadmisión del incidente, que es la doctrina de este Tribunal recordada en la STC 44/1991, transcrita al principio de este Voto.

Si se aceptase la tesis expuesta en el F. 4 (que es la contenida en otras Sentencias recientes), o sea: que la decisión de denegar la solicitud de *habeas corpus* debe reducirse a los supuestos en que se incumplan los requisitos formales a que se refiere el art. 4 LOHC, centenares de resoluciones de este Tribunal Constitucional (providencias y Autos de inadmisión de recursos de amparo) tendrían que ser reconsideradas en adelante. **A todos, o a la mayor parte, de los quejosos en amparo habría que constatarles con un «juicio de fondo», sin que bastase el «juicio de admisibilidad».**

En esta misma línea, me parece que la tesis de la mayoría olvida que el propio art. 4 LOHC contempla como uno de los presupuestos de admisibilidad de la demanda de «habeas corpus» **la cita del «motivo concreto por el que se solicita».** Si ese motivo no es mencionado o sí, en caso contrario, resulta manifiestamente infundado, la demanda puede y debe ser inadmitida, según el art. 6 LOHC, previa audiencia del Ministerio Fiscal. **No entenderlo así es tanto como convertir al Juez que conoce de esta garantía institucional en un Juez que revise la legalidad de la sanción disciplinaria, con grave hipertrofia del ámbito natural del «habeas corpus».**

Así, por lo que respecta al presente caso, el demandante alegaba, entre otros extremos, la incompetencia de la autoridad administrativa -del mando de la Guardia Civil- para imponer la sanción de privación de libertad y la insuficiencia de garantías en el procedimiento que concluyó con la imposición de la sanción. El primer alegato, en cuanto al fondo, ignora lo que este Tribunal ya ha declarado sobre el alcance del art. 25.3 CE en relación con el Instituto Armado de la Guardia Civil (entre muchas, STC 1/1995 [RTC 1995\1]); y en cuanto a la pertinencia procesal del examen de ambas alegaciones, ni siquiera este Tribunal entra a analizarlas al no constarle la impugnación en vía contencioso-disciplinaria de la sanción impuesta. ¿Le era entonces exigible al Juez que conoció del «habeas corpus» enjuiciar tales cuestiones? ¿No revela esto que puede existir una situación de privación de libertad y una pretensión de «habeas corpus» fundada en motivos de los que en absoluto corresponda enjuiciar al **Juez del habeas, que tiene una cognición limitada,** ya que no puede decir la

última palabra, ni a veces la primera, sobre la legalidad de una detención sin invadir el ámbito de competencias de otros Tribunales? Más claramente: apreciada la competencia del órgano sancionante por el Juez del *habeas corpus*, en el seno de un procedimiento en el que hubo audiencia del ahora demandante de amparo e imponiéndose la sanción dentro de los límites legalmente establecidos, ¿qué ilegalidad patente fue sostenida por el sancionado que justificase, sin invadir competencias de otros Tribunales -ante los que no consta haber acudido-, la admisión del procedimiento de «habeas corpus»? **¿Es acaso competencia de ese Juez determinar la suficiencia o no de las garantías procesales del procedimiento administrativo sancionador previsto por la Ley Orgánica 11/1991? La respuesta es, definitivamente, negativa.**

El Juez del *habeas* está para preservar el derecho fundamental a la libertad en el seno de actuaciones de los poderes públicos que, “*prima facie*”, se desenvuelven o con quebrantamiento de derechos fundamentales y/o, sencillamente, de espaldas a la Ley y a la Constitución; sin embargo, el Juez del *habeas* no está para conocer y resolver en el terreno de lo discutible, de lo jurídicamente dudoso, cuando la Autoridad sancionante ha actuado en el seno de un procedimiento y en cumplimiento de lo que la Ley dispone de modo expreso, terminante y, además, no negado por el recurrente. En estos casos, como el presente, soy de la opinión de que el art. 6 LOHC, puesto en relación con el art. 4 c), permite e impone el **juicio de admisibilidad, que es el que emitió, con fundamentación suficiente, el Juez Togado Militar.**

El recurso de amparo debió desestimarse.

V COMENTARIOS

El Juez Togado, al inadmitir el “*habeas corpus*”, reconoce y garantiza el principio de legalidad sancionadora, sin entrar a considerar la legalidad o no del arresto militar, ni la existencia o no de garantías en el procedimiento sancionador, so pena de inmiscuirse en la labor judicial en recursos, según el T.C.

No obstante, el juicio de legalidad de la detención en procedimiento ágil y sencillo, precisa dar ocasión al recurrente a comparecer, formular alegaciones y proponer, en su caso, pruebas a fin de sostener su posición de estar ilegalmente privado de libertad.

Frente al criterio mayoritario de estimar el recurso de amparo constitucional (Sentencia 232/1999, 208/2000, 209/2000, 233/2000, 263/2000 y

la presente), se alzó **Voto Particular** en la Sentencia 263/2000, ya comentado y el que se formula ahora por los Magistrados don Manuel **Jiménez de Parga y Cabrera** y don Fernando **Garrido Falla**, reiterando los argumentos del Voto Particular en Sentencia 263/2000.

Se añaden, para evitar que se considere definitiva la doctrina mayoritaria, diversos argumentos asegurando que **no existe un derecho fundamental al *habeas corpus***, sino una garantía institucional que se observa tanto con una Resolución sobre el fondo como con la laminar de inadmisión, debidamente fundadas.

Los Magistrados discrepantes examinan la Ley Orgánica 11/1991 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, subrayando la sujeción especial de los miembros del Benemérito Instituto sometidos a disciplina militar, y la excepción a la prohibición de imponerse por la Administración Civil sanciones privativas de libertad.

la corrección constitucional de la sanción impuesta, implica la inexistencia de detención ilegal, y si al Juez Togado no le asalta duda sobre la legalidad del arresto privativo de libertad es correcto declarar la inadmisión; solo la duda judicial exigirá el disiparla oyendo al privado de libertad.

La inadmisión es clara si no hay motivos justificados del *habeas corpus*, o si lo alegado es manifiestamente infundado.

La competencia del sancionador y las irregularidades en el procedimiento no son objeto del *habeas corpus* sino de los recursos administrativos y judiciales procedentes contra la sanción, y el ulterior derecho de amparo constitucional.

El modesto comentarista se inclina por aceptar la tesis de los Magistrados discrepantes, añadiendo razones de disciplina y eficacia, ya que el amparo constitucional anticipado (*habeas corpus*) es fácil coincida en el tiempo con el formulado frente a la sanción y sus recursos administrativos y judiciales (fondo del asunto).

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

por Emilio Fernández-Piñeyro y Henández
Teniente Coronel Auditor

SUMARIO

I. ASCENSO AL EMPLEO DE GENERAL. II. DESAFECTACION DEMANIAL. III. NOTIFICACION PERSONAL DE RESOLUCION ADMINISTRATIVA E INDICACION DE RECURSO. IV. RENUNCIA A LA CONDICION DE MILITAR DE CARRERA

I. ASCENSO AL EMPLEO DE GENERAL.-

Estimación de recurso de casación en interés de la Ley y fijación de la siguiente doctrina legal: “...primero, que, a efectos de lo previsto en el artículo 1º de la Ley 27/1991, de 5 de diciembre, el *régimen ordinario de ascensos* comprende, exclusivamente, los ascensos obtenidos por los sistemas de antigüedad y cupo de orden de escalafón dentro del sistema de selección pero, en ningún caso, los obtenidos por el sistema de elección y, segundo, que, conforme a la Ley y a la jurisprudencia, al empleo de oficio General se asciende, únicamente, por elección del Consejo de Ministros, plasmada en el correspondiente Real Decreto de nombramiento”.

Tribunal Supremo
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Séptima
Sentencia de 27 de febrero de 1999
Ponente: Excmo. Sr. D. Gustavo Lescure Martín

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - Por Orden de 25 de abril de 1977, dictada en aplicación del Real Decreto Ley 10/1977, de 8 de febrero, regulador del ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte los miembros de las Fuerzas Armadas, D. *** , a la sazón Teniente Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico Militar del Ejército del Aire, pasó a la situación de retirado. Tras la entrada en vigor de la Ley 27/1991, de 5 de diciembre, sobre reconocimiento de determinados empleos militares, solicitó, y le fue concedido por Orden de 9 de abril de 1992, el ascenso a Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico Militar, sin modificación de su situación de retirado. Dicha Ley había dispuesto en su artículo 1º que los militares que, por aplicación del Real Decreto Ley 10/1977, se encontraran retirados al haber obtenido el pase a esa situación para poder ejercer las actividades a que se refería dicho texto legal, “podrán solicitar el empleo militar que haya obtenido en régimen ordinario de ascensos el que les siguiera en el escalafón de procedencia en el momento de su pase a retiro”. Añadía el expresado artículo que “Dicho empleo, que se les concederá con efectividad de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, no supondrá modificación alguna en su situación de retirado ni en los derechos que tuvieran reconocidos con anterioridad”. Con fecha 4 de mayo de 1994, el Sr. *** formuló solicitud de ascenso honorífico al empleo inmediato superior, al amparo del artículo 81.2 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, cuya petición fue desestimada por resolución del Director General de Personal del Ministerio de Defensa, de fecha 14 de junio de 1994. Frente a esta resolución dedujo recurso de reposición solicitando el ascenso a General Consejero Togado, en aplicación de la Ley 27/1991, y, subsidiariamente, el ascenso honorífico a General Auditor, al amparo de la Ley 17/1989, siendo desestimado el recurso por resolución del Ministerio de Defensa de 20 de febrero de 1995. Contra la referida resolución el Sr. *** promovió recurso contencioso-administrativo, que fue resuelto por sentencia dictada el 9 de julio de 1998, por la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, que estimó el recurso por entender que con arre-

glo al artículo 1° de la Ley 27/1991, el recurrente tenía derecho a ser ascendido al empleo de General Consejero Togado, que era el que había obtenido en 1987 D. ***, que le seguía en el escalafón cuando aquél pasó a la situación de retirado. Contra la indicada sentencia el Sr. Abogado del Estado ha promovido el presente recurso de casación en interés de la Ley.

Segundo.- Concurren los presupuestos procesales exigidos para la admisibilidad del presente recurso, en cuanto que nada puede objetarse con relación a la observancia del plazo establecido para su interposición, ni respecto a la legitimación de la Abogacía del Estado, concurriendo asimismo el requisito referido a que el criterio mantenido por la sentencia recurrida, de resultar erróneo, pudiera ser gravemente dañoso para el interés general, puesto que afectaría a todos aquellos militares que, como el recurrente, pasaron a la situación de retiro por aplicación del Real Decreto Ley 10/1977, y se propiciaría, incluso, la extensión de tal criterio a quienes se encontraran en la situación de reserva transitoria, eludiendo así el tradicional sistema electivo para el ascenso al Generalato, lo que afectaría a las normas por las que se rigen las Fuerzas Armadas en materia tan esencial como es la promoción a dicho empleo, e impediría al Gobierno el ejercicio de una potestad que tiene atribuida al efecto por la Ley 17/1989, como se verá más adelante.

Tercero.- La sentencia recurrida fundamenta, en síntesis, su decisión en la consideración de la promoción al Generalato por elección como un sistema de ascenso en régimen ordinario, citando para ello los artículos 5 y 6 de la Ley 48/1981, de 24 de diciembre, sobre ascensos militares, que incluyen entre los ascensos en dicho régimen el obtenido por elección al grado de General, lo que permite al Tribunal *a quo*, deducir que los ascensos extraordinarios son únicamente los que así se determinen por la Ley o que contengan circunstancias o exijan requisitos que sean calificados con tal carácter, como establece el artículo 81 de la Ley 17/1989, al referirse a los ascensos honoríficos concedidos “con carácter extraordinario y en atención a méritos excepcionales”; llegando así el juzgador de instancia a la conclusión de que el ascenso al empleo de General Consejero Togado obtenido por el Sr. ***, que seguía en el escalafón al recurrente cuando éste pasó a la situación de retiro, lo fue en régimen ordinario de ascensos y que, por tanto, se estaba en el caso previsto en el artículo 1° de la Ley 27/1991, que confería al actor el derecho a obtener el mismo empleo que aquél. Rechaza, pues, el fallo recurrido la tesis de que el ascenso por el sistema de elección no sea de régimen ordinario, criterio que a su juicio sólo permitiría al Sr. *** alcanzar el Grado de Coronel, “lo que va en contra del

espíritu reparador e integrador de la mencionada Ley n° 27 de 5 de diciembre de 1991 citada, que dice: “que hubieran alcanzado de haber continuado en las Fuerzas Armadas”.

Cuarto.- El criterio de la sentencia recurrida no puede ser compartido por la Sala. En primer lugar debe observarse que en el momento de promulgarse la Ley 27/1991, ya no estaba en vigor la Ley 48/1981, en la que se apoya básicamente el fallo impugnado para interpretar lo que debía entenderse por “régimen ordinario de ascensos”, ya que dicha norma legal, a tenor de lo previsto en el apartado 2 de la Disposición Derogatoria de la Ley 17/1989, continuó vigente con carácter reglamentario hasta que fue derogada expresamente por el Real Decreto 1622/1990, de 14 de diciembre, que entró en vigor el 1 de febrero de 1991, lo que priva de significado en el ordenamiento positivo a la mencionada locución, toda vez que la Ley 17/1989, prescinde de toda calificación al referirse al régimen de los sistemas de ascenso por elección, selección y antigüedad, que establece en su artículo 82, aunque tales sistemas no deban confundirse con los ascensos honoríficos a los que se hace referencia en el artículo 81, ni con los ascensos por méritos de guerra que, según el mismo precepto, se rigen por Ley. En cualquier caso, la cuestión planteada no consiste tanto en dilucidar lo que debe entenderse por “régimen ordinario de ascensos”, como en determinar si a los efectos de lo previsto en la Ley 27/1991, el ascenso por elección merece la consideración de “ordinario”, y en este sentido no debe desconocerse que el criterio de la sentencia recurrida tropieza con la dificultad que supone el preámbulo de la propia Ley 27/1991, pues si de lo que se trataba, según explica el legislador, era de permitir que los militares que pasaron a retiro por aplicación del Real Decreto Ley 10/1977, pudiesen acceder al empleo que “hubieran alcanzado en régimen ordinario de haber continuado en las Fuerzas Armadas”, es claro que la hipotética continuación en el servicio activo, a la que se subordina únicamente el ascenso, no es en modo alguno suficiente para suponer que se habría alcanzado un ascenso por el sistema de elección, si lo hubiera obtenido de ese modo el siguiente en el escalafón, a diferencia de lo que cabe presumir en el caso de aquellos ascensos en los que sea factor determinante la antigüedad. Y si se acude a los antecedentes legislativos, como hace la sentencia impugnada, se reafirman las dificultades para el criterio que la misma mantiene, y a que en supuestos similares de ascensos por “arrastre” del obtenido por el que ocupan de excluir los ascensos por elección, referidos entonces únicamente al acceso al Generalato. Así, la Ley de 17 de julio de 1953, por la que se creó la situación de reserva, estableció en su

artículo 2° que en esa situación se podría obtener, con carácter honorífico, el empleo superior inmediato cuando haya ascendido por antigüedad el que en el momento de pase a dicha situación le siguiere en la Escala Activa, exceptuando sin embargo de dicho ascenso a los Coroneles. Y de modo análogo, el Real Decreto 1000/1985, de 19 de junio, que crea la situación de reserva transitoria, en su artículo 5° reconoce también en dicha situación el derecho a un ascenso cuando lo haya obtenido, en régimen ordinario, el inmediato siguiente en el escalafón de procedencia que continúa en actividad, pero dispone que esa norma no es de aplicación para el ascenso a los empleos de Oficial General. Es, sin embargo la Ley 17/1989, la norma legal vigente que, como señala el Abogado del Estado, proporciona con alcance de los términos “régimen ordinario de ascensos” del artículo 1° de la Ley 27/1991, y lo hace en los apartados 2 y 3 de su Disposición Adicional Octava, en los que al referirse al derecho a un ascenso de los militares de carrera en situaciones de reserva y de reserva transitoria, establece que dicho ascenso “se producirá cuando le corresponda a uno que le siguiera en el Escalafón de los ascendidos en el cupo de orden de escalafón por el sistema de selección o de los ascendidos por el sistema de antigüedad”.

Por tanto, dados los sistemas de ascenso del personal militar profesional que dicha Ley contempla en sus artículos 81 y siguientes, esto es el de antigüedad, que confiere el ascenso por orden de escalafón, el de selección, en el que un porcentaje se realiza por orden de clasificación resultante de las evaluaciones y el resto por antigüedad u orden de escalafón, y el de elección, que implica el ejercicio de la potestad discrecional técnica de la Administración para elegir entre los considerados aptos para el ascenso, la Disposición Adicional Octava de dicha Ley omite toda referencia tanto al ascenso por clasificación dentro del sistema de selección, como al sistema de elección, al señalar qué sistemas de ascenso “ordinarios” producen el efecto de arrastre de otros compañeros en situaciones administrativas distintas, atribuyendo ese efecto solamente a los ascensos basadas en la antigüedad y el orden de escalafón; criterio que debe aplicarse también en el caso de autos, por cuanto el designio reparador de la Ley 27/1991, no puede conducir a una solución que, como infieren de su preámbulo y que presiden las normas reguladoras de otros ascensos similares por arrastre también del que haya obtenido el siguiente en el orden escalafonal, cuyas normas, en coherencias con el propio fundamento de tales ascensos, sólo contemplan los asados en la antigüedad u orden de escalafón, que son los únicos que racionalmente cabe

suponer que se hubieran alcanzado en el caso de haberse continuado en el servicio activo.

Quinto.- Debe considerarse asimismo errónea la sentencia recurrida, en cuanto desconoce que el ascenso al Generalato, que se produce por el sistema de elección, según dispone la Ley 17/1989, en sus artículos 83.3 y 86.1, y disponía la Ley 6/1988, de 3 de abril, de creación del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, en su artículo 8.1, implica el ejercicio de una potestad discrecional técnica atribuida en exclusiva al Gobierno, como reiteradamente ha declarado esta Sala, pudiendo citarse en este sentido las sentencias de 5 de febrero de 1992, 25 de marzo de 1995, 10 de junio y 12 de julio de 1996, 23 de junio de 1997 y 14 de mayo de 1998, doctrina que incluso ha puesto de manifiesto la imposibilidad de que en sede judicial, caso de prosperar el recurso, pueda reconocerse el derecho al ascenso del recurrente, y que sólo al Consejo de Ministros corresponde tal facultad de elección, con el límite que ello supone a la potestad revisora de los Tribunales de este orden jurisdiccional.

Sexto.- En consecuencia, siendo, por lo expuesto, errónea la doctrina establecida por la sentencia recurrida y gravemente dañosa para el interés general, según se expuso en su momento, procede estimar el recurso y, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia impugnada, declarar como doctrina legal la que propugna la Abogacía del Estado, que figura recogida en el antecedente de hecho segundo de esta resolución, por cuanto dicha doctrina se ajusta a la que se ha mantenido en los precedentes fundamentos jurídicos y guarda la necesaria correlación con la cuestión resulta por la sentencia objeto del presente recurso, debiendo señalarse que si bien existe una reiterada doctrina jurisprudencial acerca de las potestades de elección del Gobierno en el ascenso al grado de General, no se considera ocioso reiterar, a propósito de la interpretación del artículo 1º de la Ley 27/1991, y como solicita el Abogado del Estado, que la única vía de ascenso al empleo de Oficial General es la de la elección por el Consejo de Ministros.

Septimo.- Dada la peculiar estructura del recurso de casación en interés de la Ley, en el que no contienen partes enfrentadas en sus respectivas posiciones, no procede formular pronunciamiento alguno sobre costas.

FALLAMOS

Que declarando haber lugar al recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 9

de julio de 1998 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en recurso número 932/95, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, fijamos como doctrina legal correcta, “primero, que, a efectos de lo previsto en el artículo 1º de la Ley 27/1991, de 5 de diciembre, el “régimen ordinario de ascensos” comprende, exclusivamente, los ascensos obtenidos por los sistemas de antigüedad y cupo de orden de escalafón dentro del sistema de selección, pero, en ningún caso, los obtenidos por el sistema de elección, y, segundo, que, conforme a la Ley y a la jurisprudencia, al empleo de oficial General se asciende, únicamente por elección del Consejo de Ministros, plasmada en el correspondiente Real Decreto de nombramiento”. Publíquese este fallo en el Boletín Oficial del Estado.

II.- DESAFECTACION DEMANIAL

La adscripción de terrenos de dominio público por expropiación para aeródromo militar y adscritos posteriormente a AENA no puede identificarse con una mutación demanial que dé lugar a un cambio de la titularidad del bien. La adscripción no implica una transmisión de titularidad sino únicamente una “puesta a disposición” para que el Organismo Autónomo gestione o administre los bienes que se le adscriben.

Audiencia Nacional

Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta

Sentencia de 19 de diciembre de 1999

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Guerra Palacios

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo determinar, si es o no conforme a Derecho, la desestimación presunta de la petición de nulidad de pleno derecho de la resolución de 4 de agosto de 1994 del Ministro de Defensa, que acordó la desafectación del antiguo Aeródromo Eventual de Son Bonet en Mallorca.

Segundo.- La representación de la parte actora alega como hechos y fundamentos en la demanda: que en mi poderdante es concesionario admi-

nistrativo del servicio de bar del Aeródromo de Son Bonet, y en consecuencia el acto administrativo recurrido afecta de un modo directo a la economía e intereses de la entidad recurrente, con lo que está legitimado para sostener la presente acción.

Que el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, es la entidad administrativa que actualmente tiene adscrito el aeródromo de Son Bonet, dicho ente lo ha recibido a través del siguiente tracto sucesivo:

1.- El Aeródromo de Son Bonet procede de una expropiación inicial derivada por motivos de defensa de la ciudad de Palma, llevada a cabo en 1904, y tres expropiaciones más, cuya causa “expropiadri” fue la construcción o ampliación del aeródromo eventual de Son Bonet.

2.- El 20 de septiembre de 1965, por parte del Ministerio del Aire, cede a la Subsecretaría de Aviación Civil del propio Ministerio, los terrenos del Aeródromo de Son Bonet, según acta firmada el 15 anterior.

3.- El día 27 de octubre de 1989, “Boletín Oficial del Estado” 258, página 33960, el Ministerio de Transportes, en el cual estaba adscrita la Subsecretaría de Aviación Civil, publica la Orden de 19 de octubre del mismo año, por la que se adscribe al Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales, el Aeródromo de Son Bonet.

4.- El día 18 de junio de 1991, “Boletín Oficial del Estado” 145, publica el Real Decreto 905/91, de 14 de junio, por el que se aprueba el Estatuto del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, AENA, en cuyo artículo 34, dispone la adscripción al Ente, de todos los bienes de dominio público afectos al Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales.

A pesar de la evidencia de la adscripción al Ente Público AENA, del Aeródromo de Son Bonet, y de la falta de competencias por parte del Ministerio de Defensa al no tener adscritos dichos bienes, y seguir afectos al fin público para el que fueron expropiados, valgan las estadísticas que se acompañan a efectos probatorios, no existe en el expediente de reversión prueba alguna de la existencia de la más mínima comunicación al Ente Público AENA, de la intención de desafectación, ni siquiera consulta de cual fuera su opinión al respecto.

El Ministerio de Defensa al no tener adscritos los terrenos en los que está construido el Aeródromo de Son Bonet, carece de competencias para determinar su desafectación al interés público y su alienabilidad, pues no es él, el ente administrativo que tiene las competencias sobre la actividad de evidente interés público que se desarrolla.

Como fundamentos de Derecho alega los artículos 339 y 341 del Código Civil, y los artículos 12 y 62 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establecen que la competencia es irrenunciable, y que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho cuando vengan dictados por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

Tercero.- El Abogado del Estado se opone a la demanda alegando en primer lugar la falta de legitimación activa de la entidad mercantil recurrente, y en cuanto al fondo del asunto, que la adscripción de un bien demanial a un Organismo Autónomo no puede identificarse siempre con una auténtica mutación demanial que dé lugar a un cambio de la titularidad demanial de dicho bien. Que la auténtica mutación demanial, prevista en la Ley de Patrimonio del Estado exige una completa mutación de destino que ha de realizarse necesariamente a través del Ministerio de Hacienda, lo cual en este caso no se ha dado, pues la titularidad de material de los terrenos se ha mantenido siempre en el Ramo de Defensa con independencia de que en la Subsecretaría de Aviación Civil pasará a depender del entonces Ministerio de Transportes y de que los terrenos se adscribieran primero al Organismo Autónomo y hoy al Ente Público “Aeropuertos Nacionales”. Por ello la única autoridad competente para declarar la desafectación de los terrenos es el Ministerio de Defensa.

Cuarto.- Planteados así los términos del debate, entiende este Tribunal que debe examinar en primer lugar la falta de legitimación activa alegada por el representante de la Administración, y con respecto a esta cuestión conviene recordar, que a partir de la Constitución, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1987, se ha extendido la legitimación a la defensa de los intereses legítimos, concepto que es mucho más amplio que el de interés directo que menciona el artículo 28 de la Ley Jurisdiccional, debiendo entenderse por interés legítimo el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por su situación personal ser destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico, cuando con motivo de la prosecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de ese interés propio, aun cuando la actuación de que se trate no les ocasione un concreto beneficio o perjuicio inmediato. Del mismo modo, la Sentencia constitucional 93/1990, subraya que al conceder el artículo 24.1 C.E. el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con

amplitud las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la legitimación activa para acceder a los procesos judiciales, de manera que la legitimación *ad causam* otorgada por el artículo 28.1 a) de la Ley Jurisdiccional a “los que tuvieren interés directo en ello” ha de interpretarse con la mayor amplitud que resulta del interés legítimo a que alude el citado precepto constitucional. En el plano del Derecho positivo, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión y para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción. Por todo lo expuesto, no puede aceptarse que la sociedad demandante carezca de legitimación para formular la pretensión que deduce, ya que una vez producida la desafectación y en su consecuencia pueda tener lugar la reversión de los terrenos a sus antiguos propietarios, es evidente que la concesión del bar del Aeródromo pudiera verse modificada o incluso extinguida por los nuevos adquirentes de dicho terrenos. De manera que no puede sostenerse la inexistencia de un interés real actual en la base de la pretensión impugnatoria sino que concurre un interés legítimo que hace necesario entrar a examinar el fondo de la cuestión planteada. Entrando a conocer de la misma, el argumento fundamental en el que se basa la demanda para pedir la declaración de nulidad de pleno derecho del acuerdo de desafectación, estriba en que la recurrente considera que los terrenos están adscritos al Ente Público “Aeropuertos Nacionales” en virtud de las diversas disposiciones que cita y no al Ministerio de Defensa, por lo que este último resultaría incompetente para acordar su desafectación al fin público de dichos terrenos. Sin embargo la propia recurrente reconoce expresamente que el Aeródromo de “Son Bonet” procede de una expropiación, seguida de otras posteriores, todas ellas exclusivamente justificadas en su momento por motivos militares, concretados en la construcción primero y la ampliación después del citado Aeródromo y todas ellas realizadas también por la Administración Militar. De lo expuesto se desprende, en primer lugar, que la afectación implícita, a la que se refiere el artículo 119 de la Ley de Patrimonio del Estado, Texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, y que se deriva de las expropiaciones forzadas en su día realizadas, ha estado justificada exclusivamente por las razones de interés militar que motivaron la expropiación, sin que, por lo demás, se haya demostrado en modo alguno que el Aeródromo de Son

Bonet, pudiera considerarse tácitamente desafectados de cualquier fin de interés militar antes de que por el Ministerio de Defensa se acordara expresamente tal desafectación. En este sentido, no debe desconocerse la existencia de disposiciones como el Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, que regula la utilización conjunta por la Administración Civil y la Militar de numerosas instalaciones aeroportuarias.

Además como acertadamente razona el Abogado del Estado, hay que tener presente que la adscripción de un bien demanial a un Organismo Autónomo no puede identificarse siempre con una auténtica mutación demanial que dé lugar a un cambio de la titularidad demanial de dicho bien. En efecto, la auténtica mutación demanial, prevista en los arts. 124 y 125 de la Ley de Patrimonio del Estado exige una completa mutación de destino que ha de realizarse necesariamente a través del Ministerio de Hacienda, lo cual en este caso no se ha dado, pues la titularidad demanial de los terrenos se han mantenido siempre en el Ramo de Defensa con independencia de que la Subsecretaría de Aviación Civil pasara a depender del entonces Ministerio de Transportes y de que los terrenos se adscribieran primero al Organismo Autónomo y hoy al Ente Público “Aeropuertos Nacionales”. Una buena prueba de lo afirmado anteriormente puede ser la aportación del expediente no del “tracto sucesivo” del que habla la recurrente en el hecho segundo de su recurso sino del auténtico tracto sucesivo de los terrenos, que no es otro que el contenido en los correspondientes asientos del Registro de la Propiedad, con los que se puede demostrar que la titularidad demanial de dichos terrenos se ha mantenido siempre en el Ramo de Defensa. Por lo demás, la distinción entre adscripción y cambio mutación de titularidad demanial puede fundarse también en lo que venía expresamente previsto por el artículo 10 párrafo 1º la Ley de Entidades Estatales Autónomas, al disponer que: “Los bienes que el Estado adscriba a los Organismos Autónomos para el cumplimiento de sus fines conservarán su calificación jurídica originaria”, toda vez que, en virtud de lo prevenido en este precepto, cabe entender que la adscripción no implica una transmisión de titularidad sino únicamente una “puesta a disposición” para que el Organismos Autónomo gestione o administren los bienes que se le adscriben. A mayor abundamiento, la nulidad del acuerdo acordando expresamente la desafectación de los terrenos del fin por el que fueron expropiados en su día perjudicaría injustamente a los causahabientes de los expropiados y a la propia Administración, pues es evidente que, a tenor de lo prevenido en el artículo segundo 4º de la Ley 28/84, en relación con el art. 1 de la Ley 32/94,

y la Disposición de Excepción Segunda de la Ley de Patrimonio del Estado, la única autoridad competente para declarar la desafectación de los terrenos del fin exclusivamente militar por el que fueron expropiados es el Ministerio de Defensa, siendo precisamente la desaparición de ese fin de carácter militar lo que, con arreglo a lo previsto por el art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y 63 c) de su Reglamento, permite abrir un expediente de reversión en el que la Administración pueda efectuar las oportunas notificaciones a los causahabientes de los expropiados para que, en el plazo de un mes y o indefinidamente, puedan ejercitar, si a su interés conviene, el derecho de reversión de acuerdo con lo previsto al efecto por el artículo 65 en relación con el 67.2.a) del citado Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa. Finalmente, parece de interés resaltar que AENA no solo ha tenido conocimiento del expediente administrativo, como se deduce del escrito de 11.05.94, que obra en el mismo, sino que no se ha opuesto a la desafectación producida, estando conforme dicho Ente Público con el acuerdo ministerial impugnado. Por todo ello estima esta Sección de acuerdo con lo argumentado por el Abogado del Estado, que el Ministerio de Defensa es la única autoridad competente para declarar la desafectación de los terrenos en los que se halla ubicado el Aeródromo de Son Bonet en Mallorca, y que la resolución recurrida es ajustada al ordenamiento jurídico.

Quinto.- Por las razones expuestas procede desestimar las pretensiones deducidas en la demanda por la recurrente, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 131 de la LJCA no se hace expresa declaración en materia de costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Primero.- Desestimar el recurso contencioso administrativo nº 995/96 promovido por la Procuradora D^a Concepción Arroyo Morollón, en nombre y representación de Gabriel Vidal, S.L., contra la desestimación presunta de la petición de nulidad de pleno derecho de la resolución de 4 de agosto de 1994, del Ministro de Defensa, que acordó la desafectación del antiguo Aeródromo Eventual de Son Bonet en Mallorca, por estimar dicha resolución ajustada de Derecho.

Desestimar las demás pretensiones deducidas por la parte recurrente.

Segundo.- No procede hacer expresa declaración en materia de costas.

III.- NOTIFICACION PERSONAL DE RESOLUCION ADMINISTRATIVA E INDICACION DE RECURSO PROCEDENTE.

La falta de los requisitos de notificación personal y expresa indicación del recurso procedente impiden apreciar después la extemporaneidad de un recurso presentado fuera de plazo.

Audiencia Nacional

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia de 25 de mayo de 2000

Ponente: Ilma. Sra. D^a Lucía Acín Aguado

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Ministerio de Defensa, de 24 de julio de 1998, por la que inadmite por extemporaneidad, el recurso ordinario interpuesto por D. *** contra la resolución 562/00004/98, de 18 de diciembre de 1997, por la que es destinado con carácter forzoso y por el turno especial, a la vacante número 50006066003 que había sido anunciada por Resolución 562/13177/97.

Segundo.- El actor solicita en el escrito de demanda que se “decrete que el destino asignado al dicente lo fue por una acción negligente de la administración del Ministerio de Defensa, negligencia que el dicente no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que debe ser restituido el daño moral y material sufrido”.

El Abogado del Estado se opone a la demanda, señalando que la declaración de inadmisibilidad del recurso es plenamente ajustada a Derecho ya que el recurso interpuesto es extemporáneo.

Tercero.- Conviene tener en cuenta que la resolución recurrida no procedió a examinar el fondo del asunto sino que consideró que la pretensión formulada por el recurrente era absolutamente extemporánea, toda vez que tenía por objeto la modificación de un acto administrativo que sobrepasa los plazos previstos para su impugnación y se trata por tanto de resoluciones firmes y consentidas.

Si bien es cierto que el recurso ordinario se interpuso fuera de plazo las consecuencias derivadas de esas irregularidades no suponen tal como entiende la Administración la declaración de inadmisibilidad del recurso desde el momento que la notificación de la resolución impugnada no cumple los requisitos previstos en el artículo 60.2 de la Ley 30/1992.

En efecto el artículo 60.2 de la Ley 30/1992, establece que la publicación de un acto deberá contener los mismos elementos que el artículo 58.2 exige respecto de las notificaciones, estableciendo el artículo 58.2 que toda notificación debe contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de sí es o no definitivo en vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.

Por otra parte conviene señalar que la publicación de dicha resolución en el Boletín Oficial de Defensa no sustituye a la notificación personal del acto, desde el momento que únicamente se prevé la sustitución de la publicación por la notificación en los supuestos previstos en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992 (cuando el acto tenga por destinatario una pluralidad indeterminada de personas o cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurso).

De lo reseñado anteriormente se deduce que en este caso se han cometido dos irregularidades. Por una parte no consta notificado personalmente la resolución impugnada y por otra parte la publicación adolece de un defecto al no indicarse los recursos que proceden, órgano ante el que hubiera de presentarse y plazo de interponerlos.

Estas irregularidades determinan que si bien el interesado tuvo conocimiento del acto mediante la publicación del mismo no tuvo conocimiento de los medios de impugnación de dicha resolución, sin que ésta incorrecta forma de actuar de la Administración deba perjudicar al administrado. Así lo ha declarado numerosas sentencias del Tribunal Supremo (STS 2 de julio de 1964, 13 de mayo de 1965, y 7 de julio de 1984).

En consecuencia debe anularse la resolución recurrida, por no ser conforme a Derecho en cuanto a esa declaración de inadmisibilidad.

Al considerar esta Sala que no es extemporánea la petición formulada por el recurrente no concurre la causa de inadmisibilidad indicada en la resolución recurrida. Procede por tanto anular la resolución en cuanto inadmitió el recurso y entrar a analizar la pretensión del recurrente, posibilidad admitida por el artículo 42 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (B.O.E. 28 de diciembre de 1956) que señala que la parte demandante puede pretender además de la anulación del acto impug-

nado, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma.

Cuarto.- En el suplico del escrito de demanda se limita el recurrente a solicitar una indemnización de daños y perjuicios derivados de la irregularidad en la asignación de destino sin que esta Sala puede entrar a examinar esta pretensión, ya que con carácter previo uno de los requisitos para solicitar una indemnización por responsabilidad patrimonial, es que se declare que esa asignación de destino no es conforme a Derecho, al objeto de acreditar que el recurrente no tenía el deber jurídico de soportar las consecuencias de esa resolución.

Sería necesario por tanto que con carácter previo se anulara la asignación de la vacante número 50006066003 realizada por la resolución 562/00004/98, de 18 de diciembre de 1997, sin que esta Sala puede efectuarlo, por cuanto el recurrente no lo ha solicitado en el suplico de la demanda y ello aun cuando la Administración ha reconocido en la propia resolución impugnada que ha estimado otros recursos ordinarios en similares circunstancias a la del actual recurrente.

En consecuencia este recurso se estima parcialmente en el sentido de que procede anular la resolución impugnada en cuanto inadmite el recurso ordinario interpuesto por D. *** sin que haya lugar a examinar la pretensión del recurrente de reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios.

Quinto.- No se aprecian motivos de mala fe o temeridad para hacer una expresa imposición de las costas procesales, a tenor del art. 131.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En atención a lo expuesto

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don Darío Jiménez Verdugo contra la resolución del Ministerio de Defensa, de 24 de julio de 1998 y en consecuencia:

1. Se anula la resolución del Ministerio de Defensa, de 24 de julio de 1998 en cuanto inadmite por extemporaneidad, el recurso ordinario interpuesto por Don Darío Jiménez Verdugo contra la resolución 562/0000/98, de 18 de diciembre de 1997, por la que es destinado con carácter forzoso y por el turno especial, a la vacante número 50006066003.

2. Se establece la obligación de la Administración de resolver el recurso interpuesto el 9 de junio de 1998, por Don Darío Jiménez Verdugo con-

tra la resolución 562/000043/98, de 18 de diciembre de 1997, por la que es destinado con carácter forzoso y por el turno especial, a la vacante número 5000606603.

3. No ha lugar a examinar la pretensión de indemnización formulada en el escrito de demanda.

4. No se hace condena en costas.

IV.- RENUNCIA A LA CONDICION DE MILITAR DE CARRERA

Denegación por incumplimiento de los requisitos establecidos en las normas en vigor, sin perjuicio del derecho que asiste al interesado de formular nueva pretensión, una vez cumpla el tiempo de servicios exigidos o se proceda al desarrollo normativo que establece el artículo 147.3 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas en cuanto a la fijación de las cantidades a resarcir.- El tiempo de servicios para solicitar la renuncia se contabilizará desde la fecha de terminación del curso que le supuso la aptitud para el vuelo y no desde la adquisición de la condición de militar de carrera.- La renuncia a la condición de militar de carrera no se podrá conceder hasta que el interesado abone la cuantía que se determine como indemnización.

Audiencia Nacional

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia de 18 de mayo de 2000

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Gil Saez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El acto impugnado es la Resolución del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, por delegación del Ministro de Defensa, según O.M. 189/97, de 31 de octubre, de fecha 15 de junio de 1999, por la que se acuerda “Desestimar la petición de renuncia a la condición de militar de carrera formulada por el Capitán ***, por cuanto al día de hoy no cumple los requisitos establecidos en las normas en vigor, sin perjuicio del derecho que le asiste al interesado de formular nueva pretensión, una vez cum-

pla el tiempo de servicios exigidos o se proceda al desarrollo normativo que establece el artículo 147.3 de la misma Ley, en cuanto a la fijación de las cantidades a resarcir; sin que pueda acordarse nada al respecto hasta tanto se dicte la oportuna disposición reglamentaria”.

El actor suplica en su demanda la nulidad de la resolución recurrida, por aplicación del artículo 62.1 a) y 2; y se le reconozca el derecho a renunciar a la condición de militar de carrera por haber acreditado como años de servicio activo desde su nombramiento de Teniente, más de diez años, o alternativamente, se declare su derecho de renuncia, sin perjuicio que en el futuro pudiera proceder en orden al resarcimiento económico por su formación en el proceso de Enseñanza Militar de Perfeccionamiento.

Por la Abogacía del Estado se opone a la pretensión procesal, haciendo suyas las razones expuestas por la Administración.

Segundo.- En primer término, se solicita en la demanda la nulidad de la resolución impugnada al amparo del artículo 62.1 a) y 2 de la Ley 30/92, al entender que la decisión administrativa, en cuanto contiene la manifestación “...sin perjuicio del derecho que le asiste al interesado de formular nueva pretensión, una vez cumpla el tiempo de servicios exigidos o se proceda al desarrollo normativo que establece el artículo 147.3 de la misma Ley, en cuanto a la fijación de las cantidades a resarcir; sin que pueda acordarse nada al respecto hasta tanto se dice la oportuna disposición reglamentaria”, se configura como una medida provisional prevista en el artículo 72 de la precitada norma legal; tesis que no puede ser aceptada, el concepto de “medida provisional” que establece el artículo 72 de la Ley 30/92, se refiere a la adopción de medidas cautelares por parte de la Administración, durante la tramitación de un procedimiento administrativo, cuando en el caso de autos la decisión administrativa impugnada pone fin al procedimiento tramitado en virtud de solicitud del interesado, constituyendo parte del pronunciamiento de fondo respecto de la indicada solicitud; esta distinta naturaleza jurídica, a lo pretendido por la parte, excusa del examen del resto de las alegaciones efectuadas sobre dicho extremo, al faltar la premisa inicial del discurso lógico postulado en la demanda.

Tercero.- En orden a la segunda petición del suplico de la demanda, el reconocimiento del derecho del recurrente a renunciar a su condición de militar de carrera, por entender que ninguno de los cursos que llevó a cabo tienen aparejada servidumbre y, en consecuencia, por haber acreditado como años en activo desde su nombramiento de Teniente del Ejército del Aire, más de diez años, que señala el artículo 147 de la Ley 17/99. Ha de

partirse de las normas jurídicas vigentes sobre esta materia al tiempo de formularse la solicitud del interesado.

La Ley 17/1999, de 18 de mayo, a la hora de regular la renuncia a la condición de militar de carrera establece dos sistemas, por un lado la renuncia sin sometimiento a condición alguna, para la cual exige un tiempo de servicios, o, ante la falta de este tiempo de servicios, resarcir económicamente al Estado y efectuar un preaviso de seis meses. en primer término, procede examinar la primera, es decir, sí el interesado ha cumplido el tiempo de servicio exigido por la norma legal.

El artículo 147 de la Ley 17/99, establece como condición para la renuncia de la condición de militar, sin necesidad de resarcimiento al Estado por los costes de formación recibida, al transcurso de un período de tiempo que no puede exceder de diez años; el *dies a quo* para el cómputo de este plazo se establece en apartado segundo de este artículo en dos circunstancias, al decir “El tiempo de servicios para solicitar la renuncia se contabilizará desde la adquisición de la condición de militar de carrera o de militar profesional de tropa y marinería, respectivamente, o desde que hubiese ultimado los cursos de perfeccionamiento o de altos estudios militares que a estos efectos hayan sido fijados por el Ministro de Defensa.

A la luz de este precepto, la Administración deniega la renuncia pedida, al entender que el cómputo de los diez años debe efectuarse desde la fecha de terminación por el interesado del Curso de Perfeccionamiento de Transporte Aéreo Militar, el 23 de julio de 1993, en cuanto que le supuso la aptitud para el vuelo.

Esta tesis ha de ser aceptada.

La disposición derogatoria única, apartado 1º de la ley 17/1999, establece como cláusula general que “quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley”; el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Adquisición y Pérdida de la Condición de Militar y de Situaciones Administrativas del Personal Militar Profesional, a la hora de regular la renuncia a la condición de militar, -en desarrollo del artículo 65 de la Ley 17/89, de 19 de julio, cuya regulación en esta materia en lo esencial es bastante igual al actual, si bien establecía un plazo superior máximo de quince años para solicitar y conceder la renuncia a la condición de militar de carrera-, se encuentra vigente en todo aquello que no contradiga lo dispuesto en la Ley 17/1999; así, con el nuevo tope máximo de diez años fijado por la nueva norma legal, es susceptible de aplicación a los casos devenidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/99, en concreto y para el

caso de autos, en su artículo 4 se regulan los tiempos de servicio que son necesarios, distinguiendo según se computen los tiempos de servicios desde la adquisición de la condición de militar, o desde la finalización de los cursos de perfeccionamiento.

Así, en el primer supuesto establece el artículo 4.1, párrafo 3º, del Real Decreto 1385/90, establece: “Para los pertenecientes a cualquier Escala que al acceder al primer empleo de la misma ostentan u obtengan la aptitud para el vuelo, el Ministro de Defensa fijará el tiempo de servicios efectivos entre ocho y quince años, según las necesidades del planeamiento de la defensa militar”, precepto que fue desarrollado por la orden Ministerial 25/1990, de 9 de abril, sobre normas sobre concesión de excedencias y admisión de renunciaciones a la condición de militar de carrera del personal de la Escala del Aire del Arma de Aviación, en quince años.

Para el segundo supuesto, es decir, en el caso de cursos de perfeccionamiento, el apartado tercero de este artículo 4, establece, en el párrafo a) “Todos los cursos que supongan por primera vez aptitud para el vuelo conllevarán un tiempo de servicios efectivos mínimo de ocho años. El Ministro de Defensa podrá aumentar este tiempo hasta un máximo de quince años cuando las necesidades del planeamiento de la defensa militar así lo exijan”.

A la luz de estos preceptos, puestos en relación con los datos fácticos obrantes en autos, aparece que la Administración deniega la petición de renuncia del recurrente en base a iniciar el cómputo de los diez años de permanencia –tiempo que ha de estimarse como máximo fijado por la vigente Ley 17/99- desde la fecha de terminación del curso de perfeccionamiento de 23 de julio de 1993, al entender que este Curso le supuso por primera vez la aptitud para el vuelo.

Este dato fáctico, de honda transcendencia para la resolución de la cuestión litigiosa, no ha sido rebatido o contradicho por el actor, sino que pretende el cómputo del plazo desde la fecha de su nombramiento como Teniente del Arma de Aviación, por Orden Ministerial 532/13682/87, de 14 de julio de 1987, y de esta forma acreditar 11 años, 10 meses y 11 días de tiempo de servicio, pero no ha acreditado, ante este Tribunal que tal nombramiento implicara la concesión de la primera aptitud para el vuelo, y por tanto se pudiera configurar *prima facie* como el *dies a quo* para el cómputo del tiempo de permanencia. La ausencia de este dato fáctico, cuya aportación corresponde al actor en aras al principio general de la carga de la prueba y que dimana de la presunción de validez del acto administrativo que establece el artículo 57.1 de la Ley 30/92, determina la desestimación de la petición segunda del suplico de la demanda.

Cuarto.- Procede examinar la petición contenida en el apartado c) de la misma, como petición alternativa, en orden a la declaración del derecho del recurrente a renunciar a la condición de militar de carrera, sin perjuicio de lo que en el futuro pudiera proceder en orden al resarcimiento por su formación en el proceso de enseñanza Militar de Perfeccionamiento. Petición que no puede ser estimada, por cuanto independientemente de la pretendida ausencia de desarrollo reglamentario del artículo 147 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, y sus consecuencias sobre el caso de autos, la petición articulada es contraria a esta norma con rango de ley, por cuanto, el artículo 147.3 de la misma, literalmente, establece: “Esta –la renuncia a la condición de militar de carrera- no se podrá conceder hasta que el interesado abone la cuantía que se determine como indemnización”. Por lo que, por disposición legal, se establece como requisito antecedente para otorgar la renuncia, en caso de falta del tiempo de servicios necesarios, que el militar afectado abone a la Administración la suma determinada con carácter previo, sin que sea factible la posposición del abono de esta cantidad a momento posterior, so pena de infringir el mandato legal, conducta o actuación que sería *contra legem* y por ello, viciaría de nulidad el acto administrativo o la decisión judicial que lo aceptara.

Quinto.- Por las razones expuestas procede desestimar el recurso formulado, sin que existan méritos bastantes para hacer expresa imposición de las costas causadas, al no apreciarse mala fe o temeridad en alguna de las partes, de conformidad con el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación.

FALLAMOS.- Que desestimado el recurso contencioso-administrativo formulado por Don ***, contra la Resolución del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, por delegación del Ministro de Defensa, según O.M. 189/97, de 31 de octubre, de fecha 15 de junio de 1999, por la que se acuerda “Desestimar la petición de renuncia a la condición de militar de carrera formulada por el Capitán Pallarés Casado, por cuanto al día de hoy no cumple los requisitos establecidos en las normas en vigor, sin perjuicio del derecho que le asiste al interesado de formular nueva pretensión, una vez cumpla el tiempo de servicios exigidos o se proceda al desarrollo normativo que establece el artículo 147.3 de la misma Ley, en cuanto a la fijación de las cantidades a resarcir; sin que pueda acordarse nada al respecto hasta tanto se dicte la oportuna disposición reglamentaria”, debemos declarar y declaramos la conformidad a Derecho de la precitada Resolución sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

3. DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Por José-Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL.- II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO.-

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

Desde 1963, el legislador ha querido garantizar la indemnidad de las zonas verdes. Eso es lo que justifica la existencia de un procedimiento cualificado para su modificación. Mas no debe pensarse que, por la simple observancia de mayor número de trámites y más rigidez en su desarrollo, se puede llevar a efecto una modificación de los instrumentos de planeamiento atinentes a zonas verdes. Y, es que éstas son una noción sustantiva, definida por perfiles propios, unos de índole cuantitativa y otros de carácter cualitativo.

Debe afirmarse en primer término que, a la hora de la modificación de los instrumentos de planeamiento, la potestad de la Administración no es omnímoda cuando recae sobre zonas verdes. Debe respetar siempre el *stándard* mínimo legal en cuanto a su superficie; esto es, cinco metros cuadrados por cada habitante. Pero es que, además, aun cuando se supere

dicho *stándard*, la doctrina legal del Consejo de Estado y la jurisprudencia han sentado el criterio de que la modificación no puede comportar disminución de las superficies totales destinadas a zonas verdes, salvo existencia acreditada de un interés público prevalente. En otros términos, la superficie de zona verde en un municipio se configura como un mínimo sin retorno, a modo de cláusula *stand still* propia del Derecho comunitario, que debe respetar la Administración. Sólo es dable minorar dicha superficie cuando existe un interés público prevalente, acreditado y general; no cabe cuando dicho interés es particular o privado, por gran carácter social que tenga.

Además, la Administración debe respetar la índole y la función de la zona verde en el sistema de planeamiento. Ello tiene como consecuencia que no toda modificación, consistente en una diferente localización de una zona verde, respetando su superficie, sea válida.

Es frecuente que los Ayuntamientos aprueben variaciones en los que las zonas verdes no se ven menoscabadas en su extensión y superficie pero sí ubicadas en lugares *extravagantes*, en el sentido etimológico del término. Zonas verdes sitas en el centro de las poblaciones, junto a establecimientos docentes o en áreas de edificaciones destinadas a viviendas son trasladadas a extremos lejanos de los núcleos urbanos, a lugares distantes de donde viven sus usuarios o a extrarradios en donde resultan inaccesibles. Tales modificaciones resultan inadmisibles pues, la recolocación de un espacio libre, sacándolo del centro urbano y situándolo en un lugar lejano altera sustancialmente su función. Se priva a los ciudadanos del contacto cotidiano con unos espacios e instalaciones específicamente destinados a satisfacer unos anhelos que tienen incluso un reflejo constitucional (artículos 43.3 y 45.2) y se les dificulta el acceso al de nueva creación (Vid., *Dictamen del Consejo de Estado, expediente número 1991/95*).

Por otra parte, la modificación debe respetar no sólo la función de la zona verde en una determinada área, sino su propia naturaleza. Aunque la legislación urbanística habla genéricamente de “zonas verdes”, éste es un concepto que incluye realidades distintas. Los espacios libres no tienen todos, ni la misma configuración, ni los mismos perfiles. Como expusiera el IV Congreso Internacional de Arquitectura Moderna, en la denominada Carta de Atenas (1942), los distintos tipos de espacios libres no tienen la misma índole. Es clásica en tal sentido la distinción entre parques urbanos, jardines y espacios naturales.

Los parques son trozos de naturaleza respetados por la ciudad en su expansión; de notable extensión, por lo general, cumplen una doble fun-

ción: físico, por la regeneración de la atmósfera; moral, por el contacto que ofrece con la naturaleza y la influencia que ésta ejerce sobre el equilibrio humano. Los jardines, por su parte, son retazos de naturaleza incorporados a la ciudad, a los elementos arquitectónicos y destinados a ser equipamientos de ocio –entre ellos, los deportivos–; tienen una extensión más restringida y satisfacen las necesidades de los barrios residenciales en lo referente a solaz de los mayores y juegos de los pequeños. Unos y otros, parques y jardines, están insertos en la estructura urbana e íntimamente vinculados a la noción de tiempo libre. Los espacios naturales, por último, son masas de naturaleza vegetal o arbórea, no incorporadas a las ciudades, pero siempre amenazadas por éstas en su constante expansión; el destino de los parques naturales es convertirse en parques urbanos. Aunque hoy se tiende también a afectarlos a funciones de tiempo libre, su finalidad y justificación es otra: la conservación del sistema natural.

A la hora de modificar las zonas verdes, se ha de atender también a la propia naturaleza de la que se varía, para apreciar si tiene justificación. No es dable, aunque se respeten las superficies o incluso se amplíen, sustituir un parque urbano por múltiples jardines; resultaría contrario a la Ley suprimir el Parque del Retiro, el Parque de María Luisa o tantos otros existentes en todas las ciudades de España y sustituirlos por decenas de jardines, de escasa superficie, diseminados en la trama urbana de Madrid, de Sevilla o de cualquier otra localidad. Porque es claro que unos y otros tienen distinta naturaleza y cumplen diferentes cometidos.

Por último, tampoco es posible modificar zonas verdes, aunque se cumplan los requisitos formales indicados e, incluso, los materiales exigidos por la Ley, cuando ello comporta una variación de los criterios definidores de la estructura urbana. En la regulación legal, la modificación de los instrumentos de planeamiento se configura como alteración de sus determinaciones concretas, manteniéndose los criterios respecto a la estructura general y ordenación del territorio o clasificación del suelo, motivada por la elección de un modelo territorial distinto o por la aparición de circunstancias sobrevenidas, de carácter demográfico o económico, que incidan sustancialmente sobre la ordenación o por el agotamiento de su capacidad (Ley de Régimen del Suelo, artículo 126. 3 y 5). Cuando la modificación comporta un cambio de esos criterios, adquiere mayor sustantividad y encaja en la figura legal de revisión (artículo 126.3 del mismo texto legal).

La alteración de criterios no precisa referirse a la totalidad del territorio sino que basta con que opere sobre partes significativas de él.

Una modificación que afecta a una zona verde no es en puridad tal, cuando afecta a una parte muy característica del caso urbano de una localidad y responde a planteamientos diversos de los vigentes; en tal caso, debe reputarse revisión. Si persigue proporcionar nuevas estructuras a la ciudad, distintas de las tradicionales, y para ello se altera una zona verde, hay que acudir a los mecanismos de revisión del plan de ordenación urbana, pues se rompe la configuración clásica de la ciudad.

II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

1. Revisión de oficio de actos administrativos.

1. “El artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, previene que son nulos de pleno derecho los actos “*expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”.

Al interpretar el referido precepto, el Consejo de Estado ha señalado que debe serlo de manera estricta (Dictámenes 2047/97, de 5 de junio; 4667/97, de 16 de octubre, 5.380/97, de 11 de diciembre, entre otros muchos), pues de otro modo, con una interpretación amplia de su ámbito de aplicación, se produciría una desnaturalización de las causas legales de invalidez, vaciando de contenido no pocos supuestos de anulabilidad. Además, en correspondencia con tal criterio, este Cuerpo Consultivo ha distinguido, a la hora de aplicar la causa legalmente prevista, entre requisitos necesarios y presupuestos necesarios de los actos administrativos, siendo éstos los que definen la propia estructura del acto administrativo (Dictamen 351/96) y aquéllos meras exigencias legales para su configuración o eficacia. La referencia legal a los “requisitos esenciales” ha de entenderse hecha a los presupuestos necesarios de los actos, de tal suerte que sólo si faltan éstos, puede apreciarse la causa legal de nulidad.

Las órdenes ministeriales en que se basó la resolución de 6 de octubre de 2000 exigía para el otorgamiento de las ayudas, conforme preveía su artículo 10, los siguientes requisitos: ser transportista autónomo, con edad igual o superior a los sesenta años e inferior a los sesenta y cinco; haber sido titulares de permiso de conducción válido durante un plazo mínimo de diez años; estar dado de alta en el Régimen de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social los últimos diez años de forma ininterrumpida y comprometerse a abandonar la actividad de transporte público. Es claro, a la vista del precepto, que el presupuesto esencial para el acto

de otorgamiento de la subvención es el de “ser transportista”, mereciendo las demás exigencias la calificación de “requisitos necesarios”.

En consecuencia, a juicio de este Consejo de Estado, no concurre en el caso sometido a consulta la causa prevista en el artículo 62.1f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y, en consecuencia, no procede declarar la nulidad de pleno derecho de la resolución de la Dirección General de Transportes por Carretera de 6 de octubre de 2000. Todo ello, sin perjuicio de que, previa declaración de lesividad, se proceda a impugnarla en vía contencioso-administrativa por el Servicio Jurídico del Estado.”

(Dictamen núm. 1989/2001).

2. Contratos administrativos

1.“El expediente sometido a consulta se refiere al proyecto modificado número 2 del Contrato de construcción de la plataforma de la línea de alta velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa, tramo: Calatayud-Ricla, subtramo I-A”.

La aprobación de los proyectos modificados que comporten una variación, en más o en menos del veinte por ciento, del precio original del contrato que sea igual o superior a un millardo, exige el previo dictamen del Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 60.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

La aprobación de las modificaciones contractuales y, más cuando, por su importancia, se sujetan a un procedimiento reforzado con la intervención del Consejo de Estado, sólo tiene sentido cuando las obras en que consisten no han sido ejecutadas. El procedimiento de aprobación de un proyecto modificado tiene por objeto valorar la pertinencia legal y la oportunidad de las variaciones a introducir en la obra inicialmente adjudicada en atención al interés público, a la disciplina presupuestaria y a las reglas rectoras de la contratación pública; es especial, a los principios de publicidad y concurrencia que aseguran los derechos de eventuales licitadores y de la propia Administración.

Resulta pues impertinente la aprobación de modificaciones encaminadas a variar el objeto del contrato, cuando las obras en que éste consisten están ya ejecutadas. El procedimiento de aprobación, instituido para valorar la pertinencia y legalidad de las obras a realizar, pierde su finalidad y, por tanto, su propia razón de ser, al chocar con el hecho, ya consumado, de los trabajos hechos.

En el caso presente, consta por los informes obrantes en el expediente, que los trabajos que constituyen el objeto del proyecto modificado, por un precio de 5.595.469.043 pesetas, están ejecutados e incluso han sido reconocidos por la Administración el pasado día 13 de diciembre de 2000.

Resulta pues, por esta razón, improcedente la aprobación del proyecto modificado remitido en consulta.

Consta por otra parte que, con ocasión de los trabajos de construcción de la plataforma de la línea de alta velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa, tramo Calatayud-Ricla, subtramo I-A, se han ejecutado labores sin haberse aprobado el correspondiente modificado, el número 2º, que estaba en curso. Dicha ejecución trasciende ahora al aspecto de financiación de la obra, al haberse hecho sin cobertura jurídica adecuada, pese a la innecesariedad de la fiscalización previa del pago y de la exigencia de retención del crédito presupuestario adecuado y suficiente.

El Consejo de Estado debe señalar en primer término la irregularidad que comporta la ejecución de unidades de obra sin haberse aprobado el oportuno proyecto reformado y, por tanto, contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. Dicha actuación comporta una infracción grave de lo prevenido en la cláusula 62 del Pliego de Cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado que de forma tajante establece que ni la Administración, ni el contratista, ni ambos de consuno, pueden introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto de contrato sin la debida aprobación. Ello aunque, la modificación ejecutada se pretenda basar en una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público, pues dicha agilidad y eficacia han de acomodarse siempre al respeto a la legalidad. Unas y otra no son incompatibles, de tal suerte que han de encauzarse armónicamente a fin de evitar efectos contraproducentes y mermas de las garantías jurídicas que deben presidir la contratación pública.

No obstante lo expresado, el Consejo de Estado considera que procede someter, en su caso, a la consideración del Consejo de Ministros la convalidación del gasto que, por importe de 5.595.469.043 pesetas y sin que se hubiere aprobado el correspondiente proyecto reformado, se ha realizado a la hora de ejecutar las obras de construcción de la plataforma de la línea de alta velocidad de Madrid a la frontera francesa, en el subtramo de Ricla I-A. En efecto, la oportunidad y conveniencia de dichos trabajos efectuados, aun cuando no puede ser valoradas por este Consejo al no existir datos en el expediente que permitan hacerlo, aparecen avaladas, bajo su exclusiva garantía técnica, por la Inspección General de Servicios del

Ministerio de Fomento y por el informe del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo.

Consta también que existen recursos financieros suficientes para afrontar el pago de la cantidad propuesta, según informe de la Unidad Orgánica de Finanzas y Administración del Gestor de Infraestructuras Ferroviarias. Y, es claro que, caso de no abonarse a la empresa contratista, se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración.

La convalidación del gasto hecho requiere la decisión final del Consejo de Ministros, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Real Decreto 2188/95, de 28 de diciembre de 1995.

Por último, debe señalar el Consejo de Estado la necesidad de que los proyectos se elaboren con rigor, si son hechos por los servicios propios, y, se vigile su calidad, si son encargados a empresas consultoras. Más cuando, como señala la Inspección General del Departamento, se trata de túneles, por su importancia, envergadura y dificultades técnicas.

En el caso presente, a la vista de los informes, es claro que el proyecto elaborado por la empresa Iberinsa, S.A. no era técnicamente adecuado y que la adjudicataria de las obras, no obstante percartarse de su manifiesta insuficiencia, inició su ejecución, con el gravoso resultado producido por el hundimiento del túnel. Por ello, debiera ponderarse la conveniencia, de una parte, de ejercer acciones contra la empresa encargada de la redacción del proyecto, si ello fuera posible en Derecho, extremo este sobre el que el Consejo no se pronuncia al no existir datos en el expediente que permitan hacerlo; y, de otro lado, de incoarse el oportuno expediente encaminado a depurar las eventuales responsabilidades administrativas en el que hubieran podido incurrir las Autoridades y funcionarios que autorizaron o permitieron la ejecución de los trabajos sin la previa aprobación del correspondiente proyecto reformado.

(Dictamen núm. 1082/2001)

3. Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

1. “Y en tal estado de tramitación el expediente, V.E. dispuso su remisión al Consejo de Estado para consulta, constando en la Orden que “a la vista de dichas alegaciones (del reclamante en el sentido de su falta de medios para construir el pozo), se solicita de ese Alto Organo Consultivo la precisión complementaria sobre la posibilidad de abonar la cantidad solicitada como indemnización, en base a la cuantía señalada en el presu-

puesto realizado por la empresa “Sondeos Luis Bao”, el 10 de diciembre de 1996, y que asciende a 438.364 pesetas y a la que dió su conformidad la Demarcación de Carreteras del Estado en Galicia en su escrito de 13 de febrero de 1997, considerando que la Intervención General del Estado en su informe de fecha 24 de julio de 2001, ateniéndose a la literalidad del dictamen primero del Alto Cuerpo Consultivo no admite justificante alternativo a la factura”.

La Administración Pública tiene la obligación, no ya legal (Ley 30/1992, artículo 139) sino constitucional (artículo 106.2), de indemnizar los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos.

La indemnización puede hacerse bien *in natura*, bien por equivalente económico. Cuando se hace de esta última manera, de ordinario, los lesionados reparan los daños y, después, solicitan su reintegro de la Administración Pública. Razones varias, tendentes a facilitar la gestión de los expedientes y a asegurar la exactitud de las cantidades abonables, aconsejan solicitar a los reclamantes la presentación de las correspondientes facturas de reparación. Ahora bien, tal actuar no es legalmente indefectible; se trata simplemente de una práctica administrativa. Antes al contrario, con arreglo a la Ley, ni es exigible a los lesionados que reparen los daños previamente a que la Administración les abone la indemnización, ni tampoco lo es que presenten ineluctablemente la factura de reparación como medio de prueba del daño padecido. En consecuencia, no puede, ni justificarse en modo alguno el incumplimiento de una obligación legal de indemnizar por parte de la Administración, ni entorpecerse su cumplimiento, con la exigencia de la previa reparación de los daños o con la presentación de la correspondiente factura.

El inciso contenido en el dictamen emitido por este Consejo de Estado, el 23 de septiembre de 1999, que reza que “respecto al importe de la indemnización, el Consejo considera que debe ascender al coste efectivo de construcción del pozo, razón por la cual deberá requerirse del solicitante la correspondiente factura, cifrándose aquélla en el montante de ésta”, no puede entenderse en el sentido de que la presentación de la factura constituye el presupuesto básico para hacer efectiva la indemnización debida. Tal exigencia, además de no ser legal, resulta contraria al orden regular de las cosas y es expresivo de un severo rigor constrictivo que resulta impertinente en la actuación administrativa.

En consecuencia, cuando, como en el caso presente, el reclamante no dispone de medios económicos para reparar el daño y la Administración opta por la indemnización por equivalente, es admisible la acreditación del

importe de los perjuicios habidos mediante cualquiera de los medios de prueba admisibles. Entre éstos, se puede contar, sin violencia alguna, el presupuesto de ejecución de los trabajos de reparación –en este caso de construcción de un pozo– que está, además, adverbado y asumido por los servicios técnicos de la Administración Pública.

Por todo ello, el Consejo de Estado considera que puede abonarse al reclamante la cantidad de 438.364 pesetas, debidamente actualizadas al momento del pago, como indemnización. Además, si, habida cuenta el tiempo transcurrido desde la formulación del presupuesto, éste resultare insuficiente, no obstante la actualización procedente, la Administración deberá abonar la diferencia entre su montante y el coste efectivo de los trabajos realizados.”

(Dictamen núm. 2666/2001//2392/2000).

“Ha quedado acreditado en el expediente que la parte reclamante ha sufrido unos daños, la pérdida del buque Flopuerto Uno. La única cuestión que se plantea es la de determinar si el daño ha sido o no consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, presupuesto imprescindible para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, conforme al 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Con arreglo a este precepto, “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

En el caso presente, no se ha probado la existencia de una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los referidos daños. En efecto, no se ha acreditado por la parte reclamante, a quien corresponde hacerlo de acuerdo con lo establecido en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, a falta de previsión específica en el Código Civil tras la derogación del artículo 1214, que las áreas de porta de desagüe fueran inferiores a las reglamentariamente establecidas. Antes al contrario, del contenido de los certificados de navegabilidad y estabilidad y del acta de inspección del buque se concluye que reunían los requisitos técnicos establecidos en la legislación aplicable. Además, debe significarse que las reglamentaciones técnicas invocadas por la parte reclamante con base en el informe emitido por el Grupo Acuario, S.A., en concreto, el anejo VI de la Orden Ministerial de 29 de julio de 1970, el Convenio de Torremolinos de 1977 y el protocolo de aplicación de éste de 1993, resultaban de aplicación al buque perdido. Y ello por cuanto:

a) El anejo VI de la citada Orden era de aplicación a los buques de pesca de gran altura, sin limitación de aguas ni condiciones meteorológicas. Sin embargo, el “Flopuerto Uno” era un buque de pesca de altura, de tal suerte que las exigencias del referido anejo no le eran de aplicación.

b) El Convenio de Torremolinos de 1977 y su protocolo de aplicación de 1993, no entraron en vigor en España sino al momento de incorporarse la Directiva 91/70/CEE, del Consejo, lo que se hizo mediante Real Decreto 1032/1999, de 18 de junio.

En consecuencia, no puede imputarse a la Administración el daño pretendido porque, en su actividad inspectora, no exigiera el cumplimiento de una legislación que no resultaba aplicable al buque.

No deja de ser, en todo caso, significativa la reclamación deducida ante la Administración Pública. Aun cuando fuere cierta la existencia de un defecto de construcción del buque, la parte reclamante pretende hacer responsable del daño a la Administración, so pretexto de que autorizó su utilización, ignorando las actuaciones y quehaceres de quienes lo diseñaron, lo construyeron, lo clasificaron y, con conocimiento del eventual defecto constructivo, se sirvieron de él. Yerra el reclamante al plantear la cuestión en los términos hechos. La autorización administrativa para navegar, tras realizarse la correspondiente inspección, no comporta ni la atribución de ningún derecho, ni levanta ninguna prohibición genéricamente establecida; se trata de un instrumento que remueve los límites fijados al ejercicio del correspondiente derecho a navegar. En tal intervención, la Administración ni se hace partícipe del actuar del autorizado, ni asume obligación de garantía alguna bien de su acción, bien de los medios empleados para ello. De ahí que, salvo en los específicos casos previstos por la legislación en la que la concesión de una autorización comporte la asunción por la Administración de garantía de la actividad o de los medios empleados, dicho otorgamiento no la constituye en persona responsable de los daños que pudiere sufrir ni quien ejerce la actividad autorizada con plena libertad ni tercero alguno.

Por otra parte, una apreciación conjunta de las actuaciones obrantes en el expediente pone de manifiesto que el hundimiento del buque “Flopuerto Uno” se produjo por la concurrencia de varias causas: el sobrecalado con que partió el buque, a consecuencia del peso transportado; la posible modificación de su estructura de la que no existían garantías sobre su corrección ya que no habían sido inspeccionadas; el mal estado de la mar, con fuerte marejada y la inundación de zonas estancas. Todas ellas fueron ajenas a la Administración Pública, de tal suerte que no es posible estable-

cer una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido.

En consecuencia, al no concurrir los requisitos exigidos por el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, procede desestimar la reclamación sometida a consulta.

(Dictamen núm. 2668/2001).

3. “La solicitud de indemnización de daños y perjuicios debe considerarse presentada fuera del plazo de un año legalmente establecido en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En efecto, la suspensión del plazo para ejercer las acciones de responsabilidad civil derivadas de hechos que pudieren ser penalmente relevantes, que no prejudicialidad penal, prevista en el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo se produce cuando la acción de resarcimiento se dirige precisamente contra quienes son parte en el proceso penal, pues, de otro modo, la seguridad jurídica de las situaciones que deriva del transcurso del tiempo quedaría mermada para los terceros, ajenos a los hechos enjuiciados penalmente, que pudieron ser llamados al proceso penal en calidad de responsables civiles.

En el caso presente, la Administración no fué parte en el proceso penal, ni fué llamado a él, de tal suerte que el plazo para presentar la reclamación ante ella terminó al año de producirse el hecho o, en su caso, de estabilizarse las lesiones sufridas por la reclamante. No cabe pues considerarla tempestiva cuando ya había transcurrido un lapso de tiempo de casi ocho años desde el accidente.

Además, aun cuando se estimare presentada en plazo la reclamación, tampoco en el caso sometido a consulta, concurren los requisitos legalmente exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En primer término, debe señalarse que la Administración puede formarse libremente, a la vista de las actuaciones, su juicio sobre los hechos ocurridos y sobre la relación de causalidad entre éstos y el daño padecido. En otros términos, no está vinculada por la declaración de hechos probados de la sentencia, sin perjuicio de su relevante valor a la hora de formarse el referido juicio. Y ello por cuanto la declaración de hechos probados sólo surte efectos bien en el ámbito procesal penal, como reflejo de la cosa juzgada, bien el ámbito extraprocesal penal, como reflejo de la llamada irreversibilidad de los pronunciamientos jurisdiccionales, frente a quienes han sido parte en el procedimiento, como se deducía del ya derogado artículo 1252 del Código Civil. De no ser así, se produciría el per-

verso efecto de que un sujeto quedaría vinculado y, en su caso, condenado, de manera indirecta, por una resolución judicial en la que ni ha sido parte, ni ha podido hacer valer sus medios de defensa.

En el caso consultado, como se ha expresado, la Administración no ha sido parte, ni ha sido llamada al proceso, de tal suerte que la declaración de hechos probados contenida en la sentencia penal del Juzgado de Instrucción número 2 de Olot, no le vincula a la hora de formarse el juicio con que resolver la reclamación.

Así las cosas, del examen de las actuaciones obrantes en el expediente, resulta que el accidente se produjo, primordialmente, por la somnolencia del conductor, siendo ésta su causa eficiente, sin que, pese a lo dicho por la sentencia, se haya verificado la existencia de un bache en la calzada. En otros términos, el accidente se produjo por una actuación imputable al conductor. No es posible pues establecer una relación de causalidad entre el servicio público y el daño padecido. Y, al no concurrir los requisitos exigidos en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, procede desestimar la reclamación.”

(Dictamen núm. 2218/2201).

ESTADOS PARTES EN LOS CONVENIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 Y PROTOCOLOS ADICIONALES DEL 8 DE JUNIO DE 1977: RATIFICACIONES, ADHESIONES Y SUCESIONES

(Documentación aportada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española)

CUADRO DE LOS ESTADOS PARTES EN LOS CONVENIOS DE GINEBRA Y EN SUS PROTOCOLOS ADICIONALES EN DICIEMBRE DE 2001, Y COMENTARIOS

La presente lista se basa en las informaciones recibidas por parte del Departamento Federal de Asuntos Exteriores de la Confederación Suiza, que es depositario de dichos Convenios.

PAÍS	CONVENIONES DE GINEBRA		PROTOCOLO I			PROTOCOLO II				
	R/A/S	R/D	R/A/S	R/D	D90	R/A/S	R/D			
Afganistán	26.09.1956.	R	X	A	-	-	-	-		
Albania	27.05.1957.	R	X	16.07.1993.	R	-	16.07.1993.	A	-	
Alemania	03.09.1954.	A		14.02.1991.	-	X	14.02.1991.	R	X	
Andorra	17.09.1993.	A	X	-	A	-	-	-	-	
Angola	20.09.1984.	A		20.09.1984.	X	-	-	-	-	
Antigua y Barbuda	06.10.1986.	S	-	06.10.1986.	A	-	06.10.1986.	A	-	
Arabia Saudita	18.05.1963.	A		21.08.1987.	X	-	-	-	-	
Argelia	20.06.1960.;		-		A					
	03.07.1962.	A	-	16.08.1989.	A	X	16.08.1989.	16.08.1989.	A	-
Argentina	18.09.1956.	R	-	26.11.1986.	A	X	11.10.1996.	26.11.1986.	A	X

PAÍS	CONVENCIONES DE GINEBRA		PROTOCOLO I			PROTOCOLO II				
	R/A/S	R/D	R/A/S	R/D	D90	R/A/S	R/D			
Armenia	07.06.1993.	A	X	07.06.1993.	R	-	-	07.06.1993.	A	-
Australia	14.10.1958.	R	-	21.06.1991.	R	X	23.09.1992.	21.06.1991.	R	-
Austria	27.08.1953.	R	-	13.08.1982.	-	X	13.08.1982.	13.08.1982.	R	X
Azerbaiyán	01.06.1993.	A	-	-	A	-	-	-	-	-
Bahamas	11.07.1975.	S	-	10.04.1980.	A	-	-	10.04.1980.	A	-
Bahrein	30.11.1971.	A	X	30.10.1986.	A	-	-	30.10.1986.	A	-
Bangladesh	04.04.1972.	S	X	08.09.1980.	A	-	-	08.09.1980.	A	-
Barbados	10.09.1968.	S	-	19.02.1990.	R	-	-	19.02.1990.	A	-
Belarús	03.08.1954.	R	-	23.10.1989.	R	-	23.10.1989.	23.10.1989.	R	-
Bélgica	03.09.1952.	R	-	20.05.1986.	A	X	27.03.1987.	20.05.1986.	R	-
Belice	29.06.1984.	A	-	29.06.1984.	A	-	-	29.06.1984.	A	-
Benin	14.12.1961.	S	-	28.05.1986.	-	-	-	28.05.1986.	A	-
Bhután	10.01.1991.	A	-	-	A	-	-	-	-	-
Bolivia	10.12.1976.	R	-	08.12.1983.	-	-	10.08.1992.	08.12.1983.	A	-
Bosnia-Herzegovina	31.12.1992.	S	-	31.12.1992.	A	-	31.12.1992.	31.12.1992.	S	-
Botswana	29.03.1968.	A	-	23.05.1979.	A	-	-	23.05.1979.	A	-
Brasil	29.06.1957.	R	-	05.05.1992.	-	-	23.11.1993.	05.05.1992.	A	-
Brunei	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-
Darussalam	14.10.1991.	A	-	14.10.1991.	R	-	-	14.10.1991.	A	-
Bulgaria	22.07.1954.	R	-	26.09.1989.	R	-	09.05.1994.	26.09.1989.	R	-
Burkina Faso	07.11.1961.	S	-	20.10.1987.	A	-	-	20.10.1987.	R	-
Burundi	27.12.1971.	S	-	10.06.1993.	A	-	-	10.06.1993.	A	-
Cabo Verde	11.05.1984.	A	-	16.03.1995.	A	-	16.03.1995.	16.03.1995.	A	-
Cambodia	08.12.1958.	A	-	14.01.1998.	A	-	-	14.01.1998.	A	-
Camerún	16.09.1963.	S	-	16.03.1984.	R	-	-	16.03.1984.	A	-
Canadá	14.05.1965.	R	-	20.11.1990.	A	X	20.11.1990.	20.11.1990.	R	X
Chad	05.08.1970.	A	-	17.01.1997.	R	-	-	17.01.1997.	A	-
Chile	12.10.1950.	R	X	24.04.1991.	A	-	24.04.1991.	24.04.1991.	R	-
China	28.12.1956.	R	-	14.09.1983.	R	X	-	14.09.1983.	A	-
Chipre	23.05.1962.	A	-	01.06.1979.	A	-	-	18.03.1996.	A	-
Colombia	08.11.1961.	R	-	01.09.1993.	A	-	17.04.1996.	14.08.1995.	A	-
Comoras	21.11.1985.	A	-	21.11.1985.	A	-	-	21.11.1985.	A	-
Congo	04.02.1967.	S	-	10.11.1983.	-	-	-	10.11.1983.	A	-
Congo (Rep. Dem.)	24.02.1961.	S	-	03.06.1982.	-	-	-	-	-	-
Corea (República de)	16.08.1966.	A	X	15.01.1982.	R	X	-	15.01.1982.	R	-
Corea (Rep. Pop. Dem.)	27.08.1957.	A	-	09.03.1988.	A	-	-	-	-	-
Costa Rica	15.10.1969.	A	-	15.12.1983.	R	-	02.12.1999	15.12.1983.	A	-
Côte d'Ivoire	28.12.1961.	S	-	20.09.1989.	S	-	-	20.09.1989.	R	-
Croacia	11.05.1992.	S	-	11.05.1992.	A	-	11.05.1992.	11.05.1992.	S	-
Cuba	15.04.1954.	R	-	25.11.1982.	R	-	-	23.06.1999	A	-
Dinamarca	27.06.1951.	R	-	17.06.1982.	A	X	17.06.1982.	17.06.1982.	R	-
Djibouti	06.03.1978.	S	-	08.04.1991.	A	-	-	08.04.1991.	A	-
Dominica	28.09.1981.	S	-	25.04.1996.	R	-	-	25.04.1996.	A	-
Ecuador	11.08.1954.	R	-	10.04.1979.	R	-	-	10.04.1979.	R	-
Egipto	10.11.1952.	R	-	09.10.1992.	R	X	-	09.10.1992.	R	X
El Salvador	17.06.1953.	R	-	23.11.1978.	-	-	-	23.11.1978.	R	-
Emiratos Arabes Unidos	10.05.1972.	A	-	09.03.1983.	X	X	06.03.1992.	09.03.1983.	A	X
Eritrea	14.08.2000	A	-	-	S	-	-	-	-	-
Eslovenia	26.03.1992.	S	-	26.03.1992.	R	-	26.03.1992.	26.03.1992.	S	-
España	04.08.1952.	R	-	21.04.1989.	-	X	21.04.1989.	21.04.1989.	R	-
Estados Unidos	-	-	X	-	-	-	-	-	-	-

PAÍS	CONVENCIONES DE GINEBRA		PROTOCOLO I			PROTOCOLO II		
	R/A/S	R/D	R/A/S	R/D	D90	R/A/S	R/D	
de América	02.08.1955.	R	-	-	A	-	-	-
Estonia	18.01.1993.	A	-	18.01.1993.	A	-	-	18.01.1993.
Etiopía	02.10.1969.	R	-	08.04.1994.	-	-	-	08.04.1994.
Fiji	09.08.1971.	S	-	-	-	-	-	-
Filipinas	06.10.1952.	R	-	-	R	-	-	11.12.1986.
Finlandia	22.02.1955.	R	-	07.08.1980.	A	X	07.08.1980.	07.08.1980.
Francia	28.06.1951.	R	-	11.04.2001	A	X	-	24.02.1984.
Gabón	26.02.1965.	S	-	08.04.1980.	A	-	-	08.04.1980.
Gambia	20.10.1966.	S	-	12.01.1989.	A	-	-	12.01.1989.
Georgia	14.09.1993.	A	-	14.09.1993.	R	-	-	14.09.1993.
Ghana	02.08.1958.	A	-	28.02.1978.	A	-	-	28.02.1978.
Granada	13.04.1981.	S	-	23.09.1998	R	-	-	23.09.1998
Grecia	05.06.1956.	R	-	31.03.1989.	R	-	04.02.1998	15.02.1993.
Guatemala	14.05.1952.	R	-	19.10.1987.	A	-	-	19.10.1987.
Guinea	11.07.1984.	A	X	11.07.1984.	A	-	20.12.1993.	11.07.1984.
Guinea-Bissau	21.02.1974.	A	-	21.10.1986.	-	-	-	21.10.1986.
Guinea					A			
Ecuatorial	24.07.1986.	A	-	24.07.1986.	A	-	-	24.07.1986.
Guyana	22.07.1968.	S	-	18.01.1988.	-	-	-	18.01.1988.
Haití	11.04.1957.	A	-	-	R	-	-	-
Honduras	31.12.1965.	A	-	16.02.1995.	R	-	-	16.02.1995.
Hungría	03.08.1954.	R	-	12.04.1989.	-	-	23.09.1991.	12.04.1989.
India	09.11.1950.	R	-	-	-	-	-	-
Indonesia	30.09.1958.	A	-	-	-	-	-	-
Irak	14.02.1956.	A	X	-	-	-	-	-
Irán	20.02.1957.	R	-	-	R	-	-	-
Irlanda	27.09.1962.	R	-	17.05.1999	R	X	17.05.1999	17.05.1999
Islandia	10.08.1965.	A	X	10.04.1987.	-	X	10.04.1987.	10.04.1987.
Israel	06.07.1951.	R	-	-	R	-	-	-
Italia	17.12.1951.	R	-	27.02.1986.	X	-	27.02.1986.	27.02.1986.
Jamahiriyá					A			
Arabe Libia	22.05.1956.	A	-	07.06.1978.	A	-	-	07.06.1978.
Jamaica	20.07.1964.	S	-	29.07.1986.	-	-	-	29.07.1986.
Japón	21.04.1953.	A	-	-	R	-	-	-
Jordania	29.05.1951.	A	-	01.05.1979.	S	-	-	01.05.1979.
Kazajistán	05.05.1992.	S	-	05.05.1992.	A	-	-	05.05.1992.
Kenya	20.09.1966.	A	-	23.02.1999	S	-	-	23.02.1999
Kirguizistán	18.09.1992.	S	-	18.09.1992.	-	-	-	18.09.1992.
Kiribati	05.01.1989.	S	X	-	A	-	-	-
Kuwait	02.09.1967.	A	-	17.01.1985.	-	-	-	17.01.1985.
Lao					R			
(Rep.Dem.Pop.)	29.10.1956.	A	-	18.11.1980.	A	-	30.01.1998	18.11.1980.
Lesoto	20.05.1968.	S	-	20.05.1994.	A	-	-	20.05.1994.
Letonia	24.12.1991.	A	-	24.12.1991.	A	-	-	24.12.1991.
Libano	10.04.1951.	R	-	23.07.1997	A	-	-	23.07.1997
Liberia	29.03.1954.	A	-	30.06.1988.	R	-	-	30.06.1988.
Liechtenstein	21.09.1950.	R	-	10.08.1989.	A	X	10.08.1989.	10.08.1989.
Lituania	03.10.1996.	A	-	13.07.2000	R	-	13.07.2000	13.07.2000
Luxemburgo	01.07.1953.	R	X	29.08.1989.	S	-	12.05.1993.	29.08.1989.
Macedonia	01.09.1993.	S	-	01.09.1993.	R	X	01.09.1993.	01.09.1993.
Madagascar	13.07.1963.	S	-	08.05.1992.	-	-	27.07.1993.	08.05.1992.
Malasia	24.08.1962.	A	-	-	A	-	-	-
Malawi	05.01.1968.	A	-	07.10.1991.	A	-	-	07.10.1991.
Maldivas	18.06.1991.	A	-	03.09.1991.	A	-	-	03.09.1991.
Mali	24.05.1965.	A	-	08.02.1989.	A	-	-	08.02.1989.
Malta	22.08.1968.	S	-	17.04.1989.	-	X	17.04.1989.	17.04.1989.

PAÍS	CONVENCIONES DE GINEBRA			PROTOCOLO I			PROTOCOLO II			
	R/A/S	R/D		R/A/S	R/D	D90	R/A/S	R/D		
Marruecos	26.07.1956.	A	-	-	A	-	-	-	-	
Mauricio	18.08.1970.	S	-	22.03.1982.	A	-	22.03.1982.	A	-	
Mauritania	30.10.1962.	S	-	14.03.1980.	A	-	14.03.1980.	A	-	
México	29.10.1952.	R	-	10.03.1983.	A	-	-	-	-	
Micronesia	19.09.1995.	A	-	19.09.1995.	A	-	19.09.1995.	A	-	
Mónaco	05.07.1950.	R	-	07.01.2000	R	-	07.01.2000	A	-	
Mongolia	20.12.1958.	A	-	06.12.1995.	A	X	06.12.1995.	06.12.1995.	R	-
Mozambique	14.03.1983.	A	-	14.03.1983.	-	-	-	-	-	-
Myanmar	25.08.1992.	A	-	-	A	-	-	-	-	-
Namibia	22.08.1991.	S	-	17.06.1994.	-	-	21.07.1994.	17.06.1994.	A	-
Nepal	07.02.1964.	A	-	-	R	-	-	-	-	-
Nicaragua	17.12.1953.	R	-	19.07.1999	R	-	-	19.07.1999	R	-
Níger	21.04.1964.	S	-	08.06.1979.	A	-	-	08.06.1979.	R	-
Nigeria	09.06.1961.	S	-	10.10.1988.	R	-	-	10.10.1988.	A	-
Noruega	03.08.1951.	R	X	14.12.1981.	R	-	14.12.1981.	14.12.1981.	R	-
Nueva Zelanda	02.05.1959.	R	-	08.02.1988.	A	X	08.02.1988.	08.02.1988.	R	-
Omán	31.01.1974.	A	-	29.03.1984.	R	X	-	29.03.1984.	A	X
Países Bajos	03.08.1954.	R	X	26.06.1987.	-	X	26.06.1987.	26.06.1987.	R	-
Pakistán	12.06.1951.	R	-	-	A	-	-	-	-	-
Palau	25.06.1996.	A	-	25.06.1996.	R	-	-	25.06.1996.	A	-
Panamá	10.02.1956.	A	-	18.09.1995.	-	-	26.10.1999	18.09.1995.	R	-
Papua Nueva Guinea	26.05.1976.	S	-	-	A	-	-	-	-	-
Paraguay	23.10.1961.	R	-	30.11.1990.	R	-	30.01.1998	30.11.1990.	A	-
Perú	15.02.1956.	R	X	14.07.1989.	R	-	-	14.07.1989.	R	-
Polonia	26.11.1954.	R	X	23.10.1991.	R	-	02.10.1992.	23.10.1991.	R	-
Portugal	14.03.1961.	R	-	27.05.1992.	A	-	01.07.1994.	27.05.1992.	R	-
Qatar	15.10.1975.	A	X	05.04.1988.	R	X	24.09.1991	-	-	-
Reino Unido	23.09.1957.	R	-	28.01.1998	-	X	17.05.1999	28.01.1998	R	-
República Árabe Siria	02.11.1953.	R	-	14.11.1983.	A	X	-	-	-	-
República Centrafricana	01.08.1966.	S	-	17.07.1984.	-	-	-	17.07.1984.	A	-
República Checa	05.02.1993.	S	-	05.02.1993.	S	-	02.05.1995.	05.02.1993.	S	-
República de Moldova	24.05.1993.	A	-	24.05.1993.	A	-	-	24.05.1993.	A	-
República Dominicana	22.01.1958.	A	-	26.05.1994.	A	-	-	26.05.1994.	A	-
República Eslovaca	02.04.1993.	S	X	02.04.1993.	S	-	13.03.1995.	02.04.1993.	S	-
Rumania	01.06.1954.	R	X	21.06.1990.	R	-	31.05.1995.	21.06.1990.	R	-
Rusia (Fed. de)	10.05.1954.	R	-	29.09.1989.	A	X	29.09.1989.	29.09.1989.	R	X
Rwanda	05.05.1964.	S	-	19.11.1984.	-	-	08.07.1993.	19.11.1984.	A	-
Saint Kitts y Nevis	14.02.1986.	S	-	14.02.1986.	A	-	-	14.02.1986.	A	-
Salomón (Islas)	06.07.1981.	S	-	19.09.1988.	A	-	-	19.09.1988.	A	-
Samoa	23.08.1984.	S	-	23.08.1984.	R	-	-	23.08.1984.	A	-
San Marino	29.08.1953.	A	-	05.04.1994.	-	-	-	05.04.1994.	R	-
San Vicente y las Granadinas	01.04.1981.	A	-	08.04.1983.	A	-	-	08.04.1983.	A	-
Santa Lucía	18.09.1981.	S	-	07.10.1982.	R	-	-	07.10.1982.	A	-
Santa Sede	22.02.1951.	R	-	21.11.1985.	-	X	-	21.11.1985.	R	X
Santo Tomé y Príncipe	21.05.1976.	A	-	05.07.1996.	A	-	-	05.07.1996.	A	-

PAÍS	CONVENCIONES DE GINEBRA			PROTOCOLO I			PROTOCOLO II			
	R/A/S	R/D		R/A/S	R/D	D90	R/A/S	R/D		
Senegal	18.05.1963.	S	-	07.05.1985.	A	-	-	07.05.1985.	R	-
Seychelles	08.11.1984.	A	-	08.11.1984.	A	-	22.05.1992.	08.11.1984.	A	-
Sierra Leona	10.06.1965.	S	-	21.10.1986.	-	-	-	21.10.1986.	A	-
Singapur	27.04.1973.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Somalia	12.07.1962.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Sri Lanka	28.02.1959.	R	-	-	A	-	-	-	-	-
Sudáfrica	31.03.1952.	A	-	21.11.1995.	-	-	-	21.11.1995.	A	-
Sudán	23.09.1957.	A	-	-	R	-	-	-	-	-
Suecia	28.12.1953.	R	-	31.08.1979.	R	X	31.08.1979.	31.08.1979.	R	-
Suiza	31.03.1950.	R	X	17.02.1982.	A	X	17.02.1982.	17.02.1982.	R	-
Suriname	13.10.1976.	S	-	16.12.1985.	A	-	-	16.12.1985.	A	-
Swazilandia	28.06.1973.	A	-	02.11.1995.	-	-	-	02.11.1995.	A	-
Tailandia	29.12.1954.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Tanzania			-		A					
(Rep.-Unida)	12.12.1962.	S	-	15.02.1983.	S	-	-	15.02.1983.	A	-
Tayikistán	13.01.1993.	S	-	13.01.1993.	R	-	10.09.1997	13.01.1993.	S	-
Togo	06.01.1962.	S	-	21.06.1984.	-	-	21.11.1991.	21.06.1984.	R	-
Tonga	13.04.1978.	S	-	-	-	-	-	-	-	-
Trinidad y Tobago	24.09.1963.	A	-	20.07.2001	R	-	20.07.2001	20.07.2001	A	-
Túnez	04.05.1957.	A	-	09.08.979.	S	-	-	09.08.1979.	R	-
Turkmenistán	10.04.1992.	S	-	10.04.1992.	-	-	-	10.04.1992.	S	-
Turquía	10.02.1954.	R	-	-	-	-	-	-	-	-
Tuvalu	19.02.1981.	S	X	-	R	-	-	-	-	-
Ucrania	03.08.1954.	R	-	25.01.1990.	A	-	25.01.1990.	25.01.1990.	R	-
Uganda	18.05.1964.	A	X	13.03.1991.	A	-	-	13.03.1991.	A	-
Uruguay	05.03.1969.	R	-	13.12.1985.	A	-	17.07.1990.	13.12.1985.	A	-
Uzbekistán	08.10.1993.	A	-	08.10.1993.	A	-	-	08.10.1993.	A	-
Vanuatu	27.10.1982.	A	-	28.02.1985.	A	-	-	28.02.1985.	A	-
Venezuela	13.02.1956.	R	X	23.07.1998	R	-	-	23.07.1998	A	-
Viet Nam	28.06.1957.	A	X	19.10.1981.	R	-	-	-	-	-
Yemen	16.07.1970.	A	-	17.04.1990.	S	-	-	17.04.1990.	R	-
Yugoslavia	16.10.2001	S	-	16.10.2001	A		16.10.2001	16.10.2001	S	-
Zambia	19.10.1966.	A	-	04.05.1995.	A	-	-	04.05.1995.	A	-
Zimbabwe	07.03.1983.	A	-	19.10.1992.	-	-	-	19.10.1992.	A	-

COMENTARIOS

CONTENIDO. 1. ABREVIATURAS Y NOTAS. 2. FECHAS. 3. ENTRADA EN VIGOR. 4. NOMBRES DE LOS PAISES. 5. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS DESDE EL 31.12.96. 6. APUNTES. 7. TOTALES. 8. LISTA CRONOLÓGICA DE LOS ESTADOS QUE HAN HECHO LA DECLARACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 90 DEL PROTOCOLO I

1. ABREVIATURAS Y NOTAS

R/A/S = Ratificación : un tratado está generalmente abierto para la firma durante cierto tiempo, después de la conferencia en que se aprueba. Sin embargo, la firma sólo obliga a un Estado tras la ratificación. Finali-

zados los plazos respectivos, los Convenios y los Protocolos ya no están abiertos para la firma. Los Estados no signatarios pueden siempre llegar a ser Partes por vía de adhesión o, en su caso, de sucesión.

Adhesión : en vez de firmar y ratificar ulteriormente, un Estado puede obligarse por un acto único llamado adhesión.

Sucesión (declaración de) : un nuevo Estado independiente puede declarar que seguirá estando obligado por los tratados que le eran aplicables antes de la independencia. Puede también hacer una declaración de aplicación de los tratados (dapt), por la que se compromete a continuar aplicando dichos tratados durante el tiempo que considere necesario para examinar detalladamente sus textos y decidir a cuáles de ellos adherirse o suceder. Actualmente, esta declaración no concierne a ningún Estado.

R/D = Reserva/Declaración : declaración unilateral, sea cual fuere su texto o su designación, hecha por un Estado en el momento de ratificar, adherirse o suceder a un tratado, para que se excluya o se modifique el efecto jurídico de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado (siempre que tales reservas no sean incompatibles con el objeto y la finalidad del tratado).

D90 = Declaración prevista en el artículo 90 del Protocolo I (Aceptación previa de la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta).

2. FECHAS

Las fechas indicadas son las del día de recepción, por el Departamento Federal Suizo de Asuntos Exteriores, del acta oficial transmitida por el Estado que ratifica, se adhiere, sucede o hace la declaración según el artículo 90 del Protocolo I. No se trata, pues, ni de la fecha de aprobación del acta oficial relativa a la ratificación, adhesión, sucesión o declaración, ni de la fecha del eventual envío.

N.B.: *Las fechas consignadas con respecto a la sucesión a los Convenios de CONGO, JAMAICA, MADAGASCAR, MAURITANIA, NIGER, NIGERIA, RUANDA, SENEGAL, SIERRA LEONA Y ZAIRE, eran las de aprobación del acta oficial pertinente. Se reemplazaron por las fechas de recepción de esas actas por el Depositario.*

3. ENTRADA EN VIGOR

Salvo las excepciones que figuran en una nota al pie del cuadro, los Convenios y los Protocolos entran en vigor para cada Estado seis meses

después de la fecha en el presente documento; para los Estados que hagan una declaración de sucesión, entran en vigor retroactivamente el día de proclamación de la independencia.

Los Convenios de Ginebra entraron en vigor el 21 de octubre de 1950.

Los Protocolos adicionales entraron en vigor el 7 de diciembre de 1978.

4. NOMBRES DE LOS PAÍSES

Los nombres de los países que figuran en la lista siguiente pueden, a veces, diferenciarse de la denominación oficial de los Estados.

5. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS DESDE EL 31.12.96

Ratificaciones, adhesiones y sucesiones a los Convenios

Eritrea : 14.08.2000

Yugoslavia : 16.10.2001

Ratificaciones, adhesiones y sucesiones al Protocolo adicional I

Chad : 17.01.1997

Libano : 23.07.1997

Camboya : 14.01.1998

Reino Unido : 28.01.1998

Venezuela : 23.07.1998

Granada : 23.09.1998

Kenya : 23.02.1999

Irlanda : 19.05.1999

Nicaragua : 19.07.1999

Mónaco : 07.01.2000

Lituania : 13.07.2000

France : 11.04.2001

Trinidad y Tobago : 20.07.2001

Yugoslavia : 16.10.2001

Ratificaciones, adhesiones y sucesiones al Protocolo adicional II

Chad : 17.01.1997

Libano : 23.07.1997

Camboya : 14.01.1998

Reino Unido : 28.01.1998

Venezuela : 23.07.1998

Granada :	23.09.1998
Kenya :	23.02.1999
Irlanda :	19.05.1999
Cuba :	23.06.1999
Nicaragua :	19.07.1999
Mónaco :	07.01.2000
Lituania :	13.07.2000
Trinidad y Tobago :	20.07.2001
Yugoslavia :	16.10.2001

Declaración del artículo 90

Tayikistán :	10.09.1997
Paraguay :	30.01.1998
Lao (Rep. Dem. Pop.) :	30.01.1998
Grecia :	04.02.1998
Reino Unido :	17.05.1999
Irlanda :	19.05.1999
Panamá :	26.10.1999
Costa Rica :	02.12.1999
Lituania :	13.07.2000
Trinidad y Tobago :	20.07.2001
Yugoslavia :	16.10.2001

6. EXCEPTIONES

República de Corea. Los Convenios entraron en vigor el 23.09.1966, ya que la República de Corea invocó el artículo común 62/61/141/157 (efecto inmediato) de los Convenios I, II, III y IV, respectivamente.

Filipinas. Filipinas ratificó el I Convenio el 07.03.1951.

Francia. Cuando Francia se adhirió al Protocolo II, hizo una comunicación relativa al Protocolo I.

Ghana. Los Protocolos entraron en vigor el 07.12.1978.

Namibia. El Consejo de las Naciones Unidas para Namibia depositó, el 18.10.1983, un instrumento de adhesión a los Convenios de Ginebra y a sus Protocolos adicionales. Mediante un instrumento depositado el 22.08.1991, Namibia declara suceder a los Convenios de Ginebra, que le eran aplicables por la adhesión, el 31.03.1952, de Sudáfrica a dichos Convenios.

Palestina. Con fecha del 21.06.1989, el Departamento Federal Suizo de Asuntos Exteriores recibió una carta del observador permanente de

Palestina ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra informando al Consejo Federal suizo de “que el Comité Ejecutivo de la Organización para la Liberación de Palestina, encargado de ejercer las funciones de Gobierno del Estado de Palestina, por decisión del Consejo Nacional de Palestina, decidió adherirse, el 04.05.1989, a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y a sus dos Protocolos adicionales”.

El 13.09.89, el Consejo Federal suizo comunicó a los Estados que no puede decidir la cuestión de saber si se trata de un instrumento de adhesión, “debido a la incertidumbre, en el seno de la comunidad internacional sobre la existencia, o no, de un Estado de Palestina”.

Sri Lanka. Salvo el IV Convenio (adhesión el 23.02.1959), Sri Lanka sólo había firmado los Convenios I, II y III.

Suiza. Los Convenios entraron en vigor el 21.10.1950.

Trinidad y Tobago. Trinidad y Tobago se adhirió al I Convenio el 17.05.1963.

Yibuti. Yibuti hizo la declaración de sucesión al I Convenio el 26.01.1978.

7. TOTALES

Numero de Estados Partes a los Convenios de Ginebra de 1949 : 189

Numero de Estados Partes al Protocolo adicional I : 159

Numero de Estados que han hecho la declaración del artículo 90 : 60

Numero de Estados Partes al Protocolo adicional II : 151

Numero de Estados miembros de las Naciones Unidas : 189

Estados miembros de la ONU o partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que no son Partes en los Convenios de Ginebra de 1949: MARSHALL, NAURU.

8. LISTA CRONOLÓGICA DE LOS ESTADOS QUE HAN HECHO LA DECLARACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 90 DEL PROTOCOLO I

1 Suecia :	31.08.1979
2 Finlandia :	07.08.1980
3 Noruega :	14.12.1981
4 Suiza :	17.02.1982

5 Dinamarca :	17.06.1982
6 Austria :	13.08.1982
7 Italia :	27.02.1986
8 Bélgica :	27.03.1987
9 Islandia :	10.04.1987
10 Países Bajos :	26.06.1987
11 Nueva Zelandia :	08.02.1988
12 Malta :	17.04.1989
13 España :	21.04.1989
14 Liechtenstein :	10.08.1989
15 Argelia :	16.08.1989
16 Rusia (Fed. de) :	29.09.1989
17 Belarús :	23.10.1989
18 Ucrania :	25.01.1990
19 Uruguay :	17.07.1990
20 Canadá :	20.11.1990
21 Alemania :	14.02.1991
22 Chile :	24.04.1991
23 Hungría :	23.09.1991
24 Qatar :	24.09.1991
25 Togo :	21.11.1991
26 Emiratos Arabes Unidos :	06.03.1992
27 Eslovenia :	26.03.1992
28 Croacia :	11.05.1992
29 Seychelles :	22.05.1992
30 Bolivia :	10.08.1992
31 Australia :	23.09.1992
32 Polonia :	02.10.1992
33 Bosnia-Herzegovina :	31.12.1992
34 Luxemburgo :	12.05.1993
35 Rwanda :	08.07.1993
36 Madagascar :	27.07.1993
37 Macedonia :	01.09.1993
38 Brasil :	23.11.1993
39 Guinea :	20.12.1993
40 Bulgaria :	09.05.1994
41 Portugal :	01.07.1994
42 Namibia :	21.07.1994
43 República Eslovaca :	13.03.1995

44 Cabo Verde :	16.03.1995
45 República Checa :	02.05.1995
46 Rumania :	31.05.1995
47 Mongolia :	06.12.1995
48 Colombia :	17.04.1996
49 Argentina :	11.10.1996
50 Tayikistán :	10.09.1997
51 Paraguay :	30.01.1998
52 Lao (Rep. Dem. Pop.) :	30.01.1998
53 Grecia :	04.02.1998
54 Reino Unido :	17.05.1999
55 Irlanda :	19.05.1999
56 Panama :	26.10.1999
57 Costa Rica :	02.12.1999
58 Lituania :	13.07.2000
59 Trinidad y Tobago :	20.07.2001
60 Yugoslavia :	16.10.2001

ESTADOS PARTES EN EL CONVENIO DE OTTAWA DE 1997

(Documentación aportada por el Centro de
Estudios de Derecho Internacional Humanitario
de la Cruz Roja Española)

Firmas, ratificaciones y adhesiones en la Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de las minas antipersonal y sobre su destrucción, 18 de septiembre de 1997

Estado	Firma	Ratificación/Adhesión
Albania	8.9.1998	29.02.2000
Alemania	3.12.1997	23.7.1998
Andorra	3.12.1997	29.6.1998
Angola	4.12.1997	-
Antigua y Barbuda	3.12.1997	3.5.1999
Argelia	3.12.1997	09.10.2001
Argentina	4.12.1997	14.9.1999
Australia	3.12.1997	14.1.1999
Austria	3.12.1997	29.6.1998
Bahamas	3.12.1997	31.7.1998
Bangladesh	7.5.1998	06.09.2000
Barbados	3.12.1997	26.1.1999
Bélgica	3.12.1997	4.9.1998
Belice	27.2.1998	23.4.1998
Benin	3.12.1997	25.9.1998
Bolivia	3.12.1997	9.6.1998
Bosnia-Herzegovina	3.12.1997	8.9.1998
Botsuana	3.12.1997	01.03.2000
Brasil	3.12.1997	30.4.1999
Brunei Darussalam	4.12.1997	-

Estado	Firma	Ratificación/Adhesión
Bulgaria	3.12.1997	4.9.1998
Burkina Faso	3.12.1997	16.9.1998
Burundi	3.12.1997	-
Cabo Verde	4.12.1997	14.05.2001
Camboya	3.12.1997	28.07.1999
Camerún	3.12.1997	-
Canadá	3.12.1997	3.12.1997
Chad	6.7.1998	6.5.1999
Chile	3.12.1997	10.09.2001
Chipre	4.12.1997	-
Colombia	3.12.1997	06.09.2000
Congo	-	04.05.2001
Cook (Islas)	3.12.1997	-
Costa Rica	3.12.1997	17.3.1999
Côte d'Ivoire	3.12.1997	30.06.2000
Croacia	4.12.1997	20.5.1998
Dinamarca	4.12.1997	8.6.1998
Dominica	3.12.1997	26.3.1999
Ecuador	4.12.1997	29.4.1999
Eritrea	-	27.08.2001
El Salvador	4.12.1997	27.1.1999
Eslovenia	3.12.1997	27.10.1998
España	3.12.1997	19.1.1999
Etiopía	3.12.1997	-
Filipinas	3.12.1997	15.02.2000
Fiyi	3.12.1997	10.6.1998
Francia	3.12.1997	23.7.1998
Gabón	3.12.1997	8.9.2000
Gambia	4.12.1997	-
Ghana	4.12.1997	30.06.2000
Granada	3.12.1997	19.8.1998
Grecia	3.12.1997	-
Guatemala	3.12.1997	26.3.1999
Guinea	4.12.1997	8.10.1998
Guinea-Bissau	3.12.1997	22.05.2001
Guinea Ecuatorial	-	16.9.1998
Guyana	4.12.1997	-
Haití	3.12.1997	-
Honduras	3.12.1997	24.9.1998
Hungría	3.12.1997	6.4.1998
Indonesia	4.12.1997	-
Irlanda	3.12.1997	3.12.1997
Islandia	4.12.1997	5.5.1999
Italia	3.12.1997	23.4.1999
Jamaica	3.12.1997	17.7.1998
Japón	3.12.1997	30.9.1998
Jordania	11.8.1998	13.11.1998
Kiribati	-	07.09.2000
Kenia	5.12.1997	23.01.2001
Lesoto	4.12.1997	02.12.1998
Liberia	-	23.12.1999
Liechtenstein	3.12.1997	5.10.1999

Estado	Firma	Ratificación/Adhesión
Lituania	26.2.1999	-
Luxemburgo	4.12.1997	14.6.1999
Ex República Yugoslavia de Macedonia	-	9.9.1998
Madagascar	4.12.1997	16.9.1999
Malasia	3.12.1997	22.4.1999
Malawi	4.12.1997	13.8.1998
Mali	3.12.1997	2.6.1998
Maldivas	1.10.1998	07.09.2000
Malta	4.12.1997	07.05.2001
Marshall (Islas)	4.12.1997	-
Mauritania	3.12.1997	21.07.2000
Mauritius	3.12.1997	3.12.1997
México	3.12.1997	9.6.1998
Moldavia	3.12.1997	8.9.2000
Mónaco	4.12.1997	17.11.1998
Mozambique	3.12.1997	25.8.1998
Namibia	3.12.1997	21.9.1998
Nauru	-	07.08.2000
Nicaragua	4.12.1997	30.11.1998
Níger	4.12.1997	23.3.1999
Nigeria	-	27.09.2001
Niue	3.12.1997	15.4.1998
Noruega	3.12.1997	9.7.1998
Nueva Zelanda	3.12.1997	27.1.1999
Países Bajos	3.12.1997	12.4.1999
Panamá	4.12.1997	7.10.1998
Paraguay	3.12.1997	13.11.1998
Perú	3.12.1997	17.6.1998
Polonia	4.12.1997	-
Portugal	3.12.1997	19.2.1999
Qatar	4.12.1997	13.10.1998
Reino Unido	3.12.1997	31.7.1998
República Checa	3.12.1997	26.10.1999
República Dominicana	3.12.1997	30.06.2000
República Eslovaca	3.12.1997	25.2.1999
Ruanda	3.12.1997	08.06.2000
Rumanía	3.12.1997	30.11.2000
Salomón (Islas)	4.12.1997	26.1.1999
Samoa	3.12.1997	23.7.1998
San Cristóbal y Nieves	3.12.1997	2.12.1998
San Marino	3.12.1997	18.3.1998
San Vicente y las Granadinas	3.12.1997	01.08.2001
Santa Lucía	3.12.1997	12.4.1999
Santa Sede	4.12.1997	17.2.1998
Santo Tomé y Príncipe	30.4.1998	-
Senegal	3.12.1997	24.9.1998
Seychelles	4.12.1997	02.06.2000
Sierra Leone	29.7.1998	25.04.2001
Suazilandia	4.12.1997	22.12.1998
Sudáfrica	3.12.1997	26.6.1998
Sudán	4.12.1997	

Estado	Firma	Ratificación/Adhesión
Suecia	4.12.1997	30.11.1998
Suiza	3.12.1997	24.3.1998
Surinam	4.12.1997	-
Tailandia	3.12.1997	27.11.1998
Tanzania (Rep. Unida)	3.12.1997	13.11.2000
Tayikistán	-	12.10.1999
Togo	4.12.1997	09.03.2000
Trinidad y Tobago	4.12.1997	27.4.1998
Túnez	4.12.1997	9.7.1999
Turkmenistán	3.12.1997	19.1.1998
Ucrania	24.2.1999	-
Uganda	3.12.1997	25.2.1999
Uruguay	3.12.1997	07.06.2001
Vanuatu	4.12.1997	-
Venezuela	3.12.1997	14.4.1999
Yemen	4.12.1997	1.9.1998
Yibuti	3.12.1997	18.5.1998
Zambia	12.12.1997	23.02.2001
Zimbabue	3.12.1997	18.6.1998
Totales	133	122

Cerrada a diciembre de 2001

**ESTADOS PARTES EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE
PENAL INTERNACIONAL**

(Documentación aportada por el Centro de Estudios
de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz
Roja Española)

Firmas, ratificaciones y adhesiones en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998.

(31 de diciembre de 2001)

Estado	Firma	Ratificación/Adhesión
Albania	18.07.1998	-
Alemania	10.12.1998	11.12.2000
Andorra	18.08.1998	30.04.2001
Angola	07.10.1998	-
Antigua y Barbuda	23.10.1998	18.06.2001
Argelia	28.12.2000	-
Argentina	08.01.1999	08.02.2001
Armenia	1.10.1999	-
Australia	09.12.1998	-
Austria	07.10.1998	28.12.2000
Bahamas	29.12.2000	-
Bahrein	11.12.2000	-
Bangladesh	16.09.1999	-
Barbados	08.09.2000	-
Bélgica	10.09.1998	28.06.2000
Belice	05.04.2000	05.04.2000
Benin	24.09.1999	

Estado	Firma	Ratificación/Adhesión
Bolivia	17.07.1998	-
Bosnia-Herzegovina	17.07.2000	-
Botsuana	08.07.2000	08.09.2000
Brasil	07.02.2000	-
Bulgaria	11.02.1999	-
Burkina Faso	30.11.1998	-
Burundi	13.01.1999	-
Cabo Verde	28.12.2000	-
Camboya	23.10.2000	-
Camerún	17.07.1998	-
Canadá	18.12.1998	07.07.2000
Chad	20.10.1999	-
Chile	11.09.1998	-
Chipre	15.10.1998	-
Colombia	10.12.1998	-
Comoras	22.09.2000	-
Costa Rica	07.10.1998	7.06.2001
Costa de Marfil	30.11.1998	-
Croacia	12.10.1998	21.05.2001
Dinamarca	25.09.1998	21.06.2001
Dominica	-	12.02.2001
Ecuador	07.10.1998	-
Egipto	26.12.2000	-
Emiratos Árabes Unidos	27.11.2000	-
Eritrea	7.10.1998	-
Eslovenia	7.10.1998	31.12.2001
Estados Unidos de América	31.12.2000	-
Estonia	27.12.1999	-
España	18.7.1998	24.10.2000
Federación de Rusia	13.9.2000	-
Filipinas	28.12.2000	-
Finlandia	7.10.1998	29.12.2000
Fiyi	29.11.1999	29.11.1999
Francia	18.07.1998	09.06.2000
Gabón	22.12.1998	20.09.2000
Gambia	4.12.1998	-
Georgia	18.07.1998	-
Ghana	18.07.1998	20.12.1999
Grecia	18.07.1998	-
Guinea	07.09.2000	-
Guinea-Bissau	12.09.2000	-
Guyana	28.12.2000	-
Haití	26.02.1999	-
Honduras	07.10.1998	-
Hungría	15.01.1999	30.11.2001
Irlanda	07.10.1998	-
Islandia	26.08.1998	25.05.2000
Israel	31.12.2000	-
Italia	18.07.1998	26.07.1999
Jamaica	08.09.2000	-
Jordania	07.10.1998	-
Kirguistán	8.12.1998	-
Kenia	11.08.1999	-

Estado	Firma	Ratificación/Adhesión
Kuwait	8.9.2000	-
Lesoto	30.11.1998	06.09.2000
Letonia	22.4.1999	-
Liberia	17.07.1998	-
Liechtenstein	18.07.1998	02.10.2001
Lituania	10.12.1998	-
Luxemburgo	13.10.1998	08.09.2000
ex República Yugoslava de Macedonia	7.10.1998	-
Madagascar	18.07.1998	-
Malawi	02.03.1999	-
Mali	17.07.1998	16.08.2000
Malta	17.08.1998	-
Marruecos	8.9.2000	-
Marshall (Islas)	06.09.2000	07.12.2000
Mauricio	11.11.1998	-
México	07.09.2000	-
Moldova	8.9.2000	-
Mónaco	18.09.1998	-
Mongolia	29.12.2000	-
Mozambique	28.12.2000	-
Namibia	27.10.1998	-
Nauru	13.10.2000	12.11.2001
Níger	17.7.1998	-
Nigeria	1.6.2000	27.09.2001
Noruega	28.08.1998	16.2.2000
Nueva Zelanda	7.10.1998	7.9.2000
Omán	20.12.2000	-
Países Bajos	18.7.1998	17.07.2001
Panamá	18.07.1998	-
Paraguay	7.10.1998	14.05.2001
Perú	7.12.2000	10.11.2001
Polonia	9.4.1999	12.11.2001
Portugal	7.10.1998	-
Reino Unido	30.11.1998	04.10.2001
República Centroafricana	7.12.1999	03.10.2000
República Checa	13.4.1999	-
República del Congo	17.7.1998	-
República de Corea	8.3.2000	-
República Democrática del Congo	8.9.2000	-
República Dominicana	8.9.2000	-
República Eslovaca	23.12.1998	-
República Islámica del Irán	31.12.2000	-
Rumanía	7.7.1999	-
Salomón (Islas)	3.12.1998	-
Samoa	17.7.1998	-
San Marino	18.7.1998	13.5.1999
Santa Lucía	27.8.1999	-
Santo Tomé y Príncipe	28.12.2000	-
Senegal	18.7.1998	2.2.1999
Seychelles	28.12.2000	-
Sierra Leone	17.10.1998	15.9.2000

Estado	Firma	Ratificación/Adhesión
Siria	29.11.2000	-
Sudáfrica	17.7.1998	27.11.2000
Sudán	8.9.2000	-
Suecia	7.10.1998	28.06.2001
Suiza	18.7.1998	12.10.2001
Tailandia	2.10.2000	-
Tanzania (Rep. Unida)	29.12.2000	-
Tayikistán	30.11.1998	5.5.2000
Trinidad y Tobago	23.3.1999	6.4.1999
Ucrania	20.1.2000	-
Uganda	17.3.1999	-
Uruguay	19.12.2000	-
Uzbekistán	29.12.2000	-
Venezuela	14.10.1998	7.6.2000
Yemen	28.12.2000	-
Yibuti	7.10.1998	-
Yugoslavia	19.12.2000	6.09.2001
Zambia	17.7.1998	-
Zimbabue	17.7.1998	-
Totales	139	48

III. BIBLIOGRAFÍA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

**PROTECCION DE LAS VICTIMAS DE LOS CONFLICTOS
ARMADOS, NACIONES UNIDAS Y DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO**

Desarrollo y aplicación del principio de distinción entre objetivos militares y bienes de carácter civil. Julio Jorge Urbina. Cruz Roja Española, Ed. “Tirant lo blanch”, Valencia, 2000 (439 págs.)

Ya es indiscutible la extraordinaria importancia que actualmente cobra, a la plena luz del Derecho Internacional Humanitario, tanto la investigación como la aplicación, e indisolublemente, la enseñanza del Ordenamiento Jurídico específico de los conflictos armados o “*Ius in bello*”.

Superado, en efecto, muy pronto, el inicial movimiento doctrinal y codificador abandonista fundado en su predicada ineffectividad sociológica, lo cierto es que, con Jaroslav Zourek, débese aceptar que “menos numerosas son las víctimas de la guerra, allí donde el Derecho de los conflictos armados es conocido”, ya que no sólo queda fuera de toda duda su validez ética y positiva sino que la experiencia demuestra, por ello mismo, un grado aceptable de respeto, evitando que el empleo incontrolado de la fuerza imponga su despiadada ley de atrocidades que, en ningún caso, pueden justificarse.

Pues bien; como ha recalcado no ha mucho, entre nosotros, Pablo Casado Burbano, aquella tentación, la de que los juristas adoptemos una postura resignada, no exenta de cierto escepticismo pesimista, ante el estrépito de las armas, ha sido despejada tanto en el pasado como en el presente del pensamiento y de la vida jurídica.

Un vivo ejemplo de ello nos lo muestra el libro de que hoy doy cuenta, cuyo subtítulo, al apuntar al “principio de distinción” de que se ocupa básicamente, viene a destacar con tanta oportunidad como acierto, ante la gravísima escalada mundial de violencias de toda índole y de miseria, la ineludible necesidad de asegurar la protección de la población y de los bienes civiles, dándole la vuelta a la clásica locución *silent leges inter armas*, empleada por Cicerón en su “Defensa de Milón”, “para lograr que pueda afirmarse con fundamento y sin restricciones que la voz del Derecho ha hecho callar para siempre a las armas; que sea una verdad rotunda y definitiva que *Inter leges, silent armae*”, como, en relación con otra reciente aportación al *ius in bello*, ha escrito literalmente el Académico y Dr. Casado Burbano.

Para entrar en materia, nada mejor que las autorizadas palabras del propio prologuista, el Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela Jorge Pueyo Losa, para afirmar que “se trata de una obra en la que el autor aborda el análisis de uno de los principios más esenciales del Derecho Internacional Humanitario, y que el propio Tribunal Internacional de Justicia ha llegado a calificar como el “principio intransgredible del derecho internacional consuetudinario”: el principio de distinción en su doble dimensión: personal (entre combatientes y población civil) y material (entre objetivos militares y bienes de carácter civil)”; siendo de destacar la candente actualidad de este estudio, su inequívoca originalidad al abordar, desde una perspectiva de conjunto, un exhaustivo análisis, sobre todo, de la cuestión de los objetivos militares y bienes de carácter civil, ciertamente mas necesitada de atención doctrinal que la “dimensión personal” del propio principio.

Hay más; la obra viene también caracterizada por el empeño del autor en profundizar, más allá de la exégesis de la norma consuetudinaria o convencional, en los aspectos pragmáticos de su efectiva aplicación a los actuales conflictos armados, con razón motivado por la escasa garantía que, en la práctica, ofrecen hoy los Convenios humanitarios, ya que, como ha sido afirmado con fundamento, tan alto e importante es el valor del reconocimiento del principio de distinción, en ambas dimensiones, material, y personal, como difícil la exigencia de su aplicación.

Por lo demás, el texto se articula, conforme a un correcto proceder metódico, en una Introducción y cinco Capítulos.

La Introducción sitúa las cuestiones a desarrollar en el actual marco de las relaciones internacionales, un tanto contradictorio e incierto pese a la

superación del clásico enfrentamiento ideológico de ambos bloques, con ese ya apuntado residuo de violencia y de miseria generalizadas, que se traduce, a su vez, en una imparable proliferación de guerras, no sólo durante sino después del periodo de la llamada “Guerra fría”, tratando con ello de establecer el carácter fundamental del principio de distinción en su dimensión material, en el actual sistema jurídico internacional respecto de toda clase de conflictos armados, incluso en las intervenciones de la O.N.U.

El Capítulo I muestra, con acierto, el origen y la evolución histórica del principio de distinción desde sus rigurosas raíces en la doctrina clásica, bien que ésta se hallaba más volcada a la dimensión personal, sobre el precedente “principio de necesidad”, ya apuntado por Vitoria y por Suarez: “... siempre que no implique injusticias directas contra los inocentes”, luego recogido por Grocio, pasando por la Codificación de las “Leyes y usos de la guerra” (Conferencias de La Haya de 1899 y 1907), no sin precisar, creo que muy oportunamente por lo ilustrativa y cierta que resulta, la gran contribución al Derecho consuetudinario que supuso el sentir claramente humanitario que ya se plasmaba, pese a tratarse de una norma de Derecho interno, en los Reglamentos para los Ejércitos (y las mismas Ordenanzas Militares, cabría añadir) de los Estados.

Pues bien, es precisamente en este punto en el que quizás quepa formular al texto que presentamos la observación de que, pese a dedicar una especial y no escasa atención –aunque, por supuesto, oportuna– a dichos Reglamentos militares (tanto a los del siglo XIX como a los posteriores y aún, a los hoy en vigor), aunque contempla las Instrucciones del Presidente Lincoln de 1863 (el conocido Código de Lieber, de 1863) en el texto (pág. 51), relegando el que llama “Reglamento para el servicio de campaña” español de 1882 únicamente a una mera nota (la 28 del Capítulo I), lo cierto es que, tratándose de una tesis doctoral española, acaso se perdió la oportunidad de destacar, como creo que merece, las importantes aportaciones que, al hilo del discurso, supuso el recién aludido Reglamento para el servicio militar de campaña, aprobado por Ley sancionada por el Rey Alfonso XII el 5 de Enero de 1882, resaltando, cuando menos (lo que tampoco se lee en la doctrina iusinternacionalista española respecto de los principios de necesidad y de humanidad), como pionero de ambas clásicas exigencias del moderno Derecho Humanitario bélico, su art. 828 que literalmente estableció: “ el de la necesidad, que justifica el empleo de la fuerza, de la violencia, en los límites razonables para conseguir el objeto de la guerra; y el de la humanidad, que limita al primero y prescribe que los estragos y extorsiones no

deben alcanzar a los ciudadanos pacíficos de los Estados beligerantes”. Es más; los art. 849, 957 y varios otros del mismo Reglamento son bien ilustrativos en el propio ámbito institucional, como pongo de manifiesto en mi Discurso de ingreso, en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, sobre “Licitud o prohibición de las armas NBQ en el Derecho Internacional positivo”, Zaragoza, 2000, pág. 45 (y nota 44) y 47 (notas 46 y 47), aunque sólo sea en justo homenaje a tan señero texto legal castrense español que, con su depurado estilo literario, debe además incluirse en la añorada obra legislativa patria de fines del siglo XIX.

Por lo demás, prosigue el autor, al analizar el Protocolo I Ginebrino de 1977, destacando, creo que con gran acierto, que, dado que hoy la mayoría de las violencias bélicas se producen sin salir de las fronteras nacionales, el principio de distinción constituye una norma consuetudinaria respecto de tales contiendas, sin perjuicio de que el Protocolo II no positivase una tal norma, con lo que el Profesor Dr. Urbina muestra una orientación muy en línea con las medidas y actuaciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de las N.U., sobre todo, en el ámbito del capítulo VII, con el fin de proteger a la población y los bienes civiles, asegurando al máximo la difícil aplicación del principio que contemplamos, cual postulada norma de *ius cogens*. La experiencia que supuso la I Guerra Mundial y los intentos de revisión de los principios del Derecho bélico clásico, con especial hincapié en las famosas Reglas sobre la Guerra Aérea de 1922/1923, configuran y cierran el Capítulo I.

El Capítulo II se dedica, en primer lugar, a la reafirmación y desarrollo del principio en examen, con lo que, en cierto modo, viene a culminar el estudio de su evolución histórica a partir de la Segunda Guerra Mundial, el análisis de cuya práctica posterior permite al autor valorar el grado de implantación del propio principio en los conflictos armados, internacionales o no, y lo hace al hilo de las aportaciones del Comité Internacional de la Cruz Roja, de las N.U. y de los Organismos científicos (como el Instituto de Derecho Internacional), en orden a la fijación del carácter consuetudinario y, por supuesto, seguidamente, del proceso de Codificación, también en sus dichas dos dimensiones (conflictos bélicos Internacionales: art. 48 del Protocolo Adicional I, de Ginebra, 1977 y, no Internacionales: aunque de modo más indirecto, el art. 13.1 del Protocolo Adicional II). Es más, dada la no ratificación de tales Protocolos por varios significantes Estados, se considera, a partir de ellos, su carácter, a su vez, de normas internacionales consuetudinarias, obviando, con este análisis, dichas relevantes ausencias ratificadoras.

Pues bien; tras dicha investigación se entra en lo que cabría estimar como la más substancial de las cuestiones que el autor propone en esta obra: el análisis de las concretas normas que, acerca del principio de distinción, contienen ambos Protocolos Adicionales, para definir y precisar su alcance y contenido: la de la legitimidad de los ataques a los objetivos militares y la de la inmunidad de los bienes de carácter civil.

A continuación se considera tanto la extensión de la aplicación del principio de distinción (habida cuenta, por un lado, del carácter consuetudinario adquirido por los preceptos que lo contemplan, y, por otra parte, de los cambios experimentados por la comunidad internacional de la posguerra fría), como el refuerzo de los mecanismos predispuestos para garantizar el efectivo respeto de dicho principio, máxime a la luz de la evolución experimentada por los medios y modos de combate.

El Capítulo III prosigue analizando la problemática de la aplicación del principio de distinción en el periodo de la posguerra fría y, en él, tanto de las consecuencias humanitarias, como de las acciones y las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las NU, dándose una merecida especial atención a la condena de las violaciones de las normas de protección de la población y los bienes civiles y, también, de la contribución de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* al desarrollo del propio principio de distinción.

Por su parte, el Capítulo IV ofrece un detenido estudio de las medidas colectivas de las NU en materia tanto de acciones humanitarias y operaciones de mantenimiento de la paz, como de establecimiento de zonas protegidas para garantizar la seguridad de la población civil (Ruanda, Croacia y Bosnia –Herzegovina) y del uso de la fuerza con fines humanitarios, además de las medidas coercitivas preordenadas a la investigación de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario.

Termina la obra (Capítulo V), abordando una difícil cuestión de singular importancia y actualidad, al tratar de desentrañar sí y en qué medida las acciones tanto de carácter militar como económicas decididas o, incluso, llevadas a cabo por las propias NU, deben pasar por el tamiz de las normas del Derecho Humanitario, en especial, cuando se trate de medidas económicas adoptadas por el Consejo de Seguridad, entrando con todo rigor en su investigación, tanto de los eventuales efectos adversos como de los necesarios mecanismos que permitan un correcto aprovisionamiento de la población civil.

Capítulo, éste último, que se cierra con el estudio de la problemática relativa a la forma de articular el cumplimiento de los deberes humanita-

rios en las distintas operaciones colectivas que, bajo los auspicios de las NU, se han venido realizando o podrían llevarse a cabo conforme a las atribuciones que el Derecho Internacional les confiere, con explícita consideración de las normas humanitarias aplicables y de la represión de sus eventuales violaciones con la exigencia de las responsabilidades internacionales de ellas derivadas.

En definitiva, pues, nos hallamos ante un texto en el que, como ha sido calificado, el Prof. Dr. Julio Jorge Urbina ofrece, de forma original y valiosa, las principales cuestiones que suscita el principio de distinción en su doble dimensión personal y material, así como los medios e instrumentos precisos para hacerlo más operativo, con apoyo no sólo en la práctica del instituto en examen, sino también en la doctrina y Jurisprudencia, lo que permite definir la investigación llevada a cabo no sólo como clarificadora sino también como prospectiva.

Cabe, por tanto, augurar a esta notable aportación la justa y segura excelente acogida que el ilustrado y documentado esfuerzo de su autor merece.

Eduardo Montull Lavilla.

EL GENOCIDIO Y OTROS CRIMENES INTERNACIONALES.
Alicia GIL y GIL. Centro Francisco Tomás y Valiente, UNED
Alzira. Valencia. Colección Interciencias. 1999. Págs. 231.

Por Luis B. Alvarez Roldán.
General Auditor

Hemos recensionado ya en el nº 76 de REDEM el libro de la doctora Gil y Gil, titulado Derecho Penal Internacional, con el subtítulo “ Especial consideración del delito de genocidio “, tesis doctoral de la autora, y coetáneo con el que hoy examinamos.

A pesar de los obligados puntos coincidentes en ambas obras, son muchos los aspectos tratados en uno y otro, lo que obliga a comentar este libro que se extiende a los crímenes internacionales, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, así como preferentemente al crimen internacional de genocidio.

Su *prólogo* es obra del Catedrático Dr. Cerezo Mir, quien alude al singular valor del libro sobre el genocidio, que complementa al genérico del Derecho Penal Internacional, tesis doctoral de la profesora doña Alicia Gil.

Se incardina la investigación de la Doctora Gil y Gil, según su prologo, en el estudio del Derecho Penal Internacional siguiendo la doctrina especializada, entre las dos guerras mundiales, de Donedieu de Vabres, Quintano Ripollés, Saldaña, etc, y los hitos históricos de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, siguiendo y profundizando en los intentos doctrinales de un futuro Código de Crímenes contra la paz y la humanidad. El profesor Cerezo Mir alude al Proyecto de Código Penal Internacional de 1991 y al Proyecto de Tribunal Penal Internacional de 1994, ambos aprobados por

la ONU, bajo la acertada dirección del profesor Cherif Bassiouni al frente de un grupo de ilustres expertos.

La aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Roma de 1998, así como los Tribunales de la ex-Yugoslavia y Ruanda, dan máxima actualidad a la meritoria obra de la Doctora Gil, aclarando el concepto de Derecho Penal de los Estados, en relación de subsidiaridad con el Derecho Penal Estatal, así como los conceptos de delitos internacionales, transnacionales y transfronterizos.

Otro mérito de este libro, para el profesor Cerezo, es la delimitación del delito de genocidio y los delitos contra la humanidad.

El Catedrático Doctor Cerezo Mir emite su opinión en tema polémico, como las dictaduras argentinas y chilenas en relación con el genocidio, de manera clara y contundente “...eliminaron a sus enemigos políticos y cometieron, por ello, gravísimos delitos contra la humanidad, pero no delitos de genocidio. El denominador común de las víctimas eran sus ideas políticas, su oposición al régimen, y no su nacionalidad, pues entre ellos había no solo argentinos y chilenos, respectivamente, sino también extranjeros. “

Concluye el prólogo del Doctor Cerezo Mir con un rotundo elogio a su discípula profesora Gil considerándola brillante continuadora de la tarea de los grandes pioneros del Derecho Penal Internacional, en nuestro país, Saldaña y Quintano Ripollés.

La autora en la introducción al libro que comentamos afirma que se ha consolidado una nueva rama del Derecho : El Derecho Penal Internacional. Asistimos al nacimiento de los Tribunales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, y al Estatuto de una Corte Penal Internacional de carácter permanente y ámbito universal

(Conferencia de Roma), con la tipificación de los delitos internacionales, y en especial del genocidio, en términos que entiendan las personas no especialistas en Derecho Penal.

El libro se estructura en tres partes : la primera responde a la pregunta ¿ Qué es el Derecho Penal Internacional ?; la segunda versa sobre el desarrollo del Derecho penal Internacional y los Tribunales Penales Internacionales; se dedica la tercera parte a los delitos internacionales en particular.

¿ QUÉ ES EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL ?

El sector del ordenamiento jurídico que tiene la función de proteger los bienes vitales fundamentales del individuo y de la comunidad, en el ámbi-

to de los derechos, intereses y orden social internacionales , alcanza a exigir una legitimación de la intervención por la fuerza del Derecho en el mismo ámbito internacional. Se trata de los delitos sobre los que existe una aceptación generalizada de su consideración como delitos internacionales, crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio.

La intervención del Derecho Penal Internacional ha de producirse cuando falta o es insuficiente la protección estatal, bien por existir una situación de guerra, bien por que los hechos delictivos sean cometidos con la tolerancia o incluso participación del poder político que hacen ilusorio creer en su persecución y castigo.

Se extiende la profesora Gil y Gil en distinguir entre delitos internacionales (responsabilidad individual), crímenes de Estado (responsabilidad internacional de los Estados y personal de los dirigentes), y delitos transnacionales o transfronterizos (delitos que tienen su incidencia y víctimas en personas pertenecientes a países diversos o con trascendencia en otros países además del de comisión, perseguibles y sancionables conforme a las legislaciones internas, y coordinándose esfuerzos en el ámbito internacional, tráfico de estupefacientes; trata de blancas; secuestro de aeronaves, etc.).

La insuficiente protección eficaz del delito internacional por un determinado Estado obliga a que sea un órgano internacional el que actúe en defensa del orden penal internacional, e incluso que así se prevea con carácter internacional. La existencia de Estados con sensibilidad democrática, inexistente en numerosos Estados, hace que aquellos consideren competentes a sus Tribunales internos para juzgar determinados delitos contrarios a los intereses de la comunidad internacional, con independencia de la nacionalidad del autor o de la víctima, y del lugar de la comisión. El principio de jurisdicción universal es examinado en base al artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como los problemas jurídicos y políticos que provoca, por lo que la profesora Gil y Gil, partidaria de este principio de jurisdicción universal, confía en la futura aplicación de la Corte Penal Internacional de Roma.

Los Tribunales Militares Internacionales se vinculan al movimiento y desarrollo del Derecho Penal Internacional, aludiendo al non-nato Tribunal del Tratado de Sévres, firmado el 10 de agosto de 1920 y no ratificado, que pretendió juzgar las masacres de armenios cometidas por tropas turcas; y al intento del Tribunal Internacional que no logró el Tratado de Versalles.

Se extiende en la creación del Tribunal Militar, con sede en Nuremberg, consecuencia de la Declaración de Moscú y Conferencia de Londres, así como en el de Tokio, en que al propio tiempo se creaba el derecho aplicable, resaltando el importante logro para el Derecho Penal Internacional, que supuso la condena al General Yamashita, como superior, por no impedir o castigar los delitos cometidos por inferiores a sus órdenes.

Los Tribunales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, Tribunales *ad hoc*, surgen como superación del proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, iniciado ya en 1947, a instancias de la Asamblea General de la ONU, y a impulsos de su Consejo de Seguridad con tan original como cuestionable apoyo en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas (Organismos subsidiarios del artº 29; en medidas que no implican el uso de la fuerza del artículo 41). Juzgarán, en el tiempo y lugar especificados, tanto a vencedores como vencidos, con preocupación del respeto de principio de legalidad penal, invocando normas existentes del Derecho Humanitario Internacional, extendiéndose la autora en el exámenes de los delitos a enjuiciar, así como en la esencial cuestión de la responsabilidad de los mandos y la obediencia debida, y otros menos importantes de índole procesal y de la organización y funcionamiento de dichos Tribunales Internacionales.

La profesora Gil dedica especial atención a la Corte Penal Internacional. El Estatuto de Roma 1998, al señalar las competencias del Tribunal constituye una codificación exhaustiva de los crímenes internacionales, que pudiera significar el abandono del proyecto del Código de Crímenes contra la paz y la humanidad (CDI desde 1947). La Doctora Gil y Gil estima que tal proyecto debe culminar, ya que Roma incluye “ solo los crímenes más graves de transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto. “

Los crímenes internacionales sujetos a la Corte se enumeran expresamente en su Estatuto con cita de los Convenios internacionales que los tipifican, y sin carácter retroactivo, sino solo a los hechos cometidos a partir de su entrada en vigor, que aún no se ha producido, con lo que no permitirá, como algunos deseaban, que la corte juzgue las dictaduras y guerras del siglo XX.

La tercera parte del libro, estudia los *delitos internacionales en particular*.

El crimen de agresión, de honda raigambre histórica (Vitoria, Suárez, Grotius), es definido por primera vez como “ guerra injusta “, y delito, en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, objeto de contradictorias opi-

niones doctrinales, tanto es así que lo recoge el proyecto del Código de Crímenes internacionales de la ONU y pendiente de tipificación en el Estatuto de Roma, vía de enmienda del propio Estatuto.

Nos recuerda la profesora Gil que la incriminación de las conductas ilícitas en la guerra se produce en las legislaciones penales internas, singularmente en las militares, desde tiempos inmemoriales, y encaminadas a mantener el orden y la disciplina entre las propias tropas y a sancionar a los vencidos; el “ ius im bello “ adquiere realmente carácter internacional con la Convención de Ginebra de 1864 y el nacimiento de la Cruz Roja.

La Haya significa la regulación de las normas y costumbres de la guerra y Ginebra el respeto a heridos, enfermos, naufragos y población civil; Nuremberg criminaliza los actos prohibidos ; no es sino después de la II Guerra Mundial, cuando las infracciones de la Haya y las violaciones graves de los Convenios y Protocolos de Ginebra son considerados penal e internacionalmente. La Doctora Gil ve en el Estatuto de Roma la consolidación de un autentico Derecho Penal Internacional, aunque se limite la competencia del Estatuto a aquellos crímenes cometidos como parte de un plan o política de guerra o bien realizados a gran escala, en definitiva a los premeditados o planificados.

Los crímenes contra la humanidad tiene su origen en la “ cláusula Martens “, en la IV Convención de La Haya de 1907, nos ilustra la autora, al contenerse en aquella una alusión genérica a la protección de habitantes y beligerantes a las Leyes y usos de la guerra, a las exigencias de las leyes de *humanidad* y de la conciencia pública; concepto recogido en los posteriores convenios de La Haya y Ginebra.

La conexión de crímenes contra la humanidad en tiempo de guerra va diluyéndose paulatinamente en la doctrina penal, evolucionando el concepto de crímenes contra la humanidad, hasta clarificarse en el Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia (y Ruanda) la autonomía de la categoría de crímenes contra la humanidad respecto de los crímenes contra la paz y de los crímenes de guerra.

El Estatuto de Roma incide en esa distinción y precisa y enumera en su artículo 7 los “ delitos de lesa humanidad “, definiéndolos como integrados en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque.

La profesora Gil y Gil dedica como anuncia el titulo del libro el capitulo mas extenso e interesante al *delito de Genocidio*, desarrollando la doctrina de Rafael Lemkin y la del Tribunal Militar de Nuremberg, como introducción al estudio del crimen genocida. Continúa con un detallado

examen del proceso que llevó a la Resolución de 11 de Diciembre de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, primera versión del delito de genocidio, y que culminó con la Convención de 9 de Diciembre de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio.

Se aclara que la tipificación del genocidio no pretende castigar los atentados contra bienes jurídicos fundamentales cometidos por motivos racistas, xenófobos, etc, sino algo más concreto como es salvaguarda la existencia de determinados grupos humanos estables y delimitados que son necesarios en la Comunidad Internacional y protegibles por ésta. Profundiza, la doctora Gil, en lo esencial del delito, esto es, la intención de destruir al grupo, analizando el concepto de grupo, de los incluidos, junto a los conceptos de destrucción del mismo, y los diversas formas o modos de intento de destrucción del grupo.

No elude la autora la problemática de la exclusión de los grupos políticos dentro de los protegidos, incluso opinando en el denominado “ caso Pinochet “, afirmando la no inclusión en el grupo tipificado como delito de genocidio, argumentando en contra del criterio de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Como colofón, y por su parte de su tesis doctoral, se formulan por la autora conclusiones sobre la estructura del delito de genocidio, resaltando la intencionalidad delictiva, la delimitación de los grupos, la no consecución de la finalidad pretendida, la extensión de actos delictivos (destrucción, masacres,...), planificación e institucionalización del crimen, etc. Todo ello con profundidad y acierto sólidamente avalado por el texto del libro.

Se añade, con facilidad para el lector, un Anexo Documental de los textos legales básicos manejados.

En conclusión, la pretensión divulgadora del Derecho Penal Internacional y del delito de genocidio se logra; se puede leer con facilidad a pesar de no carecer de profundo rigor científico-jurídico, lo que hace más meritorio el esfuerzo de Alicia Gil y Gil.

FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, José Luis, *Derecho de los Conflictos Armados. (De Iure Belli. El Derecho de la Guerra. El Derecho Internacional Humanitario. El Derecho Humanitario Bélico)*. Madrid, Ministerio de Defensa, 2001, 879 págs.

Pese a ser suficientemente conocido entre todos los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, conviene recordar que el autor de este libro, Don José Luis Fernández-Flores y de Funes, ha alcanzado los máximos rangos de la jerarquía jurídico-militar, judicial y académica. General Consejero Togado, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado, Fernández-Flores reúne los suficientes títulos como para que sus escritos merezcan la atención de cualquier jurista. Pero la obra que ahora comentamos acumula una serie de circunstancias que la convierten en singular. Es la obra resumidora de toda una vida y esfuerzos consagrados al Derecho Internacional en general y al Derecho de los Conflictos Armados en particular. Sin perjuicio de la actividad que el autor sigue desplegando en la actualidad, el libro que acaba de publicar tiene todas las características de obra última y cumbre de un largo itinerario intelectual. Cabe pensar y desear que ese itinerario se vaya enriqueciendo con artículos y conferencias, pero resulta difícil imaginar que el autor tenga ganas, después de haber escrito este libro, de embarcarse en la redacción de otro Tratado sobre el Derecho de los Conflictos Armados, que, en el mejor de los casos constituiría una edición corregida y aumentada del que se acaba de publicar.

El General Fernández-Flores siempre ha sido un animador y divulgador del Derecho de los Conflictos Armados o del Derecho Internacional Humanitario. Desde su etapa como Director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos del Ejército y de Director de esta Revista, prestó siempre una gran atención a los aspectos internacionales del Derecho militar cuya

importancia el transcurso del tiempo no ha hecho más que acentuar. Fruto de esta inquietud fue la creación, a mediados de los ochenta, del Centro de Derecho Humanitario de la Cruz Roja que en la actualidad sigue desempeñando un papel importantísimo en la tarea de dar a conocer el Derecho Internacional Humanitario. En todas sus conferencias y artículos el profesor Fernández-Flores recuerda la obligación jurídica de divulgar el Derecho de los Conflictos Armados, obligación que no existe en otras materias aparentemente más importantes. Mientras, conforme al artículo 83 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, las Altas Partes Contratantes se comprometen a difundir en sus países respectivos el contenido de los Convenios, no encontramos obligación análoga para, por ejemplo, la enseñanza de las Matemáticas. Esta labor de difusión del Derecho Internacional Humanitario ha sido tomada plenamente en serio por el autor. En 1982, Fernández-Flores publicó su *Del Derecho de la Guerra*, libro importante por tratarse del primero que, después de los Convenios de Ginebra, se publicaba en España sobre la materia. Pero, todo hay que decirlo, fue un libro en el que se notaba un cierto apresuramiento del que se resentía toda su estructura. Claro es que el apresuramiento estaba en cierta forma justificado ya que Fernández-Flores, hombre sensible a la historia y a la tradición jurídica española, hizo coincidir la publicación del mismo con el cuarto centenario de la publicación del libro de Baltasar de Ayala *De iure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari; Libri III* (1582).

En los casi veinte años que van desde la publicación de su Derecho de la Guerra y éste que ahora comentamos, Fernández-Flores ha tenido ocasión de madurar sus puntos de vista, de podar elementos innecesarios, de adaptarse a los tremendos cambios de la realidad internacional y estructurar sus reflexiones en un todo armónico. El resultado es su Derecho de los Conflictos Armados que, aunque elaborado a partir de los materiales de su Derecho de la Guerra, tiene que ser considerado como una obra nueva y notablemente superior. No abandona Fernández-Flores su estilo escolástico, casi podríamos decir que tomista en la mejor tradición iusinternacionalista española, proclive a una abigarrada profusión de capítulos, secciones y subsecciones. Este celo clasificatorio puede entrañar el riesgo de que algún lector no avisado pueda extraviarse por los apartados y subapartados, perdiendo de vista la visión de conjunto de la obra cuya estructura es, sin embargo, de una gran claridad. Es recomendable para esto acudir al índice en donde se muestra el plan general de la obra, estructurada en las dos partes tradicionales del Derecho de los Conflictos Armados: *Ius ad bellum* y el *ius in bello*.

El *ius ad bellum*, sin perjuicio de que bajo este epígrafe se traten los temas esenciales, está tratado por el autor de una forma más sumaria que la empleada en el estudio del *ius in bello*. Se hace aquí referencia a los modelos históricos de regulación del derecho a la guerra, tanto en un sistema de seguridad individual como en el sistema de seguridad internacional erigido sobre la prohibición del recurso a la fuerza individual y sobre la acción colectiva de la fuerza, conforme a lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas. En ese capítulo se incluyen tanto la acción de seguridad colectiva propiamente dicha, como las Operaciones de mantenimiento de paz y las acciones de asistencia humanitaria. También analiza Fernández-Flores el recurso a la fuerza en un sistema de seguridad indirecta en el cual se admite la licitud del recurso a la guerra, pero se trata de evitarla al máximo por medios indirectos. En este modelo, que coincidió históricamente con un período en el que se plantearon una serie de dificultades para el ejercicio del *ius ad bellum*, se incluye el estudio del desarme. Establecer límites a la tradicional libertad de armarse de que gozaban los Estados constituye una de las principales formas indirectas de obstaculizar el recurso a la guerra.

En cuanto a la consideración del *ius in bello* que ocupa la mayor parte del libro, se hace con todo detenimiento, analizando detalladamente el conjunto de normas aplicables en el transcurso de un conflicto armado clásico o guerra convencional, tanto en el ámbito terrestre como en el marítimo o el aéreo. Aparte de siempre útiles consideraciones históricas, el núcleo normativo utilizado se centra fundamentalmente en el llamado Derecho de La Haya, aunque utilice muchas normas del llamado Derecho de Ginebra constituido por los Convenios del 49 y los Protocolos Adicionales del 77, en cuanto a la conducción de las hostilidades, acciones y objetivos protegidos, estatuto del combatiente y régimen de neutralidad. Especial referencia merece el análisis de todo el sistema de eficacia del Derecho de los Conflictos Armados cuya piedra angular lo constituyen los mecanismos de represión de las infracciones. Si bien los sistemas de represión han sido variados y múltiples, se presta una particular atención al naciente sistema de represión internacional esbozado en el Estatuto de Roma, creador de una Corte Penal Internacional.

Por último, aunque Fernández-Flores lo considera como un capítulo encuadrado dentro de la parte del *ius in bello*, merece especial atención el estudio del derecho en las guerras atípicas. Por su creciente importancia en las relaciones internacionales de los últimos años, este capítulo tiene casi el carácter de parte independiente. Son pocas, por no decir ninguna, las

guerras convencionales que tienen lugar en la actualidad, mientras que proliferan muchos conflictos que, sin poder ser considerados como guerras en sentido clásico, exigen una respuesta por parte del derecho. En este sentido son de destacar las consideraciones que Fernández-Flores realiza con respecto a la regulación jurídica de las guerras civiles, las llamadas guerras de policía internacional fundamentalmente de la ONU en su triple aspecto de acción de seguridad colectiva, mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, o bien aquellas lideradas por Organizaciones Internacionales o Estados con mandato de las Naciones Unidas. Asimismo se trata en este epígrafe de las llamadas guerras impropias entre las cuales ocupa un lugar privilegiado, principalmente a raíz de los atentados del 11 de septiembre, el fenómeno terrorista. El libro de Fernández-Flores, concluido antes de esa fecha se cierra también con la conclusión de no aplicación de la normativa del Derecho de los Conflictos Armados a la “guerra terrorista” para la cual habría que utilizar las fuerzas policiales oportunas y los recursos judiciales del país. ¿Habría mantenido el autor esa conclusión en el caso de haber conocido los atentados del 11 de septiembre?. En cualquier caso, sus opiniones habrían sido matizadas, lo cual no es sino una muestra de que el Derecho Internacional en general y el Derecho de los Conflictos Armados en particular es una disciplina en continuo proceso de elaboración.

En conclusión, puede afirmarse que el libro de Fernández-Flores es un libro ambicioso y completo, que trata con rigor la mayoría de los aspectos del Derecho de los Conflictos Armados y que, sin duda, para los estudiosos de esta disciplina representará un punto de referencia obligado. Junto al clásico libro de Rousseau , *Le Droit des conflits armés* de 1983, y a los posteriores de Bettati o David, la doctrina española puede enorgullecerse de contar con un libro que será citado, al mismo nivel que aquellos, por los internacionalistas de todo el mundo.

Dr. D. Carlos Eymar Alonso
Coronel Auditor

MILLÁN GARRIDO, A.: *Justicia Militar, Ariel*, Barcelona, 2001 (864 páginas).

La editorial Ariel ha sacado al mercado (1999) la colección *Códigos Ariel*, en la que, no obstante su formato tradicional, en papel, incorpora las ventajas de la informática y los beneficios de internet. Los compendios legislativos que conforman la colección se actualizan y amplían a través de la página *web* (<http://cod.ariel.es>) que la editorial pone a disposición de sus usuarios. Se añan así las dos facetas, de actualización y ampliación, que caracterizan esta eficaz puesta al día de los textos legislativos. El consuetudinario libro que compila las leyes y que forzosamente queda transido en el tiempo, se complementa con las modernas técnicas informáticas, posibilitándose la innovación permanente del Código. A todo ello se añade, en esa línea, el compromiso de la editorial de realizar cada año ediciones actuales de todos los títulos (su lema es *El derecho vigente en tiempo real*).

La colección se compone, hasta el momento, de diecisiete Códigos. Cada uno constituye el digesto de su materia. En ellos está representada la casi totalidad del panorama legislativo moderno. La antología contiene tanto la tradicional presentación de los códigos por antonomasia, Civil, Penal, de Enjuiciamiento, Constitucional, Mercantil, Administrativo, Financiero y Tributario, de Trabajo y Seguridad Social, y Eclesiástico; cuanto las ramas del Derecho que claman por su autonomía, o cuando menos, por un tratamiento específico: el Derecho de la Comunicación, Penal Económico, de la Propiedad Urbana, de Transportes, de Cooperativas, Electoral y Militar. Nos encontramos, pues, ante otras dos novedades, es decir, el tratamiento completo de cada una de las materias, y la regulación de los nuevos campos jurídicos. No obstante, se echa en falta la consideración de algunas especialidades como, v. gr., el Derecho del Deporte o de la Seguridad.

Crítica y Ariel son las editoriales pertenecientes al Grupo Planeta dedicadas a la divulgación científica. La primera es referente cultural ineludible. Y Ariel está dirigida al ámbito académico y profesional. Cuenta con una nutrida colección de títulos cuyo denominador común es la exactitud de sus contenidos y la claridad de la exposición, ejemplo claro de la calidad de los autores que la firma ha sabido reunir, pertenecientes a las más diversas facetas del saber humano, tanto de las ciencias instrumentales o técnicas como sociales.

Ariel dedica una colección específica al mundo del Derecho (Ariel Derecho). En ella ha publicado obras ciertamente meritorias, que están en la mente de todos. *Códigos Ariel* completa, así, el círculo de los estudios jurídicos de la editorial uniendo a su faceta científica, la imprescindible referencia legislativa.

Pero estos Códigos, a pesar de su inmejorable presentación y de las novedades que introducen de las que hemos dejado constancia, no serían objeto de interés si tras su factura no estuvieran eminentes juristas que conforman el verdadero valor añadido de los mismos. No otra cosa ocurre con *Justicia Militar*. A cargo de la cuidada edición está el doctor Millán Garrido, Catedrático de la Universidad de Cádiz y especialista en Derecho militar, cuya causa inmediata se deriva de su condición de integrante (en excedencia) del Cuerpo Jurídico Militar, donde inicia su ya dilatada carrera jurídica en 1975. El profesor Millán Garrido ha editado varios textos legales de Derecho militar. Así, su *Código penal militar y legislación complementaria* ha consumado la 5ª edición en 1995; *Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*, de 1987; *Ley Procesal Militar*, de 1989; con Santiago Prados Prados, *Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas*, y *Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, ambas de 1999; todos ellos en la conocida Biblioteca de Textos Legales de Tecnos. Y en la editorial Trotta, 1992, *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*. Es evidente, por tanto, la contrastada experiencia de Antonio Millán en la edición de obras legales de esta rama del Derecho.

Con los expuestos antecedentes, *Justicia Militar* constituye una completa colección, el verdadero digesto del Derecho militar. Que, además, no se queda en eso sólo. La obra viene enmarcada entre un acabado Índice sistemático, un Prólogo y un directorio de Abreviaturas, al principio. Un cabalísimo repertorio bibliográfico, en el que se distinguen obras de Derecho penal militar, procesal militar, penitenciario militar y de carácter general; el imprescindible Índice Analítico, que asimismo es aquí exhaustivo y el Índice Esquemático de la composición, cierran el libro.

Con carácter introductorio, el prólogo, con una extensión razonable, nos acerca a la evolución de la Justicia militar en el Derecho español. Ello implica el estudio previo de la jurisdicción militar.

Para justificar su existencia como jurisdicción especial en tiempo de paz, se han esgrimido diversos argumentos. La definición del Derecho penal militar como *autónomo o sustantivo*, daría fundamento a una jurisdicción especializada que habría de aplicar este Derecho. Pero el que el Derecho penal militar se pueda calificar de autónomo no justifica la existencia de una Administración de justicia especial, que sería predicable de cada una de las partes que componen el todo del Ordenamiento jurídico. Por otra parte, el Derecho penal militar es especial en tanto que su finalidad se consagra a la defensa de las misiones que tienen encomendadas las Fuerzas Armadas, imposible de llevar a cabo sin la existencia de una rígida disciplina; pero no es autónomo porque los principios por los que se rige son los mismos que informan el Derecho penal común.

El aforismo «quien manda debe juzgar» mantiene que la eficacia en el cumplimiento de las misiones del Ejército exige que la potestad de enjuiciamiento esté atribuida a quienes ejercen el mando. Sin duda, este principio tiende a mantener una estricta disciplina, ya hemos dicho que imprescindible, pero a costa del principio de independencia, que en este supuesto queda claramente conculcado por la presencia de individuos que actúan en el procedimiento penal militar como jueces y parte a la vez.

La consideración del Ejército como depositario de la fuerza para la defensa del Estado, el mejor conocimiento del profesional de la milicia de los delitos de carácter militar o la concepción del Ejército como sociedad perfecta y completa, son otras de las razones que se utilizan para fundamentar la pervivencia de una jurisdicción especial.

El Tribunal Constitucional ha razonado, sin embargo, que la función esencial que la Constitución atribuye a las Fuerzas Armadas «representa un interés de especial relevancia en el orden constitucional, para el logro de los fines que han de cumplir según dicha norma específica [art. 8.1 de la Constitución], lo que exige, por su naturaleza, una configuración idónea y eficaz, de las que, entre otras singularidades, deriva el reconocimiento en el artículo 117.5 de la Ley Superior de una jurisdicción militar específica en el ámbito penal castrense, diversa por sus peculiaridades a la jurisdicción ordinaria» (Auto de 29 de febrero de 1984 del Tribunal Constitucional, con mayor profusión la Sentencia 97/1985, de 29 de julio).

Realmente, desde la perspectiva del Tribunal Constitucional confluyen en una las anteriores razones. Que lo son de orden técnico-jurídico, por

tanto, fundamentales para el correcto funcionamiento de la Institución militar. Aunque no hay que desdeñar la justificación política de todo el entramado jurídico. Pero ello no puede desdeñar la configuración histórica ni la necesidad actual de una jurisdicción del tipo de la militar. Con independencia de que las cosas puedan ser de otra forma a la que son. Lo importante, en este caso, es que el legislador constitucional ha configurado una determinada forma de «decir el Derecho», lo que viene sustentado en razones de orden lógico-jurídico y de naturaleza política.

La afirmación de esta jurisdicción trae consigo, en fin, la existencia de un conjunto normativo propio. Por eso, Millán Garrido expone la línea evolutiva de la Justicia militar en España, refiriéndose en primer lugar a la Edad Media y Moderna (Ordenanzas), para luego tratar la Codificación y el hito que supone el Código-vademécum de Justicia Militar de 1945. Los Pactos de la Moncloa son antecedentes inmediatos de la reforma operada en la Justicia militar, por lo que merecen especial indicación, a la que sigue ya la exposición sobre los distintos textos normativos del Derecho castrense (Código penal militar, Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, Ley procesal militar, regímenes disciplinarios militares y régimen penitenciario). A cada uno de ellos le dedica un pormenorizado estudio con exposición de los antecedentes, *iter* parlamentario, estructura y contenido, reformas posteriores y conclusiones.

El prólogo es, pues, póstico imprescindible que nos ofrece *Justicia Militar* para adentrarnos con contrastado bagaje en la particularidad del Derecho militar.

A este completo análisis, del que se excluye por no ser objeto de estudio, la normativa referida a la función pública militar (a la que por cierto, el profesor Millán Garrido también ha dedicado sus desvelos: *Régimen jurídico del Militar Profesional*, Tecnos, 1995, materia que se adjunta a esta obra como anexo, aunque sin anotar ni concordar) siguen los textos integrantes de la legislación judicial militar, actualizados a 31 de agosto de 2001. Su presentación, esmerada y cuidada, aparece dividida en cinco apartados, dedicados sucesivamente, a las leyes penales (§§ 1 y 2), a la legislación orgánico-procesal (§§ 3 a 12), a la reglamentación penitenciaria (§§ 13 y 14), a los regímenes disciplinarios (§§ 15 a 17) y a la normativa en materia de antecedentes penales y notas desfavorables (§§ 18 y 19). Se incluyen como anexos las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (§ 20), las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire (§§ 21 a 23), y las leyes reguladores del personal de las fuerzas armadas y de la Guardia Civil (§§ 24 y 25).

Esos cinco apartados están detalladamente anotados, con referencias básicamente normativas, aunque también jurisprudenciales; y concordados, con lo que se presenta el texto legal apto para su comprensión y correcta aplicación. A ello también contribuyen los índices esquemático, sistemático y analítico que facilitan la localización de la norma y su consulta.

Si la obra comprende los aspectos legales y jurisprudenciales del Derecho judicial militar, no por eso queda desasistido el doctrinal. El completísimo (incluso refiere los breves trabajos que quien esto escribe ha publicado sobre el Derecho penitenciario militar) apéndice bibliográfico que sigue al anexo normativo, relaciona, siguiendo la sistemática general de la obra, la literatura científica española sobre la materia. Este esfuerzo sistematizador habría ahorrado muchos desvelos en la elaboración de la tesis que dediqué a la individualización científica en el cumplimiento de las penas impuestas por tribunales militares.

Con este trabajo, en fin, se ofrece el cuerpo normativo completo del Derecho militar, con una didáctica meridiana y sencilla, que responde tanto a las exigencias formativas del jurista y del militar, cuanto a sus respectivos imperativos profesionales. Es obra excepcional, denominador común de las publicaciones del doctor Millán Garrido, que llena el vacío editorial habido hasta el momento.

Eloy-M. López García
Doctor en Derecho

2. NOTICIAS DE LIBROS

NOTICIAS DE LIBROS

Dr. D. Carlos Eymar Alonso
Coronel Auditor

AAVV, Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares, Madrid, Ministerio de Defensa, 2001, 804 págs.

El presente volumen recoge el conjunto de ponencias y comunicaciones presentadas en las III Jornadas de asesoramiento jurídico que se desarrollaron en Madrid en el año 2000, consolidando una tradición y, en especial, la realización de una serie de publicaciones que resultan de gran utilidad para todos los miembros del Cuerpo Jurídico Militar. La celebración de estas jornadas, como señala el Ministro de Defensa en el prólogo de esta publicación, responde a una decisión permanente del Ministerio por contribuir al fomento de una cultura de defensa en el ámbito jurídico para lo cual es decisiva la participación de expertos ajenos a las Fuerzas Armadas. En este caso hay que destacar la intervención de catedráticos de Universidad como D. Fernando López Ramón y D. Francisco Zamora Cabot, representantes de la abogacía del Estado como D. Manuel Pacheco, Doña Ana Bosh o D. Luis Aguilera y de magistrados de la Sala 5ª del Tribunal Supremo. Como indica el título del presente libro, en él se pueden distinguir con claridad dos partes. La primera agrupa un conjunto de análisis jurídicos sobre los retos y problemas planteados por la profesionalización de las Fuerzas Armadas y la publicación de la Ley 17/ 1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal Militar Profesional. El estatuto del militar profesional con sus correspondientes derechos políticos, socia-

les y económicos, situaciones militares, destinos, inutilidades físicas, ascensos y sistema de formación, son los principales temas tratados generalmente por miembros del Cuerpo Jurídico Militar con experiencia práctica en la resolución de los problemas planteados. La segunda parte más heterogénea responde al título de “otros estudios jurídico militares”, si bien en ellos hay dos capítulos que merecen especial atención, uno de ellos es el de la problemática actual planteada por la jurisdicción militar y el otro incide en las cuestiones relativas a las misiones internacionales de las Fuerzas Armadas.

AAVV., *Lecciones de Derecho Operativo*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2001, 345 págs.

La experiencia de miembros del Cuerpo Jurídico Militar que han participado en operaciones militares fuera de nuestras fronteras en misiones de asesoramiento jurídico, no ha hecho más que aumentar en los últimos años. Esta realidad ha provocado la necesidad de articular mecanismos de formación que, aprovechando la experiencia del personal que ha participado en misiones internacionales, pueda redundar en beneficio de quienes tengan que realizar en el futuro tales misiones. Con este propósito se procedió por primera vez a organizar por parte de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos un Curso de Derecho Militar Operativo exclusivamente para miembros del Cuerpo Jurídico Militar. Fruto de ese curso es el presente volumen que recoge los temas esenciales sobre los que puede versar el asesoramiento jurídico militar en operaciones exteriores. La obra se articula en tres partes fundamentales. En la primera se trata de analizar la base jurídica general de una operación exterior además de considerar la base constitucional interna en determinados países como Francia, Alemania, Italia, Estados Unidos y, por supuesto, España. En la segunda parte se estudian determinados aspectos jurídicos en operaciones, fundamentalmente estatuto de personal, temas judiciales y disciplinarios, económicos y sanitarios. En la tercera parte se analiza la experiencia, en diversos campos, de la aplicación de los Acuerdos de Dayton en la antigua Yugoslavia. En cuanto a la denominación de Derecho militar operativo se consideró que constituía la mejor traducción del *Operational Law* de la doctrina norteamericana sobre cuyos contenidos se imparten numerosos cursos en las correspondientes Escuelas Jurídico Militares norteamericanas.

AAVV, XII Seminario “Duque de Ahumada”, *Crímenes contra la Humanidad y Genocidio*, Madrid, Ministerio del Interior, 2001, 206 págs.

Los Seminarios Duque de Ahumada se van consolidando como un foro de indudable interés para debatir, con un alto grado de rigor científico, temas relacionados con la seguridad nacional e internacional. En esta su duodécima edición, el tema desarrollado, por su importancia y rabiosa actualidad, ofrece un interés especial. Es ya abrumadora la bibliografía que está generando el Estatuto de la Corte Penal Internacional, si bien en cada nueva publicación se pueden descubrir nuevos enfoques y matices que enriquecen el debate y, lo que es más importante, contribuyen indirectamente a que este proyecto de trascendencia histórica universal se convierta en una realidad jurídicamente efectiva. En el presente volumen el tema de los crímenes contra la humanidad y el genocidio es abordado, no solamente desde la *lege ferenda* de la Corte Penal Internacional cuyo Estatuto es analizado por la catedrática de Derecho Penal Lorenzo Copello, sino también desde la experiencia efectiva de la Organización de las Naciones Unidas. A este respecto las consideraciones de la profesora Gil, reconocida experta en el delito de genocidio, del Coronel Auditor Pignatelli sobre la actuación de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda o de Garretón Merino, relator de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos en la República del Congo, confieren al volumen ese sentido de síntesis entre la teoría y la práctica. La colaboración entre la Universidad, en este caso la UNED, y la Academia de Oficiales de la Guardia Civil, sobre la que se construye el Seminario, es también un deseo de síntesis entre las consideraciones jurídicas y la práctica operativa sobre el terreno en la noble causa de perseguir la comisión de crímenes de genocidio y lesa humanidad.

AAVV, *Adaptación de la legislación interna para la sanción de las infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá, Plaza y Janés, diciembre 2000, 370 págs.

El presente volumen constituye una recopilación de las ponencias presentadas en el transcurso de un coloquio celebrado en Madrid en 1999 con motivo del cincuentenario de la aprobación de los Convenios de Ginebra aprobados el 12 de agosto de 1949. Dichas jornadas, organizadas conjuntamente por el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Colegio de Abogados de Madrid, convocaron a un plantel de expertos internacionales, fundamentalmente del ámbito hispanoamericano, para debatir algunos aspectos de

actualidad del Derecho Internacional Humanitario. En particular se debatió sobre el Tribunal Penal Internacional y sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, así como sobre Derecho Procesal Internacional, insistiendo en el papel de la Comisión Internacional de Encuesta en la determinación de responsabilidades de los Estados, prevista en el artículo 90 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. Pero, donde se puso mayor atención y es el tema que da título al libro es un análisis de los crímenes de guerra y de los diversos modelos de protección penal de las víctimas, en especial en el ámbito sudamericano: Argentina, Colombia, El Salvador, Panamá y Chile. Tanto por la calidad y cantidad de los ponentes, como por la actualidad de los temas tratados, la lectura del libro resulta aconsejable para todos aquellos interesados en el DIH.

AAVV, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, Bogotá, Comité Internacional de la Cruz Roja y Plaza y Janés Editores Colombia, 2 tomos, 1697 págs.

Estos célebres *Commentaires* redactados por un comité de expertos dirigidos por Jean Pictet y publicados por primera vez en francés en 1986, a los que hay que añadir los comentarios a los Convenios del 49 no traducidos, constituyen algo así como la Biblia del Derecho Internacional Humanitario, la obra de referencia para cualquier estudioso del Derecho Internacional en general y del Derecho humanitario en particular. Por esta razón su traducción al español tiene que ser saludada como un auténtico acontecimiento y da prueba de la importancia de nuestro idioma en los foros internacionalistas. El que una obra de tan gran magnitud sea traducida al español implica una toma de conciencia de la necesidad de incrementar los intercambios y el diálogo cultural entre los profesionales académicos y militares de la comunidad iberoamericana consagrados a estos temas. Hay que resaltar que la presente traducción no incluye el comentario del Protocolo II, relativo a los conflictos armados no internacionales, que ya fue traducido y publicado en 1998 por la misma editorial. Asimismo, dado que el comentario original se cerró en 1986 y que desde ese año hasta el día de la fecha se han producido algunos cambios de determinadas normas, la traducción ha procedido también a una actualización de las referencias normativas. En especial, el comentario original al Anexo I al Protocolo Adicional I, que

se ocupa de los medios de señalamiento de los transportes sanitarios y que fue modificado en 1993, no ha sido incluido y ha sido sustituido por un breve comentario *ad hoc*.

CLERCKX, JOCELYN, *La vérification de l'élimination de l'arme chimique, Essai d'analyse et d'évaluation de la Convention de Paris du 13 janvier 1993*, Paris, Publications de l'Université de Rouen, 2001, 307 págs.

Aunque el desarme sea una realidad compleja, susceptible de ser abordada desde muy distintas perspectivas, no cabe duda de que el punto de vista del jurista resulta esencial para proceder a un adecuada comprensión y tratamiento del tema. Esta afirmación resulta especialmente válida en lo que se refiere a las armas químicas, sobre cuya eliminación se dispone del Tratado de 1993, y, también, en lo que respecta a la verificación que constituye la actividad más propiamente jurídica dentro del llamado Derecho Internacional del Desarme. El libro de Clerck que es el resultado de una tesis doctoral elaborada en la Facultad de Derecho de Rouen, dejando de lado los aspectos especialmente diplomáticos, políticos o militares del sistema de verificación, se concentra sobre sus implicaciones jurídicas. Entrada en vigor el 29 de abril de 1997, 180 días después del depósito del 65 instrumento de ratificación, la Convención sobre la eliminación de armas químicas cuenta en la actualidad con más de 135 Estados Partes, entre los que se encuentran los de más peso como Estados Unidos, Rusia, China o la India. La Convención sobre las armas químicas es el primer Tratado multilateral de vocación universal que prevé la eliminación de una categoría completa de armas. Pieza esencial de este instrumento es un sistema de verificación de los más estrictos y sofisticados, lo suficientemente fiable como para fundar la necesaria confianza y el espíritu de cooperación entre los Estados Partes. Por esta razón el análisis de Clerckx, estructurado en el estudio de la entidad verificadora, el establecimiento de hechos, su apreciación jurídica y el sistema de sanciones, resulta de excepcional interés para los estudiosos del Derecho Internacional en sus aspectos militares o de seguridad.

DE CUETO, Carlos y JORDÁN, Javier (Coords), *Introducción a los estudios de seguridad y defensa*, Granada, Editorial Comares, 2001, 307 págs

La estrecha relación entre el Derecho Internacional y las relaciones internacionales se manifiesta cada vez con mayor intensidad. El estudio-

so del Derecho Internacional no puede prescindir de una referencia a las relaciones internacionales contemporáneas ni quien se dedique a éstas puede prescindir de la perspectiva jurídica. Por eso un libro como el actual, coordinado por el Departamento de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad de Granada, que aborda el concepto de seguridad, resulta de interés para el jurista. El concepto de seguridad es sumamente complejo y prueba de ello lo constituye el artículo introductorio de la profesora Esther Barbé. Seguridad militar, seguridad política, seguridad económica, identitaria, medioambiental, seguridad colectiva, seguridad compartida, son conceptos cuya clarificación contribuye a una mayor precisión del discurso jurídico internacional. El volumen, en el que participan numerosos expertos, aborda otros temas de interés como son el papel de las Naciones Unidas en la Resolución de conflictos, el control de armamentos y no proliferación, identidad europea de seguridad y defensa etc., con referencia a otros temas de actualidad como son la función de los servicios de inteligencia, la revolución de los asuntos militares y el papel de las fuerzas policiales en la seguridad internacional.

EYMAR, Carlos, *De la historia y concepto del desarme*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2001, 341 págs.

Aunque se trate de una breve autopresentación de quien escribe estas páginas, dejo constancia aquí de este libro publicado en la ya conocida colección Defensa. El desarme, aunque normalmente es un tema tratado en los manuales de Derecho Internacional Público y de Derecho de los Conflictos Armados, no ha sido objeto de demasiada atención en la doctrina española, si exceptuamos el libro de Aznar sobre verificación, publicado en la serie de la Escuela Diplomática. Y sin embargo, el Derecho Internacional del desarme se está consolidando como uno de los más importantes apartados dentro del Derecho Internacional, que además tiene un marcado interés, por su vertiente militar, para los miembros del Cuerpo Jurídico Militar. Pero es verdad que el concepto de desarme no puede limitarse al ámbito jurídico. En el presente ensayo se procede a un estudio interdisciplinar del concepto en el que se combinan la perspectiva jurídica, histórica, filosófica y económica. Se articula en dos partes; en la primera se traza una historia de lo que se ha entendido por desarme desde los griegos hasta la NMD estadounidense. En la segunda parte se procede a una precisión del concep-

to desde una triple perspectiva, atendiendo a la finalidad perseguida por el desarme. Tenemos así una perspectiva ético utópica que apunta a la finalidad de la paz, una perspectiva psicológica que tiende a alcanzar la seguridad y una perspectiva económica cuyo fin es el desarrollo económico.

FREIXAS GUTIÉRREZ, Gabriel, *La protección de los datos de carácter personal en el Derecho español*, Barcelona, Bosh, 2001, 394 págs

El desarrollo de la informática en toda la sociedad y más específicamente como instrumento de gestión de la Administración Pública, puede representar una amenaza al Derecho de la persona individual a la intimidad. En el Derecho español esta amenaza trató de conjurarse inicialmente mediante la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, hoy derogada por la nueva Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal. La finalidad de salvaguardar la intimidad del individuo y su derecho a la privacidad va adquiriendo un interés creciente a medida en que lo hacen las potencialidades informáticas de control. El presente libro constituye un detallado y complejo análisis de la vigente Ley 15/1999, y de la jurisprudencia, especialmente del Tribunal Constitucional, que a lo largo de los últimos años se ha ido generando sobre el tema. Merece ser destacada a este respecto la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, que afirma que la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos sean o no fundamentales. Asimismo, hay que tener en cuenta los regímenes de excepción como los ficheros policiales, el papel de la Agencia de Protección de Datos y el Régimen de sanciones.

PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María, *Ombudsman militar y Defensor del Pueblo*, Madrid, Dilex, 2001, 182 págs.

Un año después de la publicación de su excelente libro *Presupuestos constitucionales de la función militar* (CEPC), el Doctor Peñarrubia, Capitán Auditor en excedencia y diplomado en Derecho Administrativo Militar, nos ofrece en este nuevo libro un interesante análisis sobre la figura del Ombudsman militar. En Derecho español el artículo 14 de la Ley Orgánica 3/81, dispone que el Defensor del Pueblo velará por el respeto de los

derechos proclamados en el Título Primero de la Constitución, en el ámbito de la Administración Militar, sin que ello pueda entrañar una interferencia en el mando de la Defensa Nacional. No existe pues una institución específica del Ombudsman militar, sino que es el Defensor del Pueblo el que está configurado como un Ombudsman de amplias competencias entre la que se encuentra la militar. El autor realiza amplios e interesantes estudios de Derecho comparado sobre la institución del Ombudsman militar en distintos ordenamientos. Casi a modo de conclusión se realiza una propuesta de creación de un Ombudsman militar de carácter administrativo, al estilo del que existe en Israel, dependiente directamente del Ministro de Defensa. Este organismo podría encargarse de coordinar todas las quejas que se recibiesen en el ámbito del Ministerio de Defensa y de realizar las pertinentes investigaciones con carácter previo a la remisión del informe al Defensor del Pueblo.

RAWLS, John, *El Derecho de gentes*, trad. Hernando Valencia Villa, Barcelona, Paidós, 2001, 224 págs.

Con su *Teoría de la Justicia*, escrita hace ya casi treinta años, John Rawls pasó a ocupar un lugar de privilegio en el campo de la Filosofía jurídica contemporánea. Por esta razón resulta de sumo interés el que un autor de sus características haya realizado recientemente una reflexión sobre el Derecho de gentes, en la que se muestra una vez más la dimensión ética del Derecho internacional que incorpora a su carácter jurídico una perspectiva ética. Describe Rawls una utopía realista según la cual resulta posible una sociedad de los pueblos que guarda relación con las tendencias e inclinaciones del mundo social. Rechazar como algo imposible la idea de una justa y bien ordenada sociedad de los pueblos puede determinar nuestras actitudes y nuestra política de una forma negativa. Junto a esta afirmación de optimismo ético, Rawls reconoce también la necesidad de cumplir las normas del Derecho de la Guerra para llegar a cumplir ese proyecto de una sociedad universal de pueblos, fundado sobre la libertad, el reconocimiento y la tolerancia para con lo que el llama pueblos jerárquicos decentes. La doctrina de la guerra justa sigue conservando, según el autor, las dos clásicas dimensiones del derecho a la guerra y del *ius in bello* o conducción ética de la guerra. Hay que repudiar, dice Rawls, dos teorías nihilistas de la guerra. Una se expresa en la frase del general Sherman: “La guerra es el infierno”. La otra sostiene que todos somos culpables y estamos en la misma situación, por lo cual no podemos culpar ni ser

culpados. El repudio de esas máximas se concreta en una afirmación del Derecho de los Conflictos Armados y en las restricciones graduales que contiene.

SCOTT, Craig (Ed), *Torture as Tort. Comparative perspectives on the development of transnational human rights litigation*, Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing, 2001, 731 págs.

Puede afirmarse que en el largo camino hacia una justicia penal internacional hay un antes y un después de la decisión de la Cámara de los Lores británica de conceder la extradición a España de Augusto Pinochet para ser juzgado por delitos de tortura.. En diciembre de 2000, la República del Congo interpuso una demanda ante la Corte Internacional de Justicia contra un antiguo ministro de exteriores belga por crímenes de guerra. Esta posibilidad de entablar un litigio internacional que tenga por objeto la persecución de un delito de tortura, ha sido ya objeto de numerosas decisiones judiciales a lo largo y ancho de la geografía mundial y ha sido ampliamente discutida por la doctrina. Una buena prueba de ello es el libro que ahora comentamos cuyo objetivo central es el de provocar el debate y el diálogo en el mundo político y académico, en el ámbito nacional e internacional, acerca de la factibilidad y legitimidad de litigios transnacionales que tengan por objeto los derechos humanos. Evidentemente no todos están de acuerdo no ya en el establecimiento de una jurisdicción penal internacional (que no es objeto de debate en el presente libro) sino en los términos de establecer la competencia de una determinada institución o tribunal.. Para unos el litigio internacional relativo a derechos humanos en general y a la tortura en particular es una cuestión de Derecho internacional público que debe ser resuelta conforme a los Tratados vigentes sobre derechos humanos por instituciones cuasi judiciales. Para otros las normas de derechos humanos son también cuestión de Derecho privado que pueden ser planteadas a nivel de los Derechos internos y resueltas de forma vinculante por un juez nacional. La polémica desarrollada por juristas de todos los ámbitos mundiales resulta de sumo interés.

CUADERNOS DE LA GUARDIA CIVIL. Revista de seguridad pública. 2ª Época. Número XXIII. Año 2000.

Inicia este número la Revista con la pluma cualificada del Director General de la Guardia Civil Santiago López Valdivielso.

En conexión con la importancia de la captación de recursos humanos en la Guardia Civil, expuesta por el general Pardos Aldea en el número XXII de Cuadernos, se extiende su Director General sobre “ la reforma del sistema de enseñanza de la Guardia Civil “ en su preferente apartado de *Colaboraciones*.

Entre las grandes prioridades de la Guardia Civil destaca *la enseñanza* de los hombres y mujeres, que componen el Instituto, para formarlos en los retos del futuro para cumplir sus misiones; enseñanza que ha de ser reconocida y motivada para mejorar su calidad, vinculando el adiestramiento más especializado a los servicios operativos, y potenciando la especialización y reformando los planes de estudio y reestructurando los centros de enseñanza.

Solo los mejores guardias del presente podrán formar a los mejores guardias del futuro, convirtiéndose en profesores motivados, para plasmar, conforme a la nueva Ley de Personal, las cinco líneas de la enseñanza : valores institucionales, capacitación de la promoción interna, actualización en nuevas tecnologías, apertura y flexibilidad y potenciación de los altos estudios.

Con un refuerzo de los valores propios del Guardia Civil (honor, servicio y disciplina), se subraya la importancia de los mandos intermedios, con su potenciación en las aptitudes para formar equipos de trabajo y lide-

rarlos, en la capacidad de adaptarse a la realidad cambiante, en su auto-control, fruto de la confianza en si mismos, y en el empleo de las nuevas tecnologías en su misión.

Las nuevas técnicas docentes se emplearán por un profesorado vocacional y suficientemente motivado, y no solo en los altos estudios de formación de Jefes.

Un nuevo Master en Seguridad Pública, con la colaboración de la UNED, gestionará el Instituto Universitario “ Duque de Ahumada “.

El General *Seivane García* considera “ *La industria del sector privado de la seguridad* “ como consecuencia de la necesidad de seguridad, intrínseca a la naturaleza del hombre, y anterior a la evolución social que hizo surgir la seguridad pública. Examina la diversidad de la seguridad pública (estatal, autonómica y local) y con su carácter residual la seguridad privada, efectuando un reposo legislativo hasta entrada en vigor de la Ley 23/92.

La Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada que se extiende obligatoriamente a la ya existente en el sector bancario, Cajas de Ahorro, joyerías etc..y a otros sectores obligados, y regulando un ámbito de aplicación con dos principios básicos : como actividades complementarias y subordinadas a la seguridad pública, y el del control por parte del Estado. Así, se examinan las empresas de Seguridad, Personal de Seguridad, Escoltas Privados, Guardas Particulares del campo, y Detectives Privados.

Se efectúa un estudio del sector de empresas de seguridad privada, y su evolución, con detallada consideración de encuentro, uniformidad, equipamiento, comunicaciones, sistemas de seguridad, etc, descendiendo exhaustivamente a precisar las peculiaridades de contratos personales, sistemas de seguridad, detectores, videos, protección de documentos y valores. Concluye con la positiva evolución de las compañías privadas en la utilización de la más moderna tecnología.

Don Ignacio *Cosidó Gutierrez*, Jefe del Gabinete del Director General, estudia las misiones de *la Guardia Civil en la Defensa Nacional*, Tras distinguir los conceptos de defensa exterior y defensa interior, así como defensa militar y defensa civil.

Las necesidades actuales de la Defensa Nacional llevan a actitudes no bélicas como operaciones de mantenimiento de la paz en el ámbito internacional con intervención de nuestros ejércitos; actividades, como supervisión de procesos electorales, que son más propias de actuaciones policiales que militares. El terrorismo, el narcotráfico y el crimen organizado, en su faceta internacional, exigen la intervención militar y policial en actividades de Defensa Nacional.

La redefinición del concepto de Defensa Nacional exige unas actuaciones civiles a realizar por los ejércitos y también por una policía militarizada, híbrido que es la Guardia Civil. La Guardia Civil ha probado su capacidad en misiones de mantenimiento de la paz, tanto en misiones militares, como en policiales o mixtas.

Así, el control de tráfico, control de fronteras, orden público, policía judicial, etc...han sido exitosamente realizadas en colaboración con ofensivas ONU ú OTAN.

Se subraya la necesidad de un marco normativo adecuado a las misiones internacionales que viene desempeñando la Guardia Civil en colaboración o dependencia de nuestros Ejércitos o Ejércitos extranjeros de ONU, OTAN, etc.

La Guardia Civil, por su formación esencial, puede brindar una colaboración extraordinariamente eficaz como policía militar, en los campos de protección, y seguridad de unidades militares y población civil, accidentes, orden público, e infinidad de supuestos que no deben resolverse con una respuesta militar-bélica, sino policial.

El *Dossier* se dedica fundamentalmente a cuestiones presupuestarias y financieras.

María Angeles *Peña Alvarez*, jefe de la Oficina Presupuestaria del Ministerio del Interior, parte de la política monetaria de la contención del gasto público, desde el Tratado de Maastricht, para lograr la integración en la Unión europea y Monetaria y confeccionar un Presupuesto sin déficit.

El Presupuesto de seguridad del Estado prioritario con Justicia, después de infraestructuras, investigación y gastos sociales, pretende asegurar actividades de carácter preventivo como represivo, con una atención primordial al terrorismo y al tráfico de estupefacientes. Se detallan y analizan económicamente programas y capítulos con minuciosidad.

El *presupuesto de la Guardia Civil* es examinado por el Comandante de la Guardia Civil don Francisco Javier *Alvaredo Diaz*, en sus propias palabras, desde la óptica económica y más concretamente desde la presupuestaria. La consolidada austeridad y preferencia al Servicio ha hecho que tradicionalmente se ha relegado, incluso por los propios Mandos, la Gestión y más aún, la petición de recursos para mejorar la eficiencia, cifra casi tan solo en la dedicación al servicio por encima de todo.

Culpa a un exceso de centralización en la ejecución presupuestaria de graves defectos que redundan en la eficacia en el servicio, solo superada por el extraordinario espíritu del Guardia Civil. Al solicitar recursos o bien

se exageran, pues se recibirán menos, o no se piden, por presumir un no como respuesta.

Tras un examen detallado y crítico de los gastos del personal, gastos corrientes, inversiones...del funcionamiento de recursos ajenos y servicios fuera del territorio nacional, concluye poniendo de manifiesto la escasa dotación presupuestaria para mantenimiento de vehículos y edificios, vestuario y limpieza, así como el retraso de llegada a las unidades de suministros y en cantidades no suficientes, todo ello subsanado continuamente por la afirmación de un viejo Guardia Civil : “ El servicio es lo primero, y a veces, lo único “.

La financiación de los policías locales es desarrollada por el Superintendente de la Guardia Urbana de L Hospitalet, don Manuel *Martín Fernandez*, subrayando el alto coste, una pesada carga para las arcas municipales, y a pesar de ello las instalaciones son deficientes y siempre su mantenimiento nulo. Igual ocurre con los medios (vehículos, comunicaciones) precisos para atender las demandas de seguridad crecientes geoméricamente a la vez que los recursos lo hacen aritméricamente.

Los recursos económicos son indispensables, junto con los recursos de autoridad, para la eficacia policial, si bien al no tener una rentabilidad, como otros servicios municipales, obliga a una financiación externa de las policiales municipales, discutible o cuestionable legalmente, para programas determinados por entidades interesadas.

Se examinan así mismo las repercusiones parciales del coste a otras Administraciones (depósitos municipales de detenidos, colaboración con justicia o policía judicial, accidentes de tráfico...); los precios públicos para determinados servicios policiales (ferias, ocupación de vías públicas); y finalmente, la externalización de determinados servicios (contratos del personal, conciertos con empresas, seguridad privada).

El Capitán de la Guardia Civil, experto en la comisión Europea de lucha contra el fraude, don Anselmo *del Moral Torres*, bajo el título de “ *El coste del delito informático* “, se refiere a los delitos que emplean medios informáticos (ordenadores, internet, móviles, telecompras), como medios para su comisión, en un mundo internacionalizado fruto de la revolución social y económica iniciada a finales del siglo XX, enumerando la copia ilegal de datos y software, acceso ilegal a ordenadores y sistemas informáticos, fraudes y daños, amén de divulgación de actos delictivos y terroristas, pornografía infantil, falsificaciones, espionaje industrial.

Los ataques a la seguridad informática (física, datos, comunicaciones, medios de pago electrónicos...) no siempre están tipificados legalmente de

forma adecuada, y suponen un daño enorme; así virus que impiden el buen funcionamiento del ordenador que controla el tráfico aéreo, fraudes cuantosísimos (vgr: 1995, 5 billones de libras esterlinas); espionaje industrial; difusión de datos de seguridad nacional...

El “ budget “ de la gendarmería, esto es el presupuesto de la Gendarmería francesa, es examinado por Maximiliano *Lasen Paz*, Coronel de la Guardia Civil (R), con extensa nota bibliográfica, subrayando el control efectuado por el Parlamento francés sobre la ejecución del presupuesto y su juicio crítico sobre la eficacia de la Gendarmería.

En el apartado de *Estudios* se centra en las misiones que en operaciones de paz, de mantenimiento de la paz en entornos internacionales, se efectúan por la Guardia Civil.

Sobre el *comportamiento policial en las operaciones de paz* el Comandante de la Guardia Civil don Francisco *Díaz Alcantud* parte de la Carta de la ONU, como soporte de las no mencionadas como tales en los capítulos VI y VII, para expresar la ya consolidada denominación de operaciones de mantenimiento de la paz, o simplemente “ operaciones de paz “, distinguiendo establecimiento (*peace-making*), mantenimiento (*peace-keeping*), imposición (*peace-enforcement*), y consolidación (*peace-building*) de la paz. La función más generalizada del “ componente policial “ ha sido la de control, o sustitución, de la Policía Local, amén de las policiales propias respecto al componente militar de la operación de paz, y careciendo en gran medida, de un poder ejecutivo suficiente. Se propugna el poder ejecutivo real, portando armas, con los apoyos judiciales y del componente militar.

Precisa don Jesús Narciso *Nuñez Calvo*, Comandante de la Guardia Civil, *las Funciones Militares de la Guardia Civil en las operaciones de paz* que en sus normas de actuación incluyen, por lo que al tema respecta, y en el “ Memorándum de Entendimiento “ cuestiones de justicia y disciplinarias, y cooperación de policía judicial, cuestiones de arrestos, detención, búsquedas etc, para lo que la formación militar, y estatus militar de la Guardia Civil, es imprescindible a tal fin policial.

La exigencia de una Policía Militar, bajo el liderazgo de las Fuerzas Armadas, en las operaciones de paz (ONU, OTAN, UEO, OSCE etc) hace que sea ideal una institución policial y armada como es nuestra Guardia Civil, y como tiene acreditado por sus misiones ya realizadas en la antigua Yugoslavia.

El monográfico tratamiento de las operaciones de paz concluye con el trabajo de “ *Mantenimiento institucional policial y cooperación al desa-*

rrollo “, que efectúa, el también Comandante de la Guardia Civil , don Manuel *Marión Maínez*, insistiendo en la urgente necesidad de reformar y fortalecer unas fuerzas policiales, las locales, del país en el que se inter venga en operaciones de paz; no se trata ya de actuar como tal policía, o policía militar, sino de crear, modificar y potenciar la ya existente, y formarla en observancia de los derechos humanos tanto como en su eficacia técnica o profesional. Abunda en la Cooperación para el desarrollo (organización, formación, asesoramiento al despliegue policial) y en una fructífera cooperación técnica internacional.

El apartado *Bibliografía y Documentación* contiene una recensión de diversos libros, entre los que cabe destacar los de Jar Couselo (Modelos comparados de policía), Alcaide Fernandez (Las actividades terroristas ante el Derecho internacional contemporáneo), y Sanmartín (La violencia y sus causas), como más significativos de la temática policial.

Legislación y Jurisprudencia ; en este número, extractada y seleccionada por *García San Pedro*, la jurisprudencia recoge la referente a armas prohibidas (no lo es el machete montañero de supervivencia; si lo es un “ spray “ de los denominados de defensa personal); identificaciones y cacheos (válidos salvo que sean fruto de la arbitrariedad o del desafuero no racional y proporcionado a la situación); entrada y registro en domicilios (domicilio es un espacio aislado del mundo exterior destinado a la vida íntima y actualmente destinado a tal fin; requiere autorización judicial; no lo es la cubierta de un edificio; vale la entrada en domicilios si es un delito flagrante); tenencia y consumo de drogas (no legitima la retirada del carnet si no conducía bajo la influencia de la droga aprehendida); tolerancia en el consumo de drogas (acreditada e un bar público por varios fumadores de “ resina de cannabis “).

Luis B. Alvarez Roldan
General Auditor (R)

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

José Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ

SUMARIO

A) CUESTIONES ADMINISTRATIVAS; B) CUESTIONES DE DERECHO PENAL; C) CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL; D) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO DE LA GUERRA.

A) CUESTIONES ADMINISTRATIVAS

En el número 38 de *Actualidad Administrativa*, José María Rojí Buqueras inserta un trabajo sobre “Las uniones temporales de empresas como licitadores en la contratación administrativa”. En el número 39 de la misma revista, Jesús María Chamorro González publica un artículo “Terminación convencional y silencio administrativo”.

En los *Cuadernos de Derecho Público*, número 11, José María Boquera Oliver publica un artículo titulado “Los contratos de la Administración en la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa”.

“El futuro de los regímenes de no proliferación de armas de destrucción masiva”, de Conrado Igea, se incluye en el número 2687 del *Informacion Comercial Española*.

B) CUESTIONES DE DERECHO PENAL

En la revista *Actualidad Penal*, en el número 27, Jesús Urraza Abad inserta un trabajo titulado “Delitos relativos a la ordenación del territorio: principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales”. En el número 40, se publica un artículo de Fernando Navarro Cardoso sobre “La autoría en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo.

C) CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL

La *Revista de Derecho Procesal de 2001*, en un único número extraordinario, está dedicado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, dando una visión conjunta y completa de la nueva ley rituaría en los distintos artículos.

B) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO

El número 95 del *American Journal of International Law* (enero de 2001), incluye diversos artículos publicados con ocasión del simposium celebrado sobre “Reconstrucción después de un conflicto civil”. Payam Akhavan publica un artículo titulado “*Beyond impunity: Can International Criminal Justice prevent future atrocities*”; el de Lorna Mac Gregor tiene como rúbrica “*Individual Accountability in South Africa: Cultural optimum or potical facade?*”. Los otros son los de Hansjörg Strohmeyer (“*Collapse and reconstruction of a judicial system? The United Nations Mission in Kosovo and East Timor*”; el de Jennifer Widner, “*Courts and democracy in postconflict transitions: a social scientist’s perspective on the African Case*”; el de Michael J. Matheson, “*United Nations Governance of postconflict societies*”; el de Samuel H. Barnes, “*The Contribution of Democracy to Rebuilding postconflict societies*” y el de Allan Gerson, “*Peace building: The private sector’s role*”.

IV. INFORMACIÓN

BREVE RESUMEN del Discurso leído el 11 de Febrero de 2000 en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación por el Excmo. Sr. Dr. D. EDUARDO MONTULL LAVILLA, General Consejero Togado y Catedrático de Derecho Mercantil, al ser recibido como ACADÉMICO DE NÚMERO, a quien contestó el Excmo. Sr. Dr. D. Pablo Casado Burbano, Académico de Número.

(Editado por la Diputación Provincial de Zaragoza, mediado 1998)

LICITUD O PROHIBICIÓN DE LAS ARMAS NUCLEARES, BIOLÓGICAS Y QUÍMICAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL POSITIVO.

Al expresar mi profundo agradecimiento a la Academia y a cuantos se hallan presentes en tan solemne Acto, quiero destacar la satisfacción que se me depara al poder seguir sirviendo a los demás para tratar de compensar así lo mucho que he recibido de esta mariana tierra aragonesa.

Respecto al tema, ha tiempo que me impresionó porque, de cuantos riesgos acechan a la Humanidad desde 1945, el de la mera existencia de estas armas NBQ “de destrucción en masa”, es el que entraña el máximo peligro.

En el capítulo de gracias, expresarlas al compañero en esta Academia Prof. Dr. Pastor Ridruejo, al Prof. Dr. Bernad y al Prof. Dr. Diez-Hochleitner, por cuantos fondos bibliográficos de sus respectivas Cátedras de Derecho Internacional Público me facilitaron. También, sobre todo, al ya Académico de Número de esta Corporación Dr. D. Pablo Casado Burbano, por sus palabras de contestación a las mías de ingreso.

Entrando en el tema propuesto, trato de prefijar mi actitud con la cita de los primeros renglones del Proemio de la *Instituta* del Emperador Jus-

tiniano: “*Imperatoriam Majestatem non solum armis decoratam sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus, et bellorum et pacis, recte possit gubernari ...*” lo que, traído al Derecho de Gentes, cabría parafrasear así: “El poder de los Estados en el concierto internacional debe buscar su fundamento en el Derecho más que en la fuerza de las armas, para que reine la justicia, lo mismo en la paz que, si inevitable fuese, en la guerra ..”

Acaso nuestro Joaquín Costa bebió en esta sabia fuente: “Aragón no se define por la guerra sino por el Derecho”.

I. INTRODUCCIÓN.

1.- IMPORTANCIA Y ACTUALIDAD DE LA CUESTIÓN PLANTEADA.

1º.- Voces tan autorizadas como elocuentes advierten del gravísimo peligro:

- S.S. el Papa Juan Pablo II, en el 50 aniversario de Hiroshima y Nagasaki: “La lección de la hecatombe Nuclear no ha sido aun aprendida plenamente y en todas partes.”
- En el ámbito judicial del TIJ de la Haya, el Juez Koroma, al disentir del *avis consultatif* sobre las armas nucleares (nº 96/23,8-VII): “El empleo de las a. Nucleares .. la cuestión más importante del Derecho Internacional ... a la Humanidad”.
- Y aún, los políticos: William Cohen, Secretario de Defensa USA, en 1997: “Aunque la amenaza del holocausto Nuclear se ha visto ... reducida ... la proliferación de armas de destrucción en masa amenaza ...”.

2º.- Las más significativas causas de la creciente gravedad de las a. NBQ son:

A.- Las tan enormes como horribles consecuencias de estos “agresivos”:

D).- Respecto de las a. Nucleares: el término “atómica”, aunque usual es impreciso y vago además de científicamente impropio en este estudio, ya que la explosión, controlada o no, se produce en el núcleo del átomo y no en su periferia, como ocurre con la pólvora.

1º.- Noción.- Art. 5 del Tratado de Tlatelolco (México, 14-I-67): “Para los efectos de este Tratado, se entiende por a. N.: Todo artefacto que sea susceptible de liberar energía

nuclear en forma no controlada y que tenga un conjunto de características propias del empleo con fines bélicos”; añadiendo que el instrumento para su transporte o propulsión sólo lo es si forma parte inseparable de aquel.

2º Tipología y respectivos efectos

- a) Entre las estratégicas, por la forma de liberar la energía:
- Por fisión, al romperse en dos el núcleo de los átomos mas pesados, como el elemento natural uranio 235 o el artificial plutonio 239.
 - O por fusión, de hidrógeno o termonucleares, en que se funden los átomos más ligeros.

En ambos procesos, según el principio de equivalencia de Einstein, la cantidad de masa que se pierde se convierte en energía ($E=MC^2$), la misma del Sol, que es efecto de un proceso nuclear de fusión, ocasionando –si se trata de una bomba termonuclear de 1 megatón- la liberación de energías mecánica (en 2Km. Onda de choque de 110 Tn.m²), térmica (10 millones de grados, como en el centro del Sol, incendios, etc.) y radiactiva (destruye la vida y crea, además, el “invierno nuclear”).

- b) Entre las tácticas, de neutrones o limpias (de “teatro” o de “operaciones”, nacen en 1950, para Europa), se trata de una munición y son N. del orden del Kilotón, de efectos físicos y radiológicos limitados, bajo coste y fácil transporte, con alcance de hasta 100 Km.

II).- Respecto de las Biológicas y Químicas: son, a veces, más peligrosas que las N., de bajo coste y gran eficacia; con sólo medio kilo de la toxina del botulismo se puede, en teoría, exterminar toda la población de la Tierra (Dr. J. Pictet). Menos fáciles al control y a la prueba de su procedencia a efectos de la opinión publica; implican un gravísimno riesgo por su posible desvío hacia el terrorismo, dados su fácil técnica y escaso volumen, tildándoles de “armas atómicas (sic) de los pobres”, por ello.

- a) Entre las Biológicas: tanto los virus como las bacterias:
- 1º.- Noción.- “... agentes microbianos u otros agentes biológicos o toxinas .. y las armas, equipos o vectores para su uso bélico ..” (art. I de la Convención

de 10-IV-72 sobre ellas).

2°.- Tipos.- Destacan las toxinas botulínica y alfatoxina, el ántrax, la ricina, el virus de la viruela, etc.

3°.- Efectos: atacan todo género de vida, causando muerte, parálisis, peste, pandemias, etc.

b) Entre las Químicas:

1° Noción.- “A los efectos de esta Convención, por armas químicas se entiende .. a) las sustancias químicas tóxicas que puedan causar muerte, incapacidad .. y cualquier reactivo químico que interviene en su fase de producción. b) Las municiones o dispositivos que puedan causar la muerte, etc, por los tóxicos que liberen, y c) cualquier equipo destinado al uso directo de tales municiones (art. II de la Convención sobre prohibición y destrucción de a. Q., Paris 13-I-93).

2° Tipos.- Gases asfixiantes, fosgeno CG, toxina botulínica (industrial), gas sarín, gas mostaza (iperita), micotoxinas, neurotoxinas, las binarias y, más recientemente, las Bioquímicas, etc.

3° Efectos.- “20 gramos de toxina Botulínica A aniquilarían la población de España” (Richard Fraile).

B.- En segundo lugar, que la guerra N.B.Q. puede estallar por error o por accidente: en Centrales Nucleares, Acerías, Transportes; además del riesgo que supone el tráfico ilícito de uranio, etc., por las crisis económicas de algunos países (H. Kissinger, 1998).

C.- En tercer lugar: “Por lo menos 20 países poseen o desarrollan armas NBQ y sistemas de proyectiles balísticos, para lanzarlos” (J. Deutz: Director CIA, 1996), pese al Tratado de No Proliferación de a.N. (de 1968 y 1995).

D.- Además; la irreconciliable división de la doctrina jurídica mundial y de la posición de los Estados respecto de la nada satisfactoria “opinión consultiva” 96/23,8-VII, del Tribunal Internacional de Justicia de la ONU, en la Haya, a instancia de su Asamblea General, sobre la amenaza o el empleo de armas nucleares (vid infra III.4).

3°.- En fin; una síntesis del estado actual de las relaciones internacionales aquí sometidas a análisis, podría ser ésta:

A la negativa de Sadam Husein a que la ONU verifique su desarme N. Balístico superior a 150 Km., B. y Q., según la Resoluc. del Consejo de Seguridad de las N.U., tras el Acuerdo que puso fin a la 2ª Guerra del Golfo, con algunas sanciones (embargos, zonas de exclusión aérea, etc.), lo que provocó ataques aéreos de USA y GB, contra Irak, se añadió el desarrollo N. que han supuesto, por no remontarnos a USA, China y Francia, en su día, las recientes pruebas N. de la India (11-V-98, superior a 56 Kilotones) y de Pakistan, con cinco ensayos N. (28-V-98), cuando se da como probable que éste último podría ofrecer sus servicios a Iran y a Libia, lo que, a su vez, podría reactivar el Programa Chino de misiles de medio alcance, con evidentes reacciones en Israel; surgiendo, en tan amplia zona, una no menos alarmante “Guerra Fría” oriental.

Para mejor entender la situación, hoy, recuérdese que ya Clinton obtuvo del Congreso, el 20-I-99, 2.800 millones de dólares para construir un sistema de defensa “antimisiles” y “anti-armas B y Q”, creando una polémica con China, Rusia e incluso, en la Europa occidental, etc., pese a lo que G. W. Bush insiste, con firmeza, en esta nueva SDI, *Star War* o “Guerra de las Galaxias”.

No se omite, tampoco, la reciente “crisis de los Balcanes” desatada el 24-III-99 y todavía abierta, no sólo por las luchas armadas residuales en la región sino también (salvo hechos puntuales: bombardeo de la embajada China en Belgrado, por USA, etc.) por el uso del “uranio empobrecido” durante las acciones de fuerza contra Milósevic. Javier Solana, Sec. Gral. de la OTAN, tras la Cumbre de Washington, en Abril de 1999, ya advirtió que: “... sobre el problema que plantean las “armas de Destrucción en Masa” (o sea, las NBQ), contamos con el apoyo de la Alianza para coordinar los esfuerzos en ese terreno” (Rev. OTAN nº 1-99, pp. 3 y 6).

2.- Tras delimitar el estudio al estricto ámbito jurídico positivo internacional de los conflictos armados, sin subestimar otras perspectivas de toda regla de Derecho –axiológicas y sociológicas-,

3.- La línea metodológica seguida es la de un positivismo corregido o ético, en que, a falta de una Constitución mundial, “el puente de aproximación a lo justo” debe buscarse en ese conjunto de valores y principios tanto de organización como, sobre todo, de derechos fundamentales y humanitarios a que, como “intransgredibles”, se refiere el antes citado *Avis Consultatif* (96/23) del T.I.J. sobre las a.N.

4.- Posición sistemática de los agresivos NBQ en el Derecho Internacional Público: los dos órdenes de cuestiones que suscitan (el de la mera posesión –ensayos, proliferación, reducción, etc.- y el de su empleo),

se traducen en el “Derecho de la Reducción y el Control de Armas”, el emergente *ius contra bellum*, en la vertiente política del asunto: que contempla la posesión disuasoria, inserta en el Derecho de la Paz o extrabélico y que se centra en el mantenimiento de la “paz y seguridad” (fines del Derecho junto al de la “justicia”) –aunque su instrumentación requiera el uso de medios militares- (cuyo exponente podría ser el art. 41 de la Carta de las N.U.), de un lado y, de otro, en el “Derecho Humanitario de los Conflictos Armados”, el *ius in bello*: que contempla, en el capítulo de los medios de combate, el empleo de estos (cuyo exponente, aquí, sería el art. 42 de la referida Carta: “... la acción que sea necesaria para .. restablecer la paz y seguridad internacionales ..” y más explícitamente, el art. 45: “... contingentes de fuerzas aéreas nacionales ... para la ejecución combinada de una acción coercitiva internacional ..”, de tal Carta).

5.- Razones, éstas últimas, que determinan el Plan expositivo a seguir.

II.- BREVE REFERENCIA AL TEMA DE LA POSESION DE LOS AGRESIVOS NBQ EN TIEMPO DE PAZ COMO MEDIDA PARA EVITAR LOS CONFLICTOS ARMADOS: IUS CONTRA BELLUM.

1.- Una aproximación al tema debe recordar que la Sentencia del TIJ de la Haya, de 27-VI-86, entendió que el Derecho Internacional Consuetudinario no impone a los Estados limitación alguna del nivel de armamentos, por lo que, como enseña Pator Ridruejo: “La regulación del desarme no tiene otra base que la convencional”, de la que predica su “politización extrema”.

2.- La reducción o abolición de armamentos, sin o con los matices que añadió el llamado “control de armas”, describe, en general, una evolución que va desde el Pacto de la Sociedad de Naciones (art. 8n.1) hasta hoy, pasando por la Carta de NU (arts. 11.1, 26 y 47.1) y, en particular, para las a. NBQ, los siguientes textos Convencionales:

A.- Nucleares: Prohibición de ensayos (Tratados de Moscú de 5-VIII-63 y de Nueva York de 24-IX-96 de prohibición completa); No proliferación de 1-VII-68 y su prórroga indefinida de 13-V-95; Desnuclearización y desmilitarización en ciertas regiones (Tratados de la Antártida –1-XII-59-; Del Espacio ultraterrestre – 27-I-67-; Del fondo de los mares y subsuelo –11-II-71-; De Tlatelolco, en América Latina (sic) –14-II-67-; De Bangkok, del Sureste Asiá-

tico – 15-XII-95; De Pelindaba, de África –11-IV-96-; el de Rarotonga, del Pacífico Sur –6-VII-85-); los SALT, y el Trat. ABM, de 26-V-72 y START, sobre armas N. estratégicas, entre USA y la URSS, limitándolas o reduciéndolas. Ello, además de los sucesivos Programas de la Disuasión por el terror y la Distensión hacia la cooperación, y de la prohibición del uso de técnicas de modificación ambiental (Convención de 10-XII-76) con fines militares u otros hostiles.

- B.- Biológicas: La Convención de 10 de Abril de 1972 supone el primer tratado de Desarme mundial (Romanov, quien habla de las “armas silenciosas”), recuerda la vigencia del Protocolo de Ginebra de 1925 y en su art. I establece: “ ... los Estados Parte se comprometen a no desarrollar, producir, almacenar, ... adquirir o retener ... traspasar a nadie y a destruir ...”, los agresivos Biológicos ya definidos (*vid. supra*: I.2º.A.II.a)). En 1997 eran ya 140 los Estados adheridos. España la ratificó en 1979.
- C.- Químicas: La Convención de Paris de 13 de Enero de 1993 (que España ratificó en 1996), con explícitos antecedentes en el Protocolo de Ginebra de 1925 y la Convención de 1972 sobre a. B., prohibió el desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de a. Químicas antes definidas (*vid. supra*: I. 1.2º.A. II).b)) y dispuso su destrucción, articulando un eficaz sistema de verificación de todo ello. Hasta el 31-VII-93 eran ya 150 los Estados ratificantes. Su pretensión fue eliminar los enormes arsenales de USA y Rusia y los reducidos pero incontrolados de una serie creciente de Estados “conflictivos” para Occidente: Libia, Corea-Norte y, sobre todo, Irak (Bernauer) y Sudán que no la firmaron; no ratificaron Rusia ni China.

III.- LA AMENAZA O EL EMPLEO DE LAS ARMAS N.B.Q. EN EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS: su licitud o prohibición en el *ius in bello*.

1.- Como generalidades previas, necesarias a la mejor comprensión del sucesivo discurso, pese a la drástica brevedad expositiva impuesta para el resumen, son precisas algunas consideraciones:

- A.- La razón humana, incapaz de evitar la guerra convencional, hasta hoy evitó, al menos, la guerra nuclear, pero sólo por el instinto del miedo (Fdez. Flores). El inicial abandonismo en su regulación a

causa de múltiples violaciones (en la 1ª Sesión, de 20-IV-49 de la Comis. Codif. NU), fue rectificado por la ONU, ya que ello sólo invalidaba su efectividad sociológica, mas no la ética ni la jurídico-positiva, además de obviar los conflictos “salvajes” y articular los permitidos (de “legítima defensa” –art. 51 Carta NU-, de “acciones coercitivas”, para restablecer la paz de las NU –art. 42, 45, 51, etc, de Carta NU-, etc).

B.- Tras analizar algunas ideas básicas del Derecho Bélico: noción, contenido y finalidad (siempre, tanto en el llamado Derecho “de La Haya” como en el “de Ginebra” –NAHLIK-, a impulsos de un deber impuesto por el progreso moral de la Humanidad, de carácter humanitario, tan bien exteriorizado, por ej. en el “Reglamento para el servicio militar de campaña” español de 1882, art. 849: “... por destruir al enemigo no debe entenderse exterminarle o aniquilarle materialmente sino ponerle fuera de combate, ... paralizar sus fuerzas ..”, y 828, al sentar los principios de necesidad y humanidad), ya en las Fuentes formales (art. 2. b. Protoc. Adic. Ginebra 1977 y art. 38.1 del Estatuto del T.I.J. de La Haya), nos detenemos en la Costumbre Internacional, cuya *convictio iuris sive necessitatis* se revela en “acuerdos políticos”, etc. y “actos unilaterales” como las Instrucciones que los Estados tienen el deber (Conv. 18-IX-07 sobre las “Leyes y usos de la guerra terrestre”) de proveer a sus Ejércitos, ajustadas al Reglamento de esta Convención en que su Preámbulo destaca la Cláusula Martens que prima “los usos establecidos entre los pueblos civilizados, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública”; precepto completado por el art. 22 del Reglamento de dicha Conv. 1907 y el art. 35.1 del Protocolo Adic. I de Ginebra de 1977: “En todo conflicto armado, el derecho de las Partes a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado”. Y aun, en sede codificadora, el particularísimo sistema nomogenético de la Comunidad Internacional permite, ya en la etapa *in fieri*, que los Estados firmantes, a través de negociaciones y el texto, alcancen consecuencias jurídicas, y es más, tras la ratificación, según el alto grado de aceptación, se evidencia una Costumbre general (o, incluso, un Principio General) de Derecho Internacional, vinculantes para los demás Estados.

2.- Esencial es también una visión previa de las prohibiciones del empleo de las armas en general: ya en la etapa de la “seguridad colectiva”, tanto el Pacto de la Sociedad de Naciones, tímidamente, como el de

Paris o de Briand-Kellog (27-VIII-28), mas explícito – “... condenan ... y renuncian ..” – (que recoge la Constitución de la II República española), inician la prohibición de la guerra, que se consolidará en la CARTA de las Naciones Unidas de 26-VI-45, cuyo art. 2.4 proscribire el recurso “a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en otras formas incompatibles con los propósitos de las NU”, dejando a salvo los supuestos de “legítima defensa” (art. 51 Carta NU), “estado de necesidad” (Pastor) o de “reacción institucional” del mismo art. 51, por el Consejo Seg. N.U. para la paz; textos reforzados penalmente sobre el delito de Genocidio (Conv. 9-XII-48) y la reciente creación del Tribunal Penal Internacional de carácter permanente para los delitos de genocidio, de “agresión” y los crímenes de guerra y contra la humanidad; y, aún antes, en sede preventiva, con el art. 36 del Protocolo Adic. I de Ginebra, 1977, para las nuevas armas, medios o métodos de guerra.

3.- Respetto del empleo de las armas B y Q, el Derecho Internacional codificado del uso de la fuerza en las relaciones que contempla, lo prohíbe explícita y absolutamente:

A.- Armas Biológicas: además del Protocolo ginebrino de 1925 a ellas extensivo en su Preámbulo y el art. VIII de la Convención ya citada de 10-IV-1972, el art. I de ésta impone a los Estados la destrucción de estos agresivos, también para evitar que caigan en manos terroristas (*vid. supra* II. 2. B).

B.- Armas Químicas: además del Tratado de Washington de 6-II-22 e incluso ya en 1899, dicho Protocolo de 1925 de modo contundente, la Convención de a. B. de 10-IV-72 (art. VIII y IX) y, sobre todo, la ya citada (*supra* II. 2. C.) de Paris de 13-I-93.

4.- Planteamiento de la cuestión de la amenaza o el empleo de las armas Nucleares en el Derecho de los Conflictos armados: al decir autorizado de Henry Meyrowitz, el estatuto jurídico de las a. N., hasta el Protocolo Adicional I de 1977, de Ginebra, “se hallaba en un estado de incertidumbre extrema”, ya por la oposición de las Potencias Nucleares occidentales, sus aliados y los Estados no alineados, a las Resoluciones de la Asamblea General de las N.U. que proclaman la ilegalidad (ej.: Res. 1653-XVI- de 24-IX-61, cuya votación así lo revela –Pastor-), ya por la división irreconciliable de la doctrina, también, incluso, respecto de las premisas mismas de las respuestas sobre la “guerra total”, la inmunidad de los “ataques a la población civil” o las reglas de la “guerra aérea”. División que se refleja en la posición de los Estados ante el Tribunal Interna-

cional de Justicia (TIJ) respecto de la consulta que le formuló la Asamblea General de las N.U., origen del Proced. 96/23, e, incluso, en los criterios enfrentados de los Jueces del propio T.I.J. en alegatos individuales.

En efecto; quienes postulan la ilicitud de las a. N. se basan en las prohibiciones genéricas del uso de la fuerza (*supra* III. 2); la similitud de efectos con las a. Q. (*supra* I, 1, 2º, A, II, b)); los textos sobre protección del medio ambiente (*supra* II, 2. A.); la “Cláusula Martens” (*supra* III, 1.B); el art. 35.3 Protoc. Adic. I de 1977 = Ginebra; los Tratados de control y limitación de a.N. (Tlatelolco, Rarotonga, TN Proliferación = *supra* II, 2, A); la constante no utilización de las a. N. y las Resol. A. G. NU. desde 1961; la incompatibilidad total con el Derecho Humanitario Bélico al no distinguir entre civiles y combatientes, objetivos civiles y militares; el que las a. N. van más allá del D. I. HUMAN. actual, anulándolo; efectos imprevisibles e incontrolables; etc. A favor de la licitud se argumentó por otros autores, Estados o Jueces del T.I.J.: la legítima defensa, el estado de necesidad, la autotutela y la prevención del dominio del mundo; la sujeción del uso de las a. N., a las restricciones del D.I. consuetudinario o codificado, cuyos textos el TIJ no los estimó específicamente prohibitivos de las a.N., sólo afectan al tiempo de paz (*supra* I. 4. y II. 2. A) y hasta hoy la pauta ha sido, en los agresivos NBQ, prohibir su posesión, etc., y su empleo en Convenios *ad hoc* (*vid. supra*: para a. B, II. 2. B y III. 3. A y para las a. Q., II. 2. C. y III. 3. B.); la misma “política de disuasión”, en la que el no empleo no crea una Costumbre internacional, a falta de “*opinio iuris*”, lo que el T.I.J., aun sin analizar la disuasión, comparte y el carácter no vinculante ni de norma consuetudinaria de las Resoluciones contrarias a la licitud del empleo de las a. N. dictadas por la AGNU, que el T.I.J. comparte al entender que son indicio pero no prohibición, y menos específica.

Pues bien; así las cosas, el Tribunal Internacional de Justicia de las N.U. , en su “opinión consultiva” (96/23, 8-VII) requerida por la A. G. de N.U. sobre si: ¿Autoriza el Derecho Internacional, en alguna circunstancia, la amenaza o el empleo de las armas nucleares?, sin carácter vinculante, a diferencia de sus Sentencias, pero integrando el Derecho reconocido por las N.U. (Pons), estimó que:

“105.- Por las razones que anteceden: el Tribunal, ... 2. Responde de la manera siguiente a la cuestión planteada por la Asamblea G. de las N.U.:

A.- Por unanimidad: no existe en el Derecho Internacional consuetudinario ni en el Derecho de los Tratados ninguna autorización concreta para recurrir a la amenaza o al empleo de armas nucleares.

- B.- Por once votos contra tres: En el Derecho Internacional consuetudinario y en el Derecho Internacional convencional no existe prohibición alguna general ni universal de recurrir a la amenaza o al empleo de armas nucleares como tales (los 3 Jueces “disidentes”: Shahabuddeen, Veeramantry y Koroma).
- C.- Por unanimidad: es ilícita la amenaza o el recurso al uso de la fuerza por medio de armas nucleares cuando se contravenga el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas y no se cumplan los requisitos del art. 51.
- D.- Por unanimidad: La amenaza o el empleo de las armas nucleares debe ser también compatible con las exigencias del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del Derecho Internacional Humanitario así como las obligaciones concretas contraídas en virtud de Tratados y otros compromisos que se refieren concretamente a las armas nucleares.
- E.- Por siete a favor y siete en contra y el de calidad del Presidente: De los requisitos anteriormente mencionados se infiere que la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería generalmente contrario a las normas de Derecho Internacional aplicables a los conflictos armados, especialmente los principios y normas del Derecho Internacional Humanitario.

No obstante, habida cuenta de la situación actual del Derecho Internacional y de los elementos de que se dispone, el Tribunal no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa en que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado.

- F.- Por unanimidad: Existe la obligación de emprender de buena fe y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo estricto y eficaz control internacional”.

Dada la imposibilidad de proceder al análisis de este “parecer en vía consultiva” N° 96/23, de 8-VII, en el resumen que nos ocupa, no me resisto, sin embargo, a formular una de las más serias críticas desfavorables, con apoyo en el seno de algunos de los Jueces “disidentes”; en efecto, no se puntualiza que 183 Estados son (a 30-XI-1996) Partes en el Tratado de No Proliferación de a.N., de los que 178 han decidido respetar una prohibición general de ellas, lo que implica aceptar que tanto los 5 Estados poseedores de ellas como los que se han negado a ser Parte en dicho Tra-

tado de N.P. de 1968 y de su prórroga indefinida de 13-V-1995 (China, Francia, India, Pakistan e Israel), se hallan en posición privilegiada, al serles autorizado según el T.I.J. el empleo de a.N. si se dan los requisitos de la legítima defensa, frente a todos los Estados restantes, para quienes resultaría ilegal, máxime ante el *non liquet* del TIJ (expresamente: 2. D, *in fine*).

5.- Sucinta exposición de la tesis que creo interpreta y aplica satisfactoriamente el Derecho Convencional de las armas nucleares.

A.- Doble posición sistemática del arma nuclear.

En Primer lugar, nadie niega que la explosión de las a. N. libere venenos radiactivos y ocasione males superfluos (Reglamento de la Haya de 1907, que lo prohíbe), efectos traumáticos excesivos (Conv. Nueva York –10-IV-1981 con sus Protocolos: minas, incendiarias, etc.), modificaciones del medio ambiente (Conv. 10-XII-76), etc., pero “esta doctrina se halla superada” (Meyrowitz, a quien seguimos en esta tesis, por lo demás, como la más y mejor fundada) como se infiere de un riguroso análisis del D. I. actual.

En segundo lugar, a dicho fin, no cabe desconocer los resultados de la “Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los Conflictos armados (Ginebra, 1974-77)”, pues no se reducen al mero instrumento por ella alumbrado: en efecto, dados los dos distintos órdenes de normas jurídicas que, como anticipé (supra I. 4.), gobiernan las a. N., las del *Ius contra bellum*, de la Paz –control y disuasión- y las del *Ius in bello*, de la Guerra –D. I. Humanitario bélico-, adviértase que, en éste último, el uso de las a. N. no se halla prohibido “per se”, pero viene sometido a las prohibiciones y limitaciones del D.I.H. consuetudinario reafirmado por el Protocolo Adicional I de Ginebra 1977 y, por contraste, las reglas introducidas en éste Protocolo se consideran no aplicables a las a. N., las que, por tanto, reinan en la Paz (a diferencia de las B y Q: prohibidas en ella) para que no tengan que emplearse en la Guerra (o sea disuasión y empleo).

B.- Breve referencia al “Consensus” sobre las a. N. alrededor de la Codificación de 1977: significación de la Confª. Diplomática.

Se aprecia un evidente consenso sobre las a. N., que surge y se justifica por dicha dicotomía normativa, siendo ya sintomático que el Comité Internacional de la Cruz Roja, en la Introducción de sus “Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 12-VI-49,

de Junio 1973” se expresaba así: “Los problemas relativos a las armas Atómicas (sic), B. y Q. constituyen el objeto de Acuerdos Internacionales o de deliberaciones entre los Gobiernos y el Com. Int. de la C. R., al presentar sus Proyectos de Protocolos, no entiende, pues, abordarlas”. En verdad, lo que justifica la no inclusión de las a. N en la Codif. de 1977 no son los acuerdos sobre el control de a. N., que responde a necesidades diferentes a las de los conflictos armados, sino su causa o razón de ser, o sea, el terror y la recíproca disuasión, que el Com. Int. de la C.R. no puede esgrimir y, menos aún, llamarlo por su nombre.

C.- El Estatuto de las a. N. tras el Protocolo Adicional I de 1977.

a) Referencia previa a los arts. 35.2, 35.3, 36 y 49.1 .2 y .3:

Aunque no menciona las a. N., es obvio que:

1.- Viene a reafirmar las “prohibiciones preexistentes” sobre las armas:

- Ya nombrándolas, art. 35.2: “Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materiales o métodos de hacer la guerra ... que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios”.

- Ya por referencia, art. 36: “Cuando una .. Parte .. estudie, desarrolle .. una nueva arma o nuevos medios o ... de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo en ... estaría prohibido por el .. o por cualquier otra norma de Dcho. Int. aplicable a esa .. Parte ..”.

- Formula “una sola regla nueva”, art. 35.3 al prohibir “el empleo de métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa esperar que causarán daños amplios, duraderos y graves al medio ambiente natural”.

- Las prohibiciones del art. 51.4.b) y c) no se refieren a las armas sino a los métodos, limitándose a definir un elemento de dos tipos de “ataques sin discriminación”.

- Para el art. 49.1, los ataques serán “los actos de violencia contra el adversario, ya sean ofensivos o defensivos”, en territorio (art. 49.2) “nacional o enemigo”, pero (art. 49.3) a las operaciones terrestres, aéreas o navales dirigidas contra objetivos sobre tierra o cuya naturaleza pueda afectar, sobre tierra, a la población o bienes civiles; reglas, todas ellas, de gran valor interpretativo.

2.- Ahora bien; para averiguar el alcance de las prohibiciones o limitaciones que contienen los fundamentales art. 51 (protección población civil) y 52 (protección bienes civiles) para las a. N., la lectura del texto del Protocolo no resulta suficiente, lo que desconcertó a la doctrina.

En efecto: ha de ser completado por lo que débese llamar el *consensus* sobre las a. N.

3.- A este respecto, creo, con Meyrowitz, que la Confª Diplomática distinguió:

- 1º). Reafirmar las reglas del Derecho Consuetudinario bélico: efectividad de la protección a la población civil;
 - 2º). Silenciando toda referencia a las a. N. u otras, pero con un elocuente silencio, a desentrañar sobre la base de la coexistencia del Texto del Protocolo Adic. I de 1977 y de un acuerdo no escrito que lo acompaña, afectando a su contenido (es decir, el “consensus”).
- b) Análisis del “consensus” sobre las a. N. implícito en el Protocolo Adic. I, de 1977:
- 1º) Noción: “acuerdo de voluntades no oficializado como tal en un instrumento”.
 - 2º) Prueba de que existe y es insoslayable para indagar el verdadero y único sentido del Protocolo I respecto de las a. N.: las Potencias N., sus aliados y otros Estados no alineados (candidatos o no al club N.) ¿hubieran aceptado firmar en una Confª sobre unos Protocolos adicionales a los Convenios Ginebrinos de 1949, en VI-73, si creyeran que se prohibían, explícitamente o no, las a. N.? Es más, hasta hoy, ningún Estado firmante ha contestado las “Cláusulas nucleares” de USA y GB a que aludiré; y viceversa: los Estados firmantes y, más aún, los no ratificantes no alineados ¿lo hubieran adoptado si hubieran entendido que el Protocolo I. implicaba la confirmación de la legalidad de las a. N. sin condición ni reserva alguna o el reconocimiento de su exclusión absoluta del Derecho Int. Humanitario de los conflictos armados?. Otra prueba: la de su necesidad, ya que fue el único modo de asegurar la participación del mayor número de Estados, pues hizo falta el “consenso” de los Estados que concurrieron a La Haya en 1907, lo que exigió la exclusión de las a. N. (su “extraprotocolización”). Y otra aún: concurren *facta concludentia*, además de dichas razones: las tres potencias N. Occidentales, en sus Declaraciones (“cláusu-

las N.”) no ofrecieron duda a los demás Estados sobre que tal exclusión era condicion de su participación en los Protocolos de 1977.

3º) Contenido: cabe colegirlo de datos objetivos mudos muy significativos; las declaraciones orales de tales 3 potencias –por ej. la de M. Aldrich (EE.UU)-: “Dado por supuesto que las a. N. eran objeto de negociaciones y acuerdos separados y, lo que es más, que su uso en la guerra venia regulado por los actuales principios del D.I. ..., los establecidos por el Protocolo no se pretendian que tuvieran efecto alguno sobre las a. N. ni que regulasen ni prohibieran su uso”. Texto idéntico a sus cláusulas N.. Además, en el plazo de 6 meses para contestar dichas declaraciones, los restantes Estados se abstuvieron. Y, por otro lado, un dato interpretativo es básico: ante todo, la distinción entre reglas antiguas (antes del protocolo) y nuevas (de éste), sólo aquellas aplicables a las a. N., pero además, ello sería así con independencia de la suerte del Protocolo, de la ratificación o no del mismo y de su vigencia y no en virtud –sólo- de “su reafirmacion” en él.

4º) Valor hermenéutico del “consensus”; el Derecho de los Tratados da elocuente luz (Convención de Viena de 23-V-69): el art. 32 b), al remitir a los medios complementarios de interpretación sólo si la regla general conduce a “un resultado .. absurdo o irrazonable”, y aquí lo sería “históricamente”; el art. 31, ya que el contexto que invoca comprende “todo acuerdo que tenga relación con el Tratado y que haya tenido lugar entre todas las Partes con ocasión de su conclusión”, sin exigir forma escrita; el art. 32 al apelar a los “trabajos preparatorios del Tratado”, y el art. 31.3.b) avala igual conclusión: la “práctica ulteriormente seguida en la aplicación del Tratado, y por la cual se establece el acuerdo de las Partes respecto de la interpretación del Tratado”. Es decir, *nemine discrepante*, el Protoc. I-1977 no concierne a las a. N. y éste y el *consensus* forman un conjunto inseparable.

c) La llamada “cláusula nuclear” de las Declaraciones de USA y GB:

1º) Contenido: EE.UU, firmó los 2 Protocolos Adicionales de Ginebra. 1977, pero declaró significativamente que: “Ésta firma debe tomarse en el siguiente sentido: los EE.UU de América entienden que las reglas establecidas por este Proto-

colo no se pretendía que tuvieran efecto alguno sobre las a. N. ni que regularan ni prohibieran su uso”, e Inglaterra, en idéntica ocasión, declaró: “El Gobierno del R.U. de la G.B. y de Irlanda del Norte declara que ha firmado en la inteligencia de que las nuevas reglas introducidas por el Protocolo no se pretende que tengan efecto alguno sobre las a. N. y no regulan ni prohíben su uso”. Ambas revelan el “consensus”, tanto en sentido negativo (al no tratar de las a. N.) como positivo (al excluir sólo las Reglas Nuevas de su aplicación a las a. N.).

2º) Naturaleza jurídica: no son “Reservas”, según su concepto en D.I. (art. 21. d) Convención de Viena), por su contenido y finalidad pese a no hallarse prohibidas en el Protocolo, ya que serían incompatibles con el mismo objeto y finalidad de éste. En suma, las “reservas” son de carácter egoísta, mientras que las “cláusulas N.” producen efectos también respecto de todos los Estados presentes y futuros, Partes en el Protocolo, tanto en su provecho como en perjuicio de los Estados poseedores o que usen a. N. (al igual que el consensus), sin que, a diferencia de las reservas, den lugar a aceptación ni objeción.

3º) Efectos jurídicos: respecto de los Estados no poseedores de a. N. ni alineados, les son oponibles las “cláusulas N.” y el consenso, como participantes, sin que les afecten los principios de igualdad y reciprocidad; respecto de las Reglas antiguas y nuevas, ya vimos que el objeto mismo de la Confª. Diplomática fue doble, “Reafirmar” y “Desarrollar”, aunque sus redactores no se esforzaron, en el texto del Protocolo I., en señalar unas y otras, lo que queda al jurista, sobre la base de que el D. Consuetudinario bélico reafirmado es el escrito (las Convenciones La Haya de 1907 y las de Ginebra de 1949), bien entendido que mientras el llamado Derecho de Ginebra sólo requiere, para ver la distinción, el cotejo de 1949 y 1977, no resulta tan fácil respecto del Derecho de la Haya, dada la frecuente mezcla (ej. art. 35 Prot. I) de D. precedente e innovado, difícilmente distinguible, a veces.

d) Aplicación de la diferenciación entre Reglas “antiguas” y “nuevas”, a las a. Nucleares: art. 51 y 52 del Protocolo Adicional I. de 1977: En ambos preceptos, más que una simple reafirmación se da un enderezamiento del Derecho, como sucede con ciertas prácticas de la II Guerra Mundial en materia de bombardeos aéreos.

1º). Art. 51.2: inmunidad del ataque a las poblaciones y a las personas civiles. Ha desmentido la doctrina que, tras dicha contienda, negó validez al precepto por desuetudo: “Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrotizar a la población civil”. Prohíbe absolutamente el uso de a. N. “contra villas”, o sea, casos Hiroshima y Nagasaki.

2º). Art. 51.4 y 5: ataques sin discriminación.

- Punto 4 a), que prohíbe “los ataques que son dirigidos contra un objetivo militar determinado”, o sea, el definido en el art. 52.2.

- Punto 4 b) y c), que prohíben: b) “los ataques en los que se utilizan métodos o medios de combate que no pueden ser dirigidos contra un objetivo militar determinado” y c) “cuyos efectos no pueden ser limitados como prescribe el presente Protocolo”, lo que se aplica, pues, al caso de agredir, indistintamente, objetivos militares y personas o bienes civiles.

El b), en su aplicación a las a. N., en la práctica, afecta a los vectores, o sea, a los sistemas de a. N. ya superados, excepto los cohetes submarinos.

El c), en tal aplicación, exige considerar los efectos: su criterio de licitud es que “no puedan ser limitados”, exigencia que, según “consensus” y “cláusulas N.”, respecto de las a. N., remite a un efecto específico de éstas, el radiactivo, cuya extensión espacial y temporal no admite control y cuyos efectos biológicos ostentan carácter acumulable; además, la locución “métodos de combate” aplicada a las a. N. no debe considerarse aisladamente sino como elementos de un dispositivo estratégico, cuya radiación acumulable es aquí decisiva, lo que exige que la legalidad de los ataques con ellas sea apreciada por tales efectos, que es tanto como concluir que la regla 51.4. c) prohíbe prácticamente el empleo, aun poco masivo, de las a. N. en todos los casos en que los ataques, por efecto de las consecuencias radiactivas, sean “adecuadas a herir indistintamente”, en su integridad física, a los combatientes enemigos y a las personas civiles.

- Punto 5, que prohíbe dos tipos de ataques “considerados como efectuados sin discriminación”, contiene, mezclados, elementos antiguos y nuevos con un criterio de ilicitud de carácter cuantitativo:

a) prohíbe tratar “como un objetivo militar único un cierto número de objetivos militares netamente espaciados y dis-

tintos, situados en una villa, un pueblo o cualquier otra zona que contenga una concentración análoga de personas o de bienes de carácter civil”.

La prohibición, pues, depende de la relación geográfica de los objetivos militares y las aglomeraciones civiles.

b) Plantea mayor dificultad interpretativa en caso de uso de a. N., pues, se ponen en relación dos valores inconmensurables, comparando:

-de un lado: las “pérdidas en vidas humanas en la población civil, las heridas a las personas civiles, los daños a los bienes de carácter civil o una combinación de éstas pérdidas o daños”, llamados colaterales, causados indirectamente e incidentalmente, y

- de otro lado “que fueran excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa esperada”. Crítica adversa merece el carácter subjetivo de la licitud, máxime al cifrar la ilicitud en lo desproporcionado de tales pérdidas.

Respecto de ambos apartados a) y b) es preciso advertir, siguiendo a Meyrowitz, que lo determinante para fundar su aplicación a las a. N. es que la “Confª. Diplomática” ha rechazado, con la idea de la “guerra total”, ciertas ideas y doctrinas estratégicas y políticas sobre la “Guerra aérea”, que habían servido para justificar los excesos de los bombardeos aéreos en la 2ª Guerra mundial e incluso para legitimar las bombas de Hiroshima y de Nagasaki. Además, esta “reafirmación” del Derecho Consuetudinario, entiende Meyrowitz, debe estimar la ilicitud de b) cuando los daños sean muy excesivos respecto de la ventaja militar.

Crítica adversa suscita, también, que se haga depender la ilicitud de ciertos tipos de ataques de la naturaleza y la potencia destructora de las armas usadas y no de la naturaleza y extensión de las pérdidas y daños causados.

Sin embargo, los art. 51. 5. b. y 57. 2. a) ofrecen la condición de regla parcialmente nueva que impide su íntegra aplicación a los ataques nucleares y, a la inversa, el que se mantenga la noción de “ventaja militar concreta y directa”, pese a su carácter formalmente nuevo, obedece al categórico rechazo, por el Protocolo I, de la idea de “guerra total” y de las doctrinas estratégicas que conlleva.

- 3º) Art. 52.1: en cuanto reafirma el principio de la inmunidad del ataque a los bienes civiles, propio del D.I. consuetudinario, se aplica a las a. N., siendo sólo regla nueva la extensión de esta norma a las represalias contra dichos bienes.
- 4º) Art.52.2: la regla nueva que contiene consiste en la definición de los “objetivos militares”.

¿La “Cláusula Nuclear” permite extender tal definición a los bienes que en el D.I. consuetudinario eran considerados como blancos lícitos, como, por ej., instalaciones industriales que fueron transformadas para fines bélicos tras iniciarse el conflicto?: la respuesta afirmativa parece acertada siempre que no degenerara en la idea de “guerra total” y que, sobre todo, no se olvide que los ataques contra tales objetivos, allí definidos, vienen sometidos a las prohibiciones del art. 51.5 en cuanto son aplicables a las a. N.

Finalmente, el art. 52.2, *in fine*, viene a exigir, como un elemento de dicha definición, la necesidad de que sea un bien cuya destrucción, total o parcial, ofrezca, en la circunstancia, una ventaja militar precisa.”

La “capacidad de recuperación” de la sociedad enemiga no es objetivo militar lícito y además los ataques estratégicos contra elementos de esta capacidad violarían la prohibición de ataques contra la población civil (art. 51.5. b)) sin discriminación (art. 57.2.a)), según Meyrowitz, quien también afirma que la sociedad es, por definición, civil, por lo que la sociedad enemiga deja de serlo desde que finalizan las hostilidades, siendo los daños surgidos luego, causados por actos de guerra anteriores, meras consecuencias inevitables no intencionadas.

IV.- CONCLUSIÓN.

La mayoría de la doctrina mundial y de los Estados, además del mismo Tribunal Internacional de Justicia de La Haya (O.N.U.) e, incluso, de los Organismos Públicos o Privados, que reconocen, como nosotros, que en el Derecho positivo de la Comunidad Internacional no existe una prohibición expresa, directa, absoluta y eficaz (en contraste con la que sí se da respecto de las armas Biológicas y Químicas) de la amenaza o el empleo de las armas Nucleares, ni de su fabricación, cesión, etc, disponiendo y verificando su destrucción, se pronuncia por la urgente necesidad de que se cumpla cuanto estableció el art. VI del Tratado de No Proliferación de

Armas Nucleares (TNP de 1-VII-68, y su prórroga indefinida de 13-V-95), a saber: “Cada Parte en el Tratado se compromete a celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y al desarme nuclear y sobre un Tratado de desarme general y completo bajo estricto y eficaz control internacional”. Se trata –puntualiza el TIJ”.... de una obligación de lograr un resultado concreto procediendo de una determinada manera”, que incumbe a los 182 Estados Parte en el TNP de a. N., “la práctica totalidad de la Comunidad Internacional”.

Tesis, la que definiendo desde mucho antes que el T.I.J. se pronunciara en vía Consultiva, el 8-VII-1996 (96/23), que encontró en éste su confirmación y, además, con el criticado *non liquet* del mismo (Punto 2. E. Pfo. 2º), la justificación de nuestro intento de ofrecer una versión interpretativa del Estatuto jurídico actual tanto de las a. B y Q como del más complejo sistema normativo de las armas Nucleares.

V.- PALABRAS FINALES, para permitirme reflexionar acerca de un hipotético empleo de tan demoledoras armas en relación con los Ejércitos, piedra angular y genuino e inalienable exponente de la soberanía nacional de los Estados, tratando de romper un grave prejuicio que todavía, máxime entre nosotros, pesa sobre aquellos; tarea difícil a juzgar por la sentencia de Albert Einstein: “... en la sociedad actual resulta más fácil romper un átomo que un prejuicio”. En efecto, el Tte. General Manuel Diez Alegría, en su Discurso de recepción como Académico de Número (1968) de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, frente a quienes intentan tergiversar el ser y los fines de los Ejércitos, ya expresó que: “Tal vez por el conocimiento real que el soldado tiene de lo que la lucha es; ni la conscripción; ni el bloqueo por hambre contra los combatientes;... ni el lanzamiento de bombas atómicas (sic); ni ninguna de las decisiones atroces que han dado a la guerra el carácter apocalíptico que ha llegado a tener, fueron tomadas por los hombres de uniforme, sino por otros, que presentaban muchas veces como muy cara a su corazón la idea pacifista”. Si a ello unimos el sentir de Ortega y Gasset, en su España invertebrada: “La fuerza de las Armas no es fuerza bruta, sino fuerza espiritual... Así, el influjo de las armas, bien analizado, manifiesta, como todo lo espiritual, su carácter predominantemente persuasivo”, habremos perfilado el puesto y el servicio que corresponde a los Ejércitos, si son rectamente entendidos, tanto en general como en tan graves circunstancias; buena prueba de lo

cual son, respecto de España, tanto los preceptos de la vigente constitución (arts.8,97,66,2,149.1.4ª,63.3,94-1-b) y 96) como los de las Reales Ordenanzas de aquellos (arts. 170,84,34,5,7, y el 9, ya en el marco de las misiones humanitarias y de mantenimiento de la paz acordadas por el C.S. de la ONU), además de su propio Código Penal Militar (en especial, el Título II del Libro II sobre los “delitos contra las leyes y usos de la guerra”: arts. 69 a 78) y de cuantas específicas Ordenanzas, Reglamentos operativos (del que, “para el servicio militar de campaña” de 1882, ya cité – *vid. supra*: III. 1.B – los arts. 828 y 849 y hoy: Orientaciones: El Derecho de los Conflictos Armados, Madrid, 18-III-1996, en general y, para las armas NBQ, pp. 3-8 y ss.), y Estatutos jurídicos a aquellos atinentes en general: todos ellos, expresivamente constitutivos de la noble misión que España confía a sus Ejércitos.

Finalmente, pido la venia a todo eventual lector interesado para expresar, en el ámbito de esa”... cierta dosis,..., de romanticismo, entendido en el sentido de querer llegar con la fuerza de la voluntad o del deseo mucho más allá de lo que nos ofrece la pobre y corta realidad”, que, con tanto tino como acierto, me atribuye mi ilustre compañero, el Académico de Número Dr. Casado Burbano, en sus palabras de Contestación, para expresar, repito:

- Un serio temor: el del tenebroso presagio de Gustav Radbruch,”... la bomba atómica (*sic*), nos coloca ante esta disyuntiva, o paz mundial o desaparición del mundo”.

- Un grave interrogante: ¿cómo es posible que los artífices de un Ordenamiento Jurídico, en el caso, el de la Comunidad Internacional, sean dignos de crédito como tales al no haber establecido todavía una clara, expresa, directa, categórica y convincente por verificable, regla de Derecho positivo que prohíba e impida, en toda circunstancia y lugar, acciones susceptibles de destruir la civilización de la que el propio sistema jurídico forma parte?.

- Y un vehemente deseo: Dios quiera que, al fin, el género humano, único depositario de la soberanía mundial, imponga sin demora a los aparatos de los Estados y Organismos internacionales la erradicación de todos los agresivos tanto nucleares como de semejante potencialidad destructiva y que ello se cumpla, orientando la ciencia y la técnica en favor de la humanidad, a través de la cooperación y la paz, en el seno de la Justicia, lo que es tanto como optar por la exigencia de los deberes y el respeto a los derechos, ambos fundamentales, y lo que es más, más que todo, la vida.

RESUMEN de la Contestación pronunciada por el Excmo. Sr. D. Pablo Casado Burbano, Académico de Número.

Silent leges inter arma: “cuando hablan las armas, las leyes callan”, frase ya clásica de Cicerón en su “Defensa de Milón”, muestra la dramática tensión existente entre dos fenómenos sociales de primera magnitud: la guerra y el Derecho. Ello puede impulsar a una actitud conformista, la de pensar que, ante el estrépito de las armas, poco o nada tienen que hacer los juristas; pero no es así y el contenido del magistral Discurso que acabamos de escuchar da buena prueba de ello.

Al fracaso del Derecho de la Paz, que aspira a evitar los conflictos armados, para que el fenómeno bélico no se extralimite, debe imperar, como se nos ha dicho, el llamado Derecho de la Guerra, de los conflictos armados o “*Ius in bello*”. No es tarea fácil abordar el estudio de estas ramas del Derecho internacional público. Incluso el calificativo de “Derecho humanitario” resulta insuficiente para un buen sector de ese ordenamiento que intenta proteger a la humanidad de acciones atroces o despiadadas jamás justificables.

Gran dominio de la ciencia, el arte y la técnica del Derecho hace falta en estos terrenos. Pues bien, para acompañarnos en esta ardua tarea e iluminarnos por estos parajes, hemos contado con un jurista de talla excepcional, que profusamente ha investigado, aplicado y explicado muy diversas disciplinas jurídicas. El Académico a quien hoy recibimos es Premio Extraordinario en su Licenciatura jurídica, Doctor en Derecho con Sobresaliente “*cum laude*”, Profesor Mercantil, Jurídico Militar, en cuyo Cuerpo ha alcanzado el empleo máximo de Consejero Togado, y Catedrático de Derecho Mercantil de E. Universitarias de Ciencias Empresariales; ha desempeñado numerosos cargos, siendo los más significativos los de Director de tales Centros, Vocal de la Junta de Gobierno de la Universidad de Zaragoza, Fiscal de la Sala Quinta del Tribunal Supremo y Asesor del Ministerio de Defensa, habiendo participado en tareas legislativas y codificadoras en momentos muy trascendentes de la historia de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Si dilatado ha sido su quehacer como jurisperito, no ha sido menor su labor como jurisprudente, siendo de destacar en el campo del Derecho privado, sus estudios de Derecho foral aragonés sobre la Ausencia y su magna tesis doctoral sobre el “Convenio concursal prejudicial” y, en las ramas del Derecho penal común y del Derecho militar sus numerosos trabajos, en Revistas españolas y extranjeras y obras colectivas sobre los delitos de Traición, Rebelión, Deserción, Derrotismo, etc., y sobre otras materias.

Por otra parte, todas sus obras llevan el sello del rigor, la profundidad y la objetividad, meritoriamente armonizados con una gran claridad y con la elegancia que le caracteriza; elegancia quiere decir saber elegir y en nuestro caso se manifiesta en la palabra precisa, la proposición adecuada, el giro oportuno y la imagen más expresiva.

Esta ingente labor profesional, docente y científica le ha sido reconocida oficialmente con múltiples condecoraciones de entre las que quisiera subrayar la Gran Cruz de la Orden del Mérito Militar con Distintivo Blanco y la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort, pero el Dr. Montull cuenta también con el premio, quizá más gratificante, del respeto, la admiración y la inmensa gratitud de sus alumnos y de sus subordinados, de lo que puedo dar fe con autoridad, por contarme y haber vivido entre ellos; nos enseñó Derecho, nos dio ejemplo de buen trabajar y, sobre todo, nunca dejó de incitarnos a discurrir. Y aunque todo ello bien debiera merecer un justo descanso, a esta Academia, que hoy os abre sus puertas y os recibe, mi General, le ha correspondido el honor de haceros el requerimiento para un nuevo servicio en beneficio de las sociedad a la que tanto habéis servido, con la seguridad de que lo vais a prestar, en el decir de nuestras Ordenanzas, “con igual puntualidad y desvelo” que como hasta ahora.

La realidad ha confirmado y superado lo esperado, como lo prueba este primer fruto, constituido por este excelente Discurso, en primer lugar, por lo que nos ha ilustrado y, en segundo, por cuanto nos ha sugerido y nos ha interpelado.

En cuanto a lo primero: nada que añadir.

En cuanto a lo segundo, algunas sucintas reflexiones: la primera, poner de relieve la necesidad de que el Derecho dé pronta y eficaz respuesta a la problemática social que plantean las incesantes innovaciones científicas y sus aplicaciones técnicas; en nuestro caso, el fenómeno nuevo de poder utilizar medios o métodos que ponen en evidente riesgo de extinción al género humano, dejando sin razón de ser categorías tan fundamentales en Derecho internacional como las de legítima defensa o neutralidad o desnaturalizando distinciones tan básicas como las de combatientes o no combatientes, objetivos militares o no militares y, esto es lo más tremendo, vencedores y vencidos.

Sólo el Derecho, en su radical filosofía del sentido común, puede y debe impedirlo. La supervivencia de la humanidad, por vez primera en la Historia, en efecto, supone un interés jurídicamente protegible, situación que requiere un Derecho nuevo: de ordenador de la convivencia de los hombres, incluso por medio del uso legítimo de la violencia, a garantiza-

dor de su pervivencia, o sea, un Derecho de la última oportunidad, que, a su vez, implica la última oportunidad del propio Derecho y que, tal como se nos ha expuesto tiene la meta final positivada en el art. VI del “Tratado de no Proliferación de Armas Nucleares”, y que concluye así: “... un ... desarme general y completo, bajo estricto y eficaz control internacional”. Como tan nítidamente se nos ha dicho, no se ha avanzado con paso firme para alcanzar aquella cima. Hay demasiadas ambigüedades, reservas y reticencias, lo que queda patente en la discriminación que este Tratado supone para los que se adelantaron e, incluso, en el hecho de que el ansiado Tratado de creación del “Tribunal Penal Internacional” sólo haya contado con el respaldo de los representantes de media humanidad y sin tipificar como delito el empleo de medios de destrucción en masa, pese al evidente atentado que para la dignidad de la persona humana implicaría semejante acción. Es natural que se siga investigando y experimentando pero al servicio de la humanidad y no al revés: se precisa un nuevo repertorio jurídico. El Derecho positivo no destaca por ser madrugador. Pérez de Cuellar, desde N.U. ya nos advirtió que aunque “la violencia no ha disminuido”, “sólo la timidez intelectual o la pereza moral nos puede hacer desechar como utópica la idea de un mundo sin guerra”.

Que la valentía y la diligencia que ha demostrado el nuevo Académico, al afrontar estos temas, nos sirva de estímulo a todos y, en especial, a los juristas, para ser más sensibles ante ellos, para comprometernos más en esta aventura de la paz y para lograr que pueda afirmarse con fundamento y sin restricciones que la voz del Derecho ha hecho callar para siempre a las armas; que sea una verdad rotunda y definitiva que *inter leges, silent armae*.

INDICE – SUMARIO

	<u>Página</u>
SALUTACIÓN Y LEMA	399
I. INTRODUCCIÓN	400
1. Importancia y actualidad de la cuestión planteada	400
1º. Voces autorizadas que advierten del peligro	400
2º. Las más significativas causas de la gravedad de las NBQ ..	400
A.- Las enormes y horribles consecuencias	400
I). Respecto de las armas nucleares.....	400
II). Respecto de los agresivos Biológicos y Químicos..	401
B.- La posible guerra NBQ por error, accidente, etc	402
C.- La proliferación de los países con agresivos NBQ.....	402
D.- La irreconciliable división de la doctrina y los Estados	402
3º. Síntesis de las actuales relaciones internacionales al respecto	402
2.- Delimitación del estudio emprendido.....	403
3.- Línea metodológica a seguir.....	403
4.- Posición sistemática de los agresivos NBQ en Dcho. Internac.	
Público	403
5.- Plan a seguir.....	404
II. BREVE REFERENCIA AL TEMA DE LA POSESIÓN DE LAS ARMAS NBQ EN TIEMPO DE PAZ PARA EVITAR LOS CONFLICTOS ARMADOS:	
El ius contra bellum.....	404
1.- Aproximación al tema	404
2.- La reducción o abolición de armamentos	404

	Página
A.- Armas Nucleares	404
B.- Armas Biológicas	405
C.- Armas Químicas.....	405
III. LA AMENAZA O EL EMPLEO DE LAS ARMAS NBQ EN EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS: Su licitud o prohibición en el <i>ius in bello</i> .	
1.- Generalidades previas	405
2.- La prohibición del empleo de las armas en general	406
3.- Respecto del empleo de las armas BQ	407
4.- Planteamiento de la cuestión de la amenaza o el empleo de las armas Nucleares en el Dcho. de los Conflictos armados: argumentos <i>a favor</i> y <i>en contra</i> de la proliferación y la “Opinión Consultiva” 96/23, de 8 – VII, requerida por A.G. de la ONU ...	407
5.- Sucinta exposición de la tesis que postulo.....	410
A.- Doble posición sistemática del arma Nuclear.....	410
B.- Referencia al <i>consensus</i> sobre las a. N. alrededor de la Codificación de 1977: significación de la Conf. ^a Diplomática	410
C.- El Estatuto de las a. N., tras el Protocolo Adicional I de 1977	
a). Referencia previa a los arts. 35.2, 35.3, 36 y 49.1. 2. y 3....	411
b). Análisis del <i>consensus</i> sobre las a. N. implícito en el Prot. Adic. I.....	412
c). La llamada “cláusula nuclear” de las Declaraciones de USA y G.B.	413
d). Aplicación de la diferenciación entre Reglas “antiguas” y “nuevas” a las a. N.: arts. 51 y 52 del Protoc. Adoc. I.....	414
IV. CONCLUSIÓN	417
V. PALABRAS FINALES	418
RESUMEN DE LA CONTESTACIÓN DEL EXCMO. SR. D. ABLO CASADO BURBANO, ACADÉMICO DE NÚMERO . . .	420

SEMINARIO DE INVESTIGACION DE ACCIDENTES AEREOS.

En Madrid, los días 23, 24 y 25 de octubre de 2001, en la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Aeronáuticos, se celebró, patrocinado por esta Escuela y por la Fundación Aena, y organizado por el *Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación comercial*, el Seminario convocado sobre la Investigación de Accidentes Aéreos con la asistencia de miembros del citado Instituto, y numerosas personas ajenas al mismo pero interesados en el tema objeto del Seminario; así, pilotos comerciales, investigadores de accidentes, controladores aéreos, se unieron a innumerables juristas, funcionarios civiles y militares, personas interesadas en el asunto, e incluso víctimas de accidentes aéreos.

Es de resaltar el lleno durante toda la duración del Seminario, así como, por la esencia del propio Instituto, numerosos asistentes de países iberoamericanos.

De acuerdo con el Proyecto del Seminario, se desarrolló en sesiones de tarde únicamente, iniciándose con casi puntualidad castrense, tras la presentación del Seminario por el Presidente del Instituto don Javier Aparicio Gallego, con las palabras del *General* de Brigada de Aviación don Enrique *Sanchez Borrallo*, desarrollando la Ponencia sobre investigación técnica de accidentes de aeronaves militares a cargo del Ejército del Aire. (Mando de Apoyo Logístico).

Tras diferenciar las dos Comisiones que en España investigan los accidentes / incidentes de aeronaves civiles y militares (CIAIAC civil y CITA-AM, militar , que preside el General Sanchez Borrallo), se resalta el objetivo común de *investigar para prevenir*, haciendo especial incapie en la

“confidencialidad” de hechos y datos, esencial para la veracidad base de la función preventiva derivada de la investigación y la eficacia operativa aérea.

En el Ejército del Aire, la investigación de accidentes de aviones militares de los tres Ejércitos y Guardia Civil, se realiza a través de dos niveles funcionales, aunque coincidan las personas intervinientes : la *Seguridad en Vuelo* (opiniones e informes secretos) y la Comisión de Investigación (*CITAAM*), cuyos informes han de ser abiertos y a disposición de los órganos judiciales, y que no recogen lo confidencial reservado a su propio ámbito (Seguridad en Vuelo).

No se puede obligar a un piloto militar, bajo su palabra de honor, a decir verdad (Seguridad en vuelo) y luego facilitar datos y declaraciones, conculcando el derecho a no declarar contra si mismo, al desvelar tales declaraciones a los órganos judiciales o administrativos sancionadores.

Consideró la composición y funcionamiento de la CITAAM, así como detalles de las pautas de investigación, informes técnicos, etc, y al propio tiempo qué causas directas, indirectas y estructurales influyen en los accidentes. “ El porqué ha pasado “ conduce a una pluralidad de por qué y algunos de ellos genéricos abstractos y ligeramente coadyuvantes.

Concluyó el General Borralló proponiendo se creara una Escuela de Investigación de Accidentes, para formar personal.

Tras un breve descanso, la Ponencia sobre factores operativos (en los accidentes de vuelo) a cargo del *Colegio Oficial de Pilotos de Aviación Comercial*, tuvo una exposición breve y precisa que el Sr. *Maristain* inició con apoyar el reto para la creación de esa futura Escuela de Investigación de Accidentes. Incidió en la seguridad basada en la recopilación de datos de vuelo y análisis sistemático de los mismos, y la implantación de un *programa de observación* de datos operacionales de vuelo que permitiría mejorar la seguridad exclusivamente, sin utilizar tales datos para aplicar medidas sancionadoras a las Compañías, o a los pilotos, o sensacionalismo y su divulgación, insistiéndose pues en la “confidencialidad” que parece se respeta en el Ejército del Aire. Se insistió en que los aviones de última generación recopilan todos los datos técnicos precisos para los requerimientos de un programa de seguridad operativa con débil motivación de Empresas aéreas y sin cumplir las recomendaciones por parte de Aena..

Contraste de afirmaciones pro y contra del papel de Aena en accidentes aéreos.

Tras nuevo descanso, concluyó la primera jornada del Seminario con

la intervención de Don *Ernesto Alvarez-Cascos* de la Asociación Española de Pilotos Civiles y Comerciales, su ponencia sobre la *actuación de pilotos en la investigación* de accidentes aéreos, considerando ésta fundamental para la seguridad de la navegación aérea. Se criticó duramente la Administración española por no cumplir con la misión encomendada por Ley de investigar los accidentes aéreos, con citas expresas del Ministro de Fomento y del Subsecretario (Sres. Alvarez Cascos y Adolfo Menéndez, respectivamente). No se garantiza adecuadamente la “ confidencialidad “ necesaria en la investigación de accidentes, la “ independencia “ de los miembros de la Comisión es cuestionada; la falta de eficacia, profesionalidad y rapidez en la Comisión de Investigación de accidentes civiles, contrasta con la observancia de los tres principios no solo en América y Europa sino en nuestro propio Ejército del Aire.

Se propugna la creación de una Comisión auténticamente independiente y efectiva, designada por las Cortes y con exigencias de especializaciones técnicas en sus miembros.

La segunda jornada del Seminario, día 24 de octubre, se inició con la Ponencia, propiciada por el mismo Instituto Iberoamericano, consistente en las *normas legales aplicables a la investigación de los accidentes aéreos*, a cargo de los Doctores Esteban Regales y Francisco Menchén Herreros.

Don Esteban Regales disertó sobre la actividad aeronáutica y la seguridad aérea, con citas precisas de diversos autores y en amplio recorrido histórico-jurídico sobre el tema, incluyendo el Convenio de Chicago de 1944 y el Anexo XIII sobre accidentes de 1951, sin olvidar el Derecho Comparado, (Chile, Uruguay, México).

La necesidad de actualizar nuestra Ley de Navegación Aérea, y normas que la desarrollan al respecto, se pone de relieve a través de la jurisprudencia existente en materia de accidentes aéreos, en las esferas penal y civil. Se alude exhaustivamente a las causas de los accidentes, pautas a seguir en la investigación, medidas existentes y las que debería haber, incidencia de los servicios de comunicaciones y de salvamento y rescate, declaraciones y su fiabilidad etc. Concluye con un meticuloso examen de la legislación sobre accidentes en especial sobre el R.D. 389/98, de 13 de marzo, y Directiva 94/56/CE, de 21 de noviembre de 1994, del Consejo de Europa.

Finalmente se refiere a las particularidades jurídicas del informe y las conclusiones de la Comisión de Investigación de Accidentes.

Menchén Herreros, con una tradicional sistemática jurídica, examina detalladamente el concepto de accidente aéreo para verificar su regulación en el ámbito internacional (Convenio de la OACI) y nacional (Ley 48/60

y R.D. 389/98) la investigación técnica de los accidentes de aeronaves militares (CITAAM), subrayando el carácter de *secreto* a las “ actuaciones de seguridad en vuelo “, por Acuerdo de Consejo de Ministros de 17 de marzo de 1994, de acuerdo con la Ley 9/68 de secretos Oficiales.

Tras el primer descanso el Teniente Coronel de Sanidad, Doctor en Medicina, don Francisco *Ríos Tejada* expuso su experiencia como Vocal de la CITAAM (Ejército del Aire) en los aspectos médicos en los accidentes aeronáuticos, y especialmente en lo específico de la medicina aeronáutica; así las condiciones psico-físicas del piloto y otros intervinientes en la investigación, así como las de los intervinientes en el hecho del accidente y víctimas son examinados incluyendo las funciones del médico investigador, con copiosos datos estadísticos gráficamente expuestos. Se concluye que el análisis de los aspectos humanos de los intervinientes es básico, junto con los datos técnicos, y su examen por los diversos intervinientes en la investigación es, en trabajo en grupo, elemento fundamental de la investigación.

Concluye la sesión de tarde con la Ponencia del Colegio Oficial de Pilotos de Aviación Comercial (COPAC) sobre *investigación de factores humanos para la prevención de accidentes*, a cargo del piloto y vocal de Seguridad de COPAC, don Juan Manuel *Pérez Cuellar*. Asegura al inicio que “ los mejores pilotos cometen los peores errores “ y que el fallo de una persona es un fallo del sistema, puesto que es la persona la que diseña, construye, mantiene y dirige el sistema de aeronavegación, para exponer el programa de investigación de accidentes a través de los factores humanos que intervienen en los factores materiales, técnicos, organizacionales, laborales, del lugar de trabajo etc.

Propugnó el “ sistema de análisis y clarificación de factores humanos “ para examinar los fallos ocasionadores del accidente : actos inseguros; precondiciones para actos inseguros; supervisión insegura y las influencias organizacionales. El R.D. no contiene referencia alguna a la investigación en factores humanos y si 26 a la investigación técnica. Los accidentes se producen cuando dejamos de tener miedo a que se produzcan. Todos los días hay un riesgo de que se produzcan accidentes y el factor humano los evita (piloto, mecánico, controlador).

La tercera jornada del Seminario versó sobre la *investigación técnica de los accidentes de aviación civil*, Ponencia desarrollada por Juan Antonio *Plaza*, que inicia con un repaso de la normativa legal en España, y examen del órgano investigador : La Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil. Se hace incapie en la “independencia“, la necesidad de medios de investigación suficientes, y en la difusión de las

recomendaciones en materia de seguridad, así como en deficiencias reales o posibles que puedan afectar a la seguridad y no entran en la definición de accidente aéreo y afectan a la seguridad del transporte.

Insiste en la importancia de la divulgación de los informes que afectan a la seguridad y fundamentalmente su difusión entre los implicados en seguridad (organismos oficiales, fabricantes, líneas aéreas, pilotos, controladores, etc).

Seguidamente se exponen diversas Comunicaciones. En primer lugar, la Doctora María de las Mercedes *Méndez de Santis*, Asesora Jurídica de la *Junta de Investigaciones de Accidentes de Aviación Civil de la República Argentina*, exponiendo la legislación argentina al respecto, el Anexo XIII del Convenio de Chicago, y el Manual de Investigaciones de la OACI, esbozando las cualidades del Investigador de Accidentes así como sus derechos y obligaciones. Expuso sus reflexiones acerca de las causas que contribuyen a producirse un accidente.

El *Dr. de Luca*, representando a la Federación Argentina de Colegios de Abogados, priorizó el aspecto seguridad en el transporte aéreo internacional, que debe extenderse al propio aeropuerto. Detalla el sistema de seguros y responsabilidades civiles, tras la crisis que produjo el ataque terrorista a las Torres Gemelas de Nueva York.

Integrados los dos últimos exponentes en la Mesa redonda con la totalidad de los Ponentes y presidiendo el Dr. Aparicio Gallego, brevemente se formularon las Conclusiones, y antes de iniciarse el Coloquio se cedió la palabra a la Dra. *Griselda D. Capaldo* quien expuso con una brillantez inigualable y sintéticamente su Comunicación a la Sexta Ponencia con estudio de la probable reforma del Código Aeronáutico argentino.

El *coloquio* puso de manifiesto el gran interés por el tema del Seminario, a través de las diversas y cualificadas intervenciones, en alguna ocasión con un cierto tono crítico por parte de víctimas de accidentes aéreos, y propuestas de mejoras y agilización de la Comisión de Investigación, en lo que coincidieron expertos, intervinientes, y asistentes al Seminario, con los Ponentes del mismo.

La *clausura* del Seminario se produjo, tras palabras de resumen y agradecimiento a cuantos intervinieron en el mismo por nuestro director Dr. Aparicio Gallego, y entrega de diplomas a los asistentes inscritos, al que siguió un vino español que degustamos todos.

L.B. Alvarez Roldán
General Auditor (R).

V. NECROLOGÍA

IN MEMORIAM

Don Nicolás Gonzalez-Deleito y Domingo

El día 18 de abril de 2001, falleció en Medina del Campo, el Profesor Doctor Don Nicolás González-Deleito y Domingo. Para los que le conocimos y admiramos, y desde luego para muchos miembros del Cuerpo Jurídico Militar, era sencillamente: Don Nicolás.

Sin duda fue muy destacada su trayectoria como Abogado y Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, siempre unida al magisterio de otro gran procesalista: Leonardo Prieto Castro. Pero, en todo caso, lo que motiva esta semblanza necrológica es su gran afecto por el Cuerpo Jurídico Militar, sus estudios sobre la Jurisdicción castrense y su valiosa colaboración con ésta Revista.

Don Nicolás, en efecto, estaba vinculado de forma entrañable a las Fuerzas Armadas. En primer lugar, como le gustaba recordar, descendía de una familia con antepasados ilustres en la milicia (los Tenientes Generales González-Deleito), cuya memoria le obligaba a ser fiel guardián de su prestigio (“hacer honor a su apellido”) con su intachable conducta. En segundo término, compartía de forma notable los valores castrenses, que presidían su vida de manera ejemplar. En tercer lugar, quizás como gran cultivador y estudioso del Derecho Militar, se sentía integrado en las tradiciones, principios y espíritu de nuestro Cuerpo de Auditores Militares

Nada hacía tan feliz a Don Nicolás como ser invitado a pronunciar una conferencia en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Recuerdo aún nítidamente una lección magistral suya en la vieja Escuela de la calle Tambre de Madrid (año 1990), sentado en la Biblioteca frente a los Alumnos del

Cuerpo Jurídico Militar. Haciendo gala de su proverbial memoria, el ya anciano Profesor González-Deleito les habló de la historia de la Jurisdicción Militar y de sus reformas durante más de una hora, sin consultar un apunte, desarrollando una materia en la que era gran experto, sin ocultar su admiración por la secular aportación de los Auditores de Guerra y Marina.

Don Nicolás González-Deleito fue asiduo y destacado colaborador de la *Revista Española de Derecho Militar*. Desde su obra clásica, que resumía su Tesis Doctoral fundamental en la materia, *La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España* (REDEM, nº 38, jul/dic. 1979, p.9-66), hasta el *Bosquejo histórico-legislativo del Cuerpo Jurídico Militar* (REDEM, nº 54, jul/dic. 1989, p. 249-257), verdadero homenaje al Cuerpo Jurídico Militar por parte de quien presenció su extinción con tristeza al producirse la unificación y transformación en el actual Cuerpo Común de las Fuerzas Armadas. Don Nicolás colaboró asimismo en nuestra Revista, elaborando la Sección de Jurisprudencia penal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (REDEM, números 41, 42, 43 y 44-50). Finalmente, poco antes de su fallecimiento, publicó en el nº 74 de la Revista (jul./dic. 1999) un interesante trabajo histórico-jurídico sobre *El juicio contra el Duque de Montpensier por haber dado muerte en duelo al Infante don Enrique de Borbón*.

Al Profesor González-Deleito le gustaba citar la obra del Brigadier Feliú de la Peña (*Fundamento de un nuevo Código Militar*), a quien con justicia consideraba precursor de la idea de una Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo. Reforma que sostenía Don Nicolás de forma entusiasta, por lo que probablemente debemos a su aportación científica buena parte de la resurrección de aquella vieja propuesta.

Algunos autores más modernos, como Pablo Casado Burbano, Francisco Fernández Segado, Navas Córdoba y Rojas Caro, entre otros, han sabido valorar en sus obras la investigación histórico-procesal abierta por el Profesor fallecido.

Don Nicolás apreciaba tanto a las Fuerzas Armadas y, especialmente, al Cuerpo Jurídico Militar, que se alegraba con los éxitos de sus miembros y se indignaba ante todo lo que podía menoscabar su prestigio o implicar la preterición de una corporación con tantos siglos de historia. En todas estas ocasiones, luces y sombras que nunca faltan en una gestión burocrática ajena, no se hacía esperar la llamada o la visita de Don Nicolás cargada de entrañable afecto, siempre en defensa de los valores jurídico-militares y bien fundada en algún episodio de la historia que él conocía admirablemente.

La última vez que saludé personalmente al Profesor González-Deleito fue justamente en una casa a la que profesaba una gran veneración: La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Don Nicolás era Académico Correspondiente y colaborador de sus Cursos de Derecho Procesal. Quisiera recordarlo siempre con aquella imagen. El Profesor vestía, en tal ocasión, el solemne ropaje académico y sobre el rojo de la muceta destacaba la Medalla de la Ilustre Corporación. Su semblante expresaba la nobleza de un jurisconsulto respetado por sus iguales, la serenidad del profesor admirado por sus discípulos y la bondad de una persona muy querida por sus amigos.

Descanse en paz Don Nicolás y sirva esta semblanza para recordar en nuestra Revista a nuestro inolvidable Profesor, conscientes de que es tributo insuficiente para colmar la deuda de gratitud que nos legó su afecto por el Cuerpo Jurídico Militar.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
Director