

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

91

**ENERO
JUNIO
2008**

**Escuela Militar de
Estudios Jurídicos**

Ministerio de Defensa



**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

91 *ENERO
JUNIO
2008*

MADRID

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

Edita:



NIPO: 076-09-048-1 (edición en papel)
ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de cierre: julio 2008

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

NIPO: 076-09-049-7 (edición en línea)



ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 91 ENERO-JUNIO 2008

DOCTRINA

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

ESTUDIOS

— Rosario Domínguez Matés, «La doctrina de la responsabilidad del Mando a la luz de la actual jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia»	17
— Héctor Olásolo, «El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata: del Caso Stakic contra el Presidente de la Región de Prijedor ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia a los casos Kananga, Ngudjolo y Bemba contra los Comandantes en Jefe de las Milicias FRPI y FNI y el Ex Vicepresidente de la República Democrática del Congo ante la Corte Penal Internacional»	43
— Rodrigo Lorenzo Ponce de León, «Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la justicia militar británica y su interrelación con la de otros países del mundo anglosajón»	85
— Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández, «El contrato de suministros en la nueva Ley de Contratos del Sector Público»	141
— María de las Mercedes Rubio Ángel, «Principios rectores y garantías del expedientado en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil»	195

TEXTOS

LEGISLACIÓN

— Por María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera	247
--	-----

JURISPRUDENCIA

— «Contencioso-administrativa». Por Eva Bru Peral	253
---	-----

DOCUMENTACIÓN

- Doctrina legal del Consejo de Estado. Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz 279
- Estados Parte en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario. Por el Centro de Estudios de DIH de la Cruz Roja 291
- El «Status of Forces Agreement» de la Unión Europea (EU SOFA) de 17 de noviembre de 2003. Por José Luís Rodríguez-Villasante Prieto 303

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN DE LIBROS

- Antonio Millán Garrido. «La jurisdicción militar en debate». AA.VV. D. García Belaunde (coord.). Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Grijey. Lima, 2008 327
- José Luís Rodríguez-Villasante Prieto. «Justicia Militar». Antonio Millán Garrido. 7.^a ed., Ariel. Barcelona, 2008 331

NOTICIA DE LIBROS

- Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández 339

NOTICIA DE REVISTAS

- Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz 343

NOTA DE LA REDACCIÓN. Por Acuerdo del Consejo de Redacción de la Revista se comunica que quienes presenten trabajos (Estudios o Notas) para su publicación en la REDEM deberán acompañar a los mismos un resumen en idioma español y un *abstract* (en idioma inglés), con una extensión máxima de diez líneas.

DOCTRINA

RESUMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 91 (ENERO-JUNIO, 2008)

Rosario DOMINGUEZ MATÉS: «La doctrina de la responsabilidad del Mando a la luz de la actual jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia»

La doctrina de la responsabilidad del mando continúa siendo uno de los principales desafíos del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo. La elección de su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia obedece a su tratamiento en recientes decisiones jurisprudenciales (2003-2006) que subrayan aspectos ya reconocidos del tema y, por otro lado, aspiran a dar claridad y concisión a nuevos aspectos que la casuística de los recientes conflictos armados ha traído consigo. El balance jurídico de este análisis pretende, en esencia, aportar pautas para quienes han de ejercer el mando sobre el terreno y fomentar el que su conducta sea conforme a las prescripciones del Derecho Internacional Humanitario que, de otra forma, pueden terminar generando su responsabilidad penal internacional.

Rosario DOMINGUEZ MATÉS: «Legal doctrine of the command's responsibility in the light of current court precedents of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia»

Legal doctrine of the commander responsibility continues being the main challenge for the Humanitarian International Law. It will be analyzed through the court precedents of the International Criminal Tribunal for the

former Yugoslavia because it has been applied by recent precedents (2003-2006) that emphasize well known issues of the question and, on the other hand, try to clarify new aspects that recent armed conflicts have brought with them. Legal balance of this study tries to give guidelines to those who will be in charge and promoting them to behave in accordance to Humanitarian International Law given that, on the contrary, international criminal responsibility could be required.

Héctor OLÁSOLO: «El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata: del Caso Stakic contra el Presidente de la Región de Prijedor ante el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia a los Casos Katanga, Ngudjolo y Bemba contra los Comandantes en Jefe de las Milicias FRPI y FNI y el Ex Vicepresidente de la República Democrática del Congo ante la Corte Penal Internacional»

La Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga dictada por la Corte Penal Internacional abre de nuevo las puertas de manera expresa al recurso a la figura de la coautoría mediata, tras su rechazo por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Stakic. En opinión del autor, se trata éste de un desarrollo particularmente relevante en un momento en el que el derecho penal internacional se encuentra inmerso en pleno proceso de revisión de sus categorías tradicionales de autoría y participación para reflejar con mayor precisión la responsabilidad penal de líderes políticos y militares en la comisión de crímenes internacionales.

Héctor OLÁSOLO: «The development in international criminal law of the indirect co-perpetrationship: from the Stakic case against the President of the Prijedor region before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to the Katanga, Ngudjolo and Bemba Cases against the Commanders in Chief of the Militia FRPI and FNI and the Former Vice-President of the Democratic Republic of Congo before the International Criminal Court»

Decision on the confirmation of charges in the Katanga case adopted by the International Criminal Court opens again the door to indirect co-

perpetratorship, after its rejection by the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the Stakic case. In the author's opinion, this is a particularly relevant development in a period in which International Criminal Law is revising its traditional perpetratorship and participation categories in order to reflect more accurately criminal responsibility of political and military leaders in the commission of international crimes.

Rodrigo LORENZO PONCE DE LEON: «Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la justicia militar británica y su interrelación con la de otros países del mundo anglosajón»

El trabajo incluye un análisis de las principales sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos frente al Estado británico y la incidencia que todas estas han tenido en el ulterior proceso de reforma de la justicia militar iniciado a finales de los años 90. También se estudian los antecedentes de la reforma y su resultado legislativo: la «*Armed Forces Act*» del año 2006. La conclusión principal de esto es bastante elocuente: la justicia castrense en Gran Bretaña parecía un terreno vedado hasta hace bien poco al sistema de protección jurisdiccional europeo en materia de derechos humanos. También se incluye, por la incidencia que ello guarda con los procesos de reforma legislativa de otros países de rai-gambre anglosajona, un estudio del impacto de la reforma británica en la legislación de éstos.

Rodrigo LORENZO PONCE DE LEON «The impact of the court precedents of the ECHR in British military justice and its correlation with other countries of the Anglo-Saxon world»

The work includes an analysis of the key judgments of the European Court of Human Rights against United Kingdom and the impact that all these have had in the further process of reforming the military justice system started at the end of the 90s. It is also studied the background of the reform and the legislative outcome: the «*Armed Forces Act*» of 2006. The main conclusion of this is quite eloquent: military justice in Britain seemed to be, few years ago, a forbidden land to the European judicial protection system of human rights. It also includes, because of the impact that it has in relation with legislative reform processes in other

countries with Anglo-Saxon roots, a study of the impact of the British reform in these legislations.

EMILIO FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ: «El Contrato de Suministros en la nueva Ley de Contratos del Sector Público»

Este estudio pasa revista a las cuestiones más importantes que plantea este contrato considerando ampliamente las novedades introducidas por la reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Así, se hace especial referencia a los numerosos extremos que ahora deben estar expresamente previstos en los Pliegos de cláusulas administrativas correspondientes y se incluye una Tabla de correspondencias entre los preceptos que regulaban este contrato en la norma legal anterior y los que lo hacen en la nueva. También se explican, en el último epígrafe, los motivos por los que la Comisión Europea considera que el régimen de modificación de los contratos adjudicados, mantenido en nuestra nueva Ley, sigue siendo incompatible con las normas comunitarias sobre contratación pública. Por otra parte, el estudio aborda los diversos regímenes jurídicos aplicables teniendo en cuenta la abundante experiencia existente en el Ramo de Defensa sobre contratación de suministros con presencia de algún elemento extranjero. En este sentido, se incorpora un estudio especial, sobre cómo debe aplicarse en la actualidad el Artículo 296 del Tratado CE, en el que se analiza la Comunicación interpretativa de la Comisión de 7 de diciembre de 2006 y se sistematizan las últimas tendencias a tener en cuenta, en los contratos a los que sea de aplicación este precepto, derivadas de las normas recomendadas por la Agencia Europea de Defensa en los denominados «Código de Conducta» y «Código de buenas prácticas en la cadena de suministros». Por último, también se trata la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 11 de diciembre de 2007, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos públicos de obras, de suministros y de servicios en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

EMILIO FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ: «The Supply Contract in the new Public Sector Procurements Act.»

This study reviews the most important issues raised from this contract considering the innovations introduced by the recent Act 30/2007, 30

October. Thus, it specially refers to many points that must now be expressly provided for in the Lists of Special Requirements and includes, as well, a table of correspondences between articles that governed this contract in the previous Act and those who do it in the new one. Last section also explains the European Commission reasons to consider that the system of modifying awarded contracts, held in our new Act, remains incompatible with European Union rules on public procurement. On the other hand, the study addresses the various legal regimes applicable taking into account the profuse experience held in the Defense field related to supplies contracts with the presence of any foreign element. In this sense, it is added a specific study of how to apply at present Article 296 of the EC Treaty, which analyzes the Commission Interpretative Communication of December 7, 2006 and systematizes the latest trends to bear in mind, in contracts to which this provision is to be applied, arising from the standards recommended by the European Defense Agency in the so-called «Code of Conduct» and «Code of Best Practices in the supply chain.» Finally, it also analyses an European Commission Directive draft of 11 December 2007, on the coordination of procedures concerning the award of certain public works, public supplies and public services contracts in the defense and security sectors.

M.^a de las Mercedes RUBIO ÁNGEL: «Principios rectores y garantías del expedientado en el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil»

El presente trabajo tiene como objetivo realizar un examen de los principios rectores y las garantías del expedientado en el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, regulado en la L.O. 8/98, de 2 de diciembre y de la Guardia Civil, regulado en la L.O. 12/07, de 22 de Octubre. Para ello, partiendo de la aplicación de los principios rectores del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador con los debidos matices, se analizarán, al amparo de la evolución jurisprudencial, tanto los principios de carácter sustantivo contemplados en el art. 25 de la Constitución Española, como los de naturaleza procesal consagrados en su art. 24 y sus manifestaciones en las citadas Leyes, lo que nos llevará a concluir que nos encontramos ante una regulación moderna, suficientemente especializada y garantista, inspirada en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

M.^a de las Mercedes RUBIO ÁNGEL: «Guiding principles and guarantees of the accused in the Armed Forces and Civil Guard Disciplinary Regime»

This paper aims to analyse guiding principles and guarantees of the accused in the Armed Forces Disciplinary Regime, regulated by Organic Act 8/1998, of 2 December and of the Civil Guard, regulated by Organic Act 12/2007, of 22 October. To do so, starting from the implementation of criminal law guiding principles to administrative penalties scope, it will be analyzed, on the basis of court precedent developments, both substantive nature principles referred to in article 25 of the Spanish Constitution, and those of a procedural nature embodied in its article 24 and their manifestations in these laws, which will lead us to conclude that we are facing a modern regulation, sufficiently specialized and protectionist, inspired by the doctrine of the European Court of Human Rights, the Constitutional Court and the Fifth Chamber of the Supreme Court.

ESTUDIOS

LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DEL MANDO A LA LUZ DE LA ACTUAL JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA

Rosario DOMÍNGUEZ MATÉS

*Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Internacional Público y
Relaciones Internacionales*

ÍNDICE

I. Introducción. II. Naturaleza y carácter de la doctrina de la responsabilidad del mando en Derecho Internacional Humanitario Contemporáneo. III. Elementos definitorios de la doctrina de la responsabilidad del mando. A. Relación entre la omisión del superior y los crímenes cometidos por los subordinados. B. Relación superior-subordinado. C. Mens Rea: «Conocía o tenía razones para conocer». D. Omisión de prevenir o de castigar. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas asistimos a un importante desarrollo del Derecho Internacional Penal en el ámbito de los conflictos armados. Desde el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, al Tribunal Penal Internacional para Ruanda, la Corte Penal Internacional, y los Tribunales Especiales para Sierra Leona, Timor Leste, Camboya, e Irak, el Derecho Internacional Humanitario ha visto cumplida una de sus máximas aspiraciones: el juicio y condena de las personas responsables de las violaciones más graves de esta rama del Derecho. Y, en este artículo, trataremos de una de las formas de responsabilidad de mayor rai-

gambre en el devenir del Derecho Internacional Humanitario: la responsabilidad de los superiores al mando por conductas criminales de sus subordinados¹.

Ya, alrededor del siglo V a. C., Sun Tzu en su libro «El Arte de la Guerra» señalaba –aún de forma indirecta pues de refería a la consecución del éxito en el combate– la responsabilidad de los jefes sobre las actuaciones de sus subordinados de esta manera:

«En la guerra se producen desbandadas, motines, desmoralizaciones, desastres, caos y catástrofes. Ninguna de estas seis situaciones obedece a causas naturales, sino que se derivan de los defectos de jefe. (... ..) Si se produce alguna de ellas, la responsabilidad recae exclusivamente sobre el jefe, quien debe reflexionar sobre sus letales consecuencias con exquisito cuidado.»²

El principio de la responsabilidad del mando quedó desarrollado durante la guerra civil norteamericana, a través del artículo 71 del denominado *Código Lieber* que señalaba la responsabilidad del comandante por ordenar o incitar a los soldados a herir o matar a enemigos fuera de combate³. Pero, la codificación del principio a nivel internacional se llevó a cabo por el artículo 1 del *Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre* anexo a la IV Convención de La Haya adoptada en la Segunda Conferencia de la Paz de 1907 con este tenor:

«Las leyes, los derechos y los deberes de la guerra no se refieren solamente al ejército sino también a las milicias y a los Cuerpos de voluntarios quereúnan las condiciones siguientes: Tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos; (...)»

¹ En mi opinión, uno de los mejores estudios de esta materia desde sus orígenes hasta el momento de su publicación (1973) pero que mantiene su actualidad y que, por ello, recomiendo, es: PARKS, William H., «Command Responsibility for War Crimes», 62 *Military Law Review* (1973), pp. 1-104.

² SUN TZU, *El arte de la guerra*, Biblioteca Nueva, Colección Taxila, Madrid (2000), Cap. X, párrafos 9 y 16, pp. 90-91.

³ El artículo 71 señalaba: «Whoever intentionally inflicts additional wounds on an enemy already wholly disabled, or kills such an enemy, or who orders or encourages soldiers to do so, shall suffer death, if duly convicted, whether he belongs to the Army of the United States, or is an enemy captured after having committed his misdeed.» *Instructions for the Government of the United States in the Field*, elaboradas por Francis Lieber y adoptadas como *General Orders n.º 100* por el Presidente Lincoln el 24 de abril de 1863.

Por su parte, el artículo 3 de la mencionada IV Convención subraya que:

«La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada.»

Cierto es que, como se comprueba, la primera disposición no contiene mayor detalle sobre las obligaciones particulares del comandante, y que la segunda disposición no se refiere a la responsabilidad penal individual, pero subraya el papel esencial de la autoridad al mando en el cumplimiento de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario⁴.

Finalmente, esta forma de responsabilidad quedó reconocida y concretada en los artículos 86 y 87 del *Protocolo Adicional I de 1977* que, bajo los rótulos de «Omisiones» y «Deberes de los jefes» respectivamente, establecen una primera obligación general de reprimir o de hacer cesar infracciones como resultado de una omisión (artículo 86, párrafo 1.º), y concretan la responsabilidad a estos efectos de los superiores al mando (artículo 86, párrafo 2.º y 87). Respecto de esto último, el Comentario del CICR a estos artículos ya señalaba las dificultades para establecer el carácter intencional (*mens rea*) de una omisión, particularmente en caso de negligencia, y evaluaba las condiciones para que una omisión de un superior pueda conducirle a ser responsable respecto de hechos cometidos por sus subordinados (la calificación del superior, su conocimiento de los hechos y las vías de información, y la obligación de tomar medidas para prohibir o reprimir la infracción)⁵.

El tratamiento en el Derecho interno y a nivel doctrinal de esta materia demuestra la confusión que hay sobre este tema⁶, y el ámbito jurispruden-

⁴ Así lo puso de manifiesto posteriormente la Comisión Internacional sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre la Persecución Legal de los Crímenes que recomendó a la Conferencia de Paz de 1919 el establecimiento de un tribunal que persiguiera a aquéllos que «ordered, or with knowledge thereof and with power to intervene, abstained from preventing or taking measures to prevent, putting an end to or repressing violations of the laws or customs of war». Este tribunal nunca fue creado. Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, *Report Presented to the Preliminary Peace Conference, Versailles, 29 March 1919*, en: *American Journal of International Law* (1920), vol. 14, n.º 95, p. 121.

⁵ Vid. Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), p. 1035 y ss., párrs. 3540 y ss.

⁶ JIA, Bing Bing, «The Doctrine of Command Responsibility Revisited», 3 *Chinese Journal of International Law* (2004), pp. 25-31.

cial tampoco queda con altos honores en cuanto a su desarrollo en el marco de los recientes conflictos armados. En este trabajo solo estudiaremos en particular los más recientes casos que ha tratado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, como son el caso *Hadzihasanovic* (16 de julio de 2003 y 15 de marzo de 2006), el caso *Halilovic* (16 de noviembre de 2005) y el caso *Oric* (30 de junio 2006), sin dejar de hacer referencia a otros casos cuyo origen hay que reconocer en el renombrado caso *Celebici*.

El *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia* ha recogido la doctrina de la responsabilidad del mando en el artículo 7 del mismo titulado «Responsabilidad penal individual» señala en su párrafo 1.º que:

«1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen.»

Por su parte, el mismo artículo 7 señala en su párrafo 3.º que:

«3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores.»

A continuación analizaremos la naturaleza y el carácter de esta materia sobre la base de la reciente jurisprudencia del Tribunal para, posteriormente, estudiar sus elementos definitorios.

II. NATURALEZA Y CARÁCTER DE LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DEL MANDO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONTEMPORÁNEO

En principio, hay que poner de manifiesto que hoy en día el principio de la responsabilidad penal del superior está firmemente anclado en el derecho convencional siendo considerado, además, como parte del dere-

cho internacional consuetudinario. Esto queda demostrado no sólo observando el alto número de Estados Partes en el *Protocolo Adicional I de 1977*⁷, sino también teniendo en cuenta que ha sido recogido en los distintos *Estatutos* de otros Tribunales Penales Internacionales. Así lo ha confirmado, igualmente, la reciente jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia⁸.

En este sentido, y superando la referencia expresa de este principio en el *Protocolo Adicional II de 1977* relativo a la regulación jurídica de los conflictos armados sin carácter internacional, el principio de la responsabilidad penal del superior al mando es aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como no internacionales. Siguiendo la jurisprudencia fruto del caso *Tadic*, cuando el Tribunal subraya que el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal por graves violaciones del artículo 3 común y de determinados principios y normas fundamentales relativas a los medios y métodos de combate en la guerra civil⁹, el Tribunal afirma recientemente y con contundencia que este principio como parte del derecho internacional consuetudinario, reconocido incluso antes de 1977, se aplica también respecto de los crímenes cometidos durante un conflicto armado de índole no internacional¹⁰.

Por otra parte, el principio de la responsabilidad del superior tiene como propósito esencial cumplir con la obligación general de respetar y de hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario en todas las circunstancias, que señala el artículo 1 común a las cuatro *Convenciones de Ginebra de 1949* y el artículo 1.1.º del *Protocolo Adicional I de 1977*. A esta obligación general de cumplimiento le sigue, en particular, aquélla que corresponde a los superiores al mando de que «los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo» y de que tomen las medidas necesarias para impedir y reprimir

⁷ A fecha de 14 de marzo de 2008, el número de Estados Partes en el *Protocolo Adicional I de 1977* era de 167.

⁸ *Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic and Esad Land'o (Celebici Case)*, Case IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001, párr. 195; *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párrs. 39 y ss.; *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 291.

⁹ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case IT-94-1-AR72, Decisión on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, párr. 134.

¹⁰ *Prosecutor v. Enver Hadzihanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, Case IT-01-47-AR72, Decisión on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, párr. 11 a 31. *Vid.* igualmente, ICRC, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, Rule 153, p. 558 a 563.

cualquier infracción de los mismos (artículo 87 del *Protocolo I de 1977*). Ciertamente, corresponde a los comandantes un papel singular en el cumplimiento de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario: el carácter de autoridad que le ha sido conferido, el desarrollo de su acción sobre el terreno, y su deber principal cual es el de mantener e imponer disciplina, les conforman en piezas indispensables del eficaz cumplimiento de las leyes y usos de la guerra¹¹.

Al respecto, el Tribunal no había tratado la cuestión de saber cuál es el objeto de la responsabilidad del superior al mando: si la omisión del superior de cumplir con determinadas obligaciones o, por el contrario, una forma de responsabilidad derivada del crimen/es cometido/os por sus subordinados. Sin embargo, recientemente, el caso *Halilovic* ha permitido al Tribunal pronunciarse al respecto. Así, el Tribunal ha concluido, tras un estudio de los artículos 86 y 87 del *Protocolo I*, de la jurisprudencia anterior ciertamente confusa en esta materia¹² y los casos post-II Guerra Mundial, que la responsabilidad del superior al mando en virtud del artículo 7, párrafo 3.º, del *Estatuto* es una responsabilidad por omisión. En definitiva, el superior al mando es responsable de la omisión del cumplimiento de la obligación de prevenir y de sancionar los crímenes cometidos por sus subordinados, subrayando al final el peso relevante que el conocimiento y el efectivo cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario tiene para los superiores al mando¹³.

En esencia, como ha señalado el mismo Tribunal en un caso aún más reciente¹⁴, la responsabilidad del superior jerárquico en virtud del artículo 7, párrafo 3.º, es el corolario de una obligación de hacer; esta responsabilidad es pues una responsabilidad por omisión de prevenir o de sancionar los crímenes cometidos por sus subordinados. Se trata, en definitiva, de una responsabilidad *sui generis* y distinta de la que señala el artículo 7, párrafo 1.º, del *Estatuto*.

¹¹ Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), p. 1042, párr. 3550.

¹² El Tribunal nombra, no obstante, como caso de distinción en este punto: el caso *Aleksovski* (*Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case IT-95-14/1-T, Judgement, 25 June 1999, párr. 67). Y, también, la opinión parcialmente disidente del Juez Shahabuddeen en el caso *Hadzihasanovic* ante el Tribunal de Apelación (*Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, Case IT-01-47-AR72, Decisión on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, párr. 32).

¹³ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 54.

¹⁴ *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Judgement, 15 mars 2006, párr. 75. Recogido, también y por último, en *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 293.

III. ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DEL MANDO

A. RELACIÓN ENTRE LA OMISIÓN DEL SUPERIOR Y LOS CRÍMENES COMETIDOS POR LOS SUBORDINADOS

En cuanto al carácter de esta responsabilidad por omisión, en reciente caso Oric se ha planteado por la defensa del acusado el que los crímenes «cometidos» por los subordinados se refieren sólo a los modos de «comisión» del artículo 7, párrafo 1.º, del Estatuto a modo de actos positivos, siguiendo una estrictísima interpretación de la expresión «haya sido cometido» del artículo 7, párrafo 2.º; no refiriéndose, por lo tanto, a otras formas de participación tales como la incitación, la ayuda o el aliento a la comisión de tales actos¹⁵.

Al respecto, siguiendo en particular el caso *Boskoski y Tarculovski*¹⁶, aunque con aclaraciones, el Tribunal subraya que la responsabilidad penal del superior según el artículo 7, párrafo 3.º, se refiere a los crímenes «cometidos», pero también se extiende a las demás formas de participación que señala el artículo 7, párrafo 1.º, en particular «incitar», «ayudar» y «alentar»¹⁷. El Tribunal continúa subrayando que la acción del subordinado no tiene que limitarse a una activa perpetración o participación, sino que también puede comprender la comisión por omisión¹⁸. Claro está que este último punto depende de que el subordinado esté obligado a actuar en términos de prevenir el resultado punible como, por ejemplo, en cumplimiento de una obligación resultado de una posición de responsable de la protección o custodia de personas (por ejemplo, de prisioneros de guerra o de detenidos¹⁹) o en atención a su cargo *de iure* o habiendo asumido tal función (por ejemplo, un bombero o un miembro de protección civil), o en virtud de un comportamiento previo que le obliga a prevenir las posibles consecuencias de sus actos (*actio libera in causa*)²⁰.

¹⁵ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 297.

¹⁶ *Prosecutor v. Boskoski and Tarculovski*, Case IT-04-82-PT, Decisión on Prosecution's Motion to Amend the Indictment, 26 May 2006., párrs. 18 y ss.

¹⁷ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 301.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 302.

¹⁹ Por ejemplo, según el artículo 13 de la *III Convención de Ginebra de 1949* o el artículo 11 del *Protocolo Adicional I de 1977*.

²⁰ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párrs. 304-305.

B. RELACIÓN SUPERIOR-SUBORDINADO

La jurisprudencia del Tribunal ha señalado que el elemento principal de la doctrina de la responsabilidad del mando se basa en el poder del superior de controlar los actos de sus subordinados²¹. Esto supone, en principio:

En primer lugar, que el propio artículo 7, párrafo 3.º, del *Estatuto* no diferencia entre «comandante» y «superior», como hará más tarde el artículo 28 del *Estatuto de Roma de 1998*, sino que utiliza la expresión genérica de «superior». De esta forma se incluye no sólo al militar al mando, sino también a líderes políticos y otros civiles en posesión de autoridad²².

En segundo lugar, en relación con el poder de control del superior, es indiferente si ese poder está basado en una posición de *iure* o *de facto*²³. El Tribunal lo señala de forma clara en el caso *Halilovic* cuando afirma que su jurisprudencia desde el caso *Celebici* ha interpretado los conceptos de mando y de subordinación en cierto sentido amplio. De esta forma, el «mando» no se fundamenta solo en una relación formal o estatus *de iure* (subordinación directa o formal), sino que puede estar basado en la existencia de poderes de control *de facto*²⁴. Este último punto es particularmente importante respecto de los conflictos armados contemporáneos en lo que se observa la autoproclamación *de facto* de gobiernos y/o de fuerzas armadas o grupos paramilitares²⁵.

Igualmente, hay que señalar que la mera naturaleza *ad hoc* o temporal de una unidad militar o de un grupo armado no excluye *per se* la relación de subordinación entre el miembro de la unidad o grupo y su comandante o líder²⁶. Esta afirmación se fundamenta en el propio artículo 87 («Debe-

²¹ Así quedó afirmado en particular en *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic and Esad Land'o (Celebici Case)*, Case IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001, párr. 377. Recientemente en: *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 57, y *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 307.

²² *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 308.

²³ Así se ha señalado desde el caso *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic and Esad Land'o (Celebici Case)*, Case IT-96-21-A, Judgement, 16 November 1998, párrs. 354, 370 y 736, confirmado por *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic and Esad Land'o (Celebici Case)*, Case IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, párrs. 195 y ss., al caso más reciente *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párrs. 58 y 60.

²⁴ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 60.

²⁵ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 309.

²⁶ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 61.

res de los jefes»), párrafo 1.º, del *Protocolo Adicional I de 1977* cuando señala que los jefes militares están obligados, «en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad», a impedir, reprimir o denunciar las infracciones del Derecho Internacional Humanitario. Así, esta responsabilidad se entiende, en primer lugar, respecto «los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes» pudiendo ser esta atribución de control dada de forma temporal y para una misión en concreto, independientemente de las que ya tenga atribuidas oficialmente en el ejercicio de su cargo²⁷. En segundo lugar, la expresión «las demás personas que se encuentren bajo su autoridad» indica, aunque no exclusivamente, situaciones referidas en particular a la de los territorios ocupados en los que el mando debe asegurar el orden público, entre otras tareas, y debe hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario en las tropas que operen en su sector²⁸.

En tercer lugar, queda afirmar que la prueba de la relación superior–subordinado depende, en última instancia, de la existencia del «efectivo control» o «habilidad material» que el superior tenga para prevenir o sancionar la comisión de los crímenes realizados por sus subordinados. En este importante punto, el caso *Oric* recoge la jurisprudencia anterior del Tribunal y aclara diversas cuestiones.

Lo primero es señalar el umbral a partir del cual podemos hablar de «efectivo control»²⁹. En este sentido, la «influencia general» o, incluso, la «influencia sustancial» y el haber coordinado distintas tareas o acciones no significa necesariamente tener «mando y control». Igualmente, el control «efectivo» no presupone que el superior tenga capacidad formal para dar órdenes o imponer sanciones disciplinarias, sino que depende más bien de una situación fáctica como, por ejemplo, la capacidad para que otros se atengan a determinadas normas y órdenes.

Lo segundo es preguntarse si el superior necesita identificar en concreto a los subordinados que presuntamente han cometido los crímenes³⁰. El caso *Oric*, siguiendo los casos *Krnjelac*, *Blaskic* y *Hadzihasanovic* en

²⁷ Así lo subraya el CICR en su Comentario al artículo 87.1.º del *Protocolo Adicional I*: «Un commandant peut se voir attribuer, pour une opération déterminée et pour un temps limité, un renfort constitué par des troupes qui ne sont, normalement, pas placées sous son commandement». Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), p. 1043, párr. 3554.

²⁸ *Ibidem*, párr. 3555.

²⁹ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 311. 13

³⁰ *Ibidem*.

este punto³¹, subraya que la prueba de la existencia de la relación superior-subordinado no requiere la identificación de aquéllos por nombre o por su número, sino que basta que los presuntos responsables de la comisión de los crímenes estuvieran en una unidad o grupo bajo su control.

Por último, el caso *Oric* recoge una lista de criterios indicativos de la existencia de autoridad en términos de «control efectivo», según vasta jurisprudencia anterior³². De este modo, en particular señala: la formalidad del procedimiento usado para nombrar al superior; el poder del superior de dar instrucciones o tomar medidas disciplinarias; el hecho de que el subordinado presente ante el superior mayor disciplina que cuando está aquél ausente; la capacidad del superior para transmitir informes a las autoridades competentes en relación con la adopción de determinadas medidas; la capacidad para firmar órdenes; o el perfil público del superior aunque no ejerza un control efectivo per se. Además, se deja claro que el control efectivo no presupone necesariamente un cierto rango; no se requiere, pues, que el superior generalmente ejerza las funciones de autoridad *de iure*.

Para terminar con el análisis de este requisito relativo a la relación superior-subordinado hay que hacer referencia a dos puntos de importancia. El primero que, aún no siendo novedoso, esperemos que la futura jurisprudencia del Tribunal/es tenga/n ocasión de analizar en mayor profundidad, es el relativo a la concurrencia de responsabilidad de varios superiores en cuanto a sus deberes de prevenir y de sancionar la comisión de violaciones del Derecho Internacional Humanitario. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal subraya que la responsabilidad penal individual del superior al mando no excluye la eventual concurrencia de responsabilidad de otros superiores³³. No obstante, si el superior ha actuado en calidad de miembro de un órgano colegiado (autoridad compartida) la responsabilidad de un acusado ha de establecerse caso por caso en atención al efecto cumulativo de las distintas funciones que desempeñe³⁴.

³¹ *Prosecutor v. Minorad Krnojelac*, Case IT-97-25-PT, Decisión on the Defence Preliminary Motion on the Form of the Indictment, 24 February 1999, párr. 46; *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case IT-95-14-A, Judgement, 29 July 2004, párr. 217; y, *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-01-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párr. 90.

³² *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 312.

³³ *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case IT-95-14-T, Judgement, 3 March 2000, párrs. 296, 302, y 303; *Prosecutor v. Minorad Krnojelac*, Case IT-97-25-T, Judgement, párr. 93; *Prosecutor v. Mladen Naletilic (aka «Tuta») and Vinko Martinovic (aka «Stela»)*, Case IT-98-34-T, Judgement, 31 March 2003, párr. 69; y, *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 62.

³⁴ *Vid.* en particular, *Prosecutor v. Radoslav Brdanin*, Case IT-99-36-T, Judgment, 1 September 2004, párr. 277, y *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Case IT-97-24-T, Judgment, 29 October 2003, párr. 494.

El segundo punto que, ciertamente, sí que es novedoso y que ha recibido distintas respuestas a nivel jurisprudencial y doctrinal, es el que se refiere a la relación temporal entre la comisión de los crímenes por los subordinados y el ejercicio del control efectivo sobre ellos por parte del superior; es decir, la eventual aplicación de la doctrina de la responsabilidad del mando por crímenes cometidos antes de que existiera la relación superior-subordinado.

Esta interesante cuestión se ha planteado en el caso *Hadzihasanovic* ante la Sala de Apelaciones del Tribunal³⁵. Uno de los apelantes, *Kubura*, tomó el mando de una brigada de las fuerzas bosnias el 1 de abril de 1993 y se le acusa de crímenes cometidos por personas que no eran sus subordinados en el momento de cometer los actos (asesinatos, y destrucción y saqueo de propiedad)³⁶. Los apelantes argumentan que no hay fundamento convencional o consuetudinario que sostenga la responsabilidad del comandante en esa circunstancia³⁷. Por su parte, la Fiscalía respondió, citando el caso *Kordic*, que el hecho determinante de la responsabilidad no es quién estaba al mando en el momento de cometerse los crímenes, sino que cuando el comandante se dio cuenta de los crímenes no tomó las medidas razonables y necesarias para castigar la violación³⁸. La Sala de Apelaciones examinó el derecho consuetudinario al respecto, pero no encontró ni práctica estatal ni *opinio iuris* que sostengan que un comandante pueda ser responsable por crímenes cometidos por un subordinado antes de que él asumiera el mando sobre ese subordinado³⁹. Es mas, la Sala de Apelaciones considera que hay indicaciones que militan contra la existencia de una norma consuetudinaria que establezca tal responsabilidad internacional como son las expresiones «en razón de las circunstancias del momento» y «que el subordinado estaba cometiendo o se proponía (iba a) cometer (los crímenes)» que se encuentran en el artículo 28 del *Estatuto de Roma de 1998*, el artículo 6 del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 48.º periodo de sesiones, y el artículo 86.2.º del Protocolo I; igualmente se cita el caso *Kuntze* ante el Tribunal de Nuremberg⁴⁰. Finalmente, concluye:

³⁵ *Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, Decisión on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility, 16 July 2003, párr. 3.

³⁶ *Ibidem*, párrs. 38 y 39.

³⁷ *Ibidem*, párr. 41.

³⁸ *Ibidem*, párr. 43.

³⁹ *Ibidem*, párr. 45.

⁴⁰ *Ibidem*, párrs. 46-50.

«Having examined the above authorities, the Appeals Chamber holds that an accused cannot be charged under Article 7(3) of the Statute for crimes committed by a subordinate before the said accused assumed command over that subordinate. The Appeals Chamber is aware that views on this issue may differ. However, the Appeals Chamber holds the view that this Tribunal can impose criminal responsibility only if the crime charged was clearly established under customary law at the time that events in issue occurred. In case of doubt, criminal responsibility cannot be found to exist, thereby preserving full respect for the principle of legality.»⁴¹

Esta decisión contiene dos rotundas opiniones disidentes con respecto a esta conclusión. El Juez Shahabuddeen se pregunta, en primer lugar, si la doctrina de la responsabilidad del mando se puede aplicar al caso que estamos planteando⁴². De este modo, partiendo de las reglas de interpretación dadas en la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969*, señala que negar la aplicación de la doctrina de la responsabilidad del mando en este caso concreto iría en contra del objeto y propósito de las disposiciones esenciales del *Protocolo I de 1977*⁴³. En relación con el artículo 28 del *Estatuto de Roma*, el Juez señala que el Estatuto no debe ser considerado como una declaración exhaustiva del derecho consuetudinario en esta materia, argumentando que si una situación particular se omite en el Estatuto, esto no supone que no se recoja en derecho consuetudinario⁴⁴. Igualmente, en relación con la referencia al *Protocolo Adicional I*, el Juez subraya que el artículo 86 debe de leerse en inmediata relación con el artículo 87 dirigido particularmente a los Estados y a las Partes en conflicto, de tal manera que sus párrafos 2.º y 3.º, respectivamente, comprenden una obligación para el nuevo comandante que tenga conocimiento de que un subordinado ha cometido una infracción del Derecho Internacional Humanitario de iniciar los pasos necesarios para promover una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones⁴⁵. Por último, el Juez insiste en la distinción entre la responsabilidad directa y la responsabilidad del mando, señalando que esta última se genera por la falta del superior de tomar las acciones correctivas pertinentes respecto a un crimen cometido

⁴¹ *Ibidem*, párr. 51.

⁴² Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, párr. 8 y ss.

⁴³ *Ibidem*, párr. 15.

⁴⁴ *Ibidem*, párrs. 20 y 38.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 25.

por otro, y esto, en modo alguno, convierte al superior en parte del crimen cometido por aquél⁴⁶.

Por su parte, el Juez Hunt adopta una línea argumental similar al Juez Shahabuddeen. El Juez subraya, sobre la base de los principios recogidos en los manuales de instrucción de Estados Unidos y de Reino Unido inspirados en el caso *Yamashita*, que la ausencia de una práctica estatal que apoye la doctrina de la responsabilidad del mando en el caso que estamos planteando es irrelevante si esta situación se inserta razonablemente dentro de un principio que ha sido aceptado como derecho internacional consuetudinario⁴⁷. Igualmente, como el Juez Shahabudden, el Juez Hunt encuentra apoyo en el artículo 86.2.º del *Protocolo I* argumentando que la interpretación dada a esta cuestión por la mayoría (Juez Meron, Juez Pocar y Juez Güney) dejaría un «vacío importante» en la protección que el Derecho Internacional Humanitario proporciona a las víctimas de los crímenes cometidos contrarios al mismo⁴⁸.

También, el Juez Hunt hace hincapié en que la mayoría, anclando el deber de sancionar a la existencia de la relación superior-subordinado en el momento en el que el subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tales actos, une el deber de prevenir y el deber de sancionar en un único deber, cuando son dos deberes distintos y separados⁴⁹. Asimismo, el mencionado Juez no acepta que el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 48.º periodo de sesiones y el *Estatuto de Roma de 1998* militen en contra de la aplicación del principio de la responsabilidad del superior a la situación particular tratada en la apelación, basándose sobre todo en el hecho de que ni el *Proyecto* ni el *Estatuto* constituyen a día de hoy reflejo de la práctica estatal en cuanto a la identificación de derecho consuetudinario⁵⁰.

Por último, hay que destacar el *Addendum* final del Juez Hunt en el que recurre a la aplicación de la Cláusula Martens y de sus principios de humanidad y los «dictados de la conciencia pública» para resolver la duda de la falta de rigor o de precisión del ámbito y la finalidad de la costumbre internacional en su aplicación a una nueva situación, como es la que nos trae en causa⁵¹. Como ejemplo de la aplicación de un principio de

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 33.

⁴⁷ Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Hunt, párr. 13.

⁴⁸ *Ibidem*, párrs. 22 y 24.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 23.

⁵⁰ *Ibidem*, párrs. 25-33, en particular párrs. 26 y 30-32.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 40.

derecho internacional consuetudinario a una particular y nueva situación, el Juez trae a colación el caso *Shimoda* en el que se discutió sobre la licitud en Derecho Internacional de la utilización por Estados Unidos de América de la bomba atómica sobre Hiroshima y Nagasaki en 1945⁵². En este caso el Gobierno japonés argumentó que el uso de la bomba atómica no estaba expresamente regulado en Derecho Internacional positivo⁵³. El Tribunal contesta que, en relación con la licitud o no de una nueva arma, aquélla habrá de evaluarse no solo teniendo en cuenta si existe una norma expresa que la prohíba directamente, sino que también ha de considerarse si esa prohibición está implícita en la interpretación y la aplicación por analogía de otras normas existentes de Derecho Internacional, fruto del derecho convencional, consuetudinario, y de los principios de Derecho Internacional⁵⁴.

Sin duda, la evaluación doctrinal de esta decisión judicial también ha dado lugar a dos claras tendencias, concordantes⁵⁵ o no⁵⁶ con la decisión, y a quienes mantienen una línea neutral argumentando que se trata de un área del Derecho Internacional Humanitario que necesita una mayor aclaración⁵⁷.

Finalmente, la Sala de Primera Instancia en este caso *Hadzihasanovic* ha hecho suya una consideración de naturaleza pragmática avanzada por el Juez Shahabuddeen en su opinión disidente para subrayar que, debido a los cambios constantes en el mando que se producen en el devenir de un conflicto armado, los crímenes que se hayan cometido en estadios previos a que el nuevo comandante asuma efectivamente el mando corren el riesgo de quedar impunes y acude –en mi opinión– a los fundamentos de la Institución militar ya subrayados en el Comentario del C.I.C.R. del artículo

⁵² *Shimoda et al v. the State of Japan* («*The Shimoda case*»), Tokyo District Court, Judgement of 7 December 1963, en: FRIEDMAN, Leon, *The Law of War: A Documentary History* (1972), vol. II, Random House, pp. 1688-1702.

⁵³ *Ibidem*, p. 1690.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ GREENWOOD, Christopher, «Command Responsibility and the Hadzihasanovic Decisión», *Journal of International Criminal Justice* (2004), june, pp. 598-605; JIA, Bing Bing, «The Doctrine of Command Responsibility Revisited», 3 *Chinese Journal of International Law* (2004), pp. 36-40.

⁵⁶ FOX, Carol T., «Closing a Loophole in Accountability for War Crimes: Successor Commanders' Duty to Punish Known Past Offenses», *Case Western Reserve Law Review*, winter (2004), pp. 433-500.

⁵⁷ GARRAWAY, Charles H. B., «Responsibility of Command. A Poisoned Chalice?», en: ARNOLD, Roberta y HILDBRAND, Pierre-Antoine (eds.), *International Humanitarian Law and the 21st. Century's Conflicts. Changes and Challenges* (2005), Editions Internationales Suisses, Série Argents, n.º 4, pp. 117-138, en particular pp.125-138 en cuanto al caso *Hadzihasanovic*.

87 (Deberes de los Jefes) del *Protocolo I*⁵⁸, para situarse a favor de la eventual responsabilidad del nuevo jefe que no toma las medidas sancionadoras necesarias para castigar los crímenes cometidos con anterioridad a su asunción del cargo, y concluir que:

«(...) Force est de constater qu'en ce cas (situación de impunidad), la logique militaire, laquelle a pour but de faire régner l'ordre interne et la discipline nécessaires au fonctionnement des forces armées, et dont le devoir de punir est le corollaire, reste en défaut de pouvoir atteindre ses objectifs.»⁵⁹

No obstante esta clara posición –que comparte la que suscribe–, el Tribunal se manifiesta tres meses y medio después en el caso *Oric* de forma confusa cuando, por un lado, tras subrayar la distinta naturaleza del deber de prevenir y del deber de castigar y, respecto de este último, señalar que el superior tiene el deber de castigar ya que no ha tenido la capacidad para prevenirlo debido a su falta de control o conocimiento, que:

«(...) it seems only logical that such an obligation *would also extend* to the situation wherein *there has been a change of command following the commission of a crime by a subordinate*. The new commander in such case, now exercising power over his or her subordinates and being made aware of their crimes committed *prior to the change of command, for the sake of coherent prevention and control, should not let them go unpunished*. This is best understood by realising that a superior's duty to punish is not derived from a failure to prevent the crime, but rather is a subsidiary duty of its own. *The cohesive interlinking of preventing and punishing would be disrupted if the latter were made dependent on the superior's control at the time of commission of the crimes*. Consequently, *for a superior's duty to punish, it should be immaterial whether he or she had assumed control over the relevant subordinates prior to their committing of the crime.*»⁶⁰

⁵⁸ Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), p. 1046, párr. 3549 y ss.

⁵⁹ *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párr. 119 *in fine*.

⁶⁰ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 335. El subrayado es nuestro.

Inmediatamente a continuación, el Tribunal afirma que se encuentra obligado a requerir en relación con el deber de castigar que el superior haya tenido un control efectivo sobre los subordinados que han cometido los crímenes tanto en el momento de su comisión como en el momento de tomar medidas sancionadoras contra los mismos⁶¹. Dicha afirmación, por lo tanto, constituye –a mi entender– una contradicción sin fundamento a todo lo dicho anteriormente en el caso de referencia.

C. MENS REA: «CONOCÍA O TENÍA RAZONES PARA CONOCER»

El elemento moral consiste en que el superior conocía o tenía razones para conocer la comisión de las infracciones por razón de la posición que ostenta. Esto quiere decir este reconcomiento general supone que el artículo 7.3.º del Estatuto solo requiere que el superior al mando o bien conociera o que, en segundo lugar, tenga razón para conocer que sus subordinados estuvieran a punto de cometer un crimen. De esta forma, siguiendo el caso *Oric*, basado en jurisprudencia anterior, distinguimos entre⁶²:

a) Conocimiento real

El conocimiento real del superior al mando en el sentido de estar al tanto de que sus subordinados hayan cometido un crimen no ha de presumirse por sí solo y, por lo tanto, ha de ser establecido a través de evidencias circunstanciales cuyos parámetros pueden ser de diverso tipo, como nos ilustran los casos *Halilovic*, *Hadzihasanovic* y *Oric*⁶³, a saber: la calificación, amplitud y el ámbito de los actos ilícitos cometidos; el momento y lugar en los que han ocurrido; la graduación, especialidad y número de oficiales y tropa envuelta; la forma y táctica de actuación utilizada y eventual *modus operandi* precedente; y, finalmente, la ubicación del superior al mando en ese momento.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párrs. 319-324.

⁶³ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 66; *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Judgement, 15 mars 2006, párr. 94; y, *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 319.

b) Conocimiento presunto

En este caso, el factor predominante no es el conocimiento real que el superior tuviera, sino que su responsabilidad deriva de haber tenido «razones para conocer» a través de la información que, en virtud de su posición y según sus competencias, pudiera tener sobre lo que estuviera a punto de pasar o acabase de pasar⁶⁴.

En este sentido, es de especial importancia que el superior estuviera en posesión de información que le alertara de actos criminales cometidos o a punto de cometerse por sus subordinados⁶⁵. De nuevo, los casos *Halilovic*, *Hadzihasanovic* y *Oric* subrayan el carácter de dicha información de esta forma⁶⁶: en principio, no reviste importancia ni es relevante para el Tribunal que el superior haya solicitado la información o esté en posesión de la misma, sino que basta para generar su responsabilidad que la información a su disposición pudiera dar lugar a la necesidad de abrir una investigación relativa a conocer las infracciones que se estén cometiendo o a punto de cometer. En otras palabras, el Tribunal pone hincapié en el contenido de la información más que en su tratamiento formal; en este sentido, el superior debe leer y estudiar la información que tiene a su disposición para, en su caso, solicitar información adicional o, de otro, activar las medidas necesarias y razonables para frenar las infracciones cometidas o a punto de cometerse. Lo que no puede hacer el superior al mando es no hacer nada o «esconder la cabeza» (*wilfully blind*)⁶⁷.

En cuanto al tipo de información, el Tribunal no considera relevante si aquélla es oral o escrita, y no da importancia a la forma por la que le ha sido transmitida al superior; no necesita ser un informe específico, por ejemplo⁶⁸. De esta forma, se señalan ejemplos de cauces de información por los que un superior al mando puede adquirir conocimiento de que la conducta de sus subordinados puede entrañar el riesgo de conducta cri-

⁶⁴ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 321.

⁶⁵ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 68; *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 322.

⁶⁶ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párrs. 68-69; *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párr. 102 y ss.; y, *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 322. Vid. también al respecto, Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), p. 1037-1038, párr. 3545.

⁶⁷ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 69.

⁶⁸ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 323.

minial⁶⁹: el carácter notoriamente violento o inestable del subordinado; el que haya bebido antes de ser enviado a una misión; el grado de formación o entrenamiento del subordinado; sus hábitos o el desarrollo de su carácter. A mi entender, estas altas cuotas de supervisión supondrán que el superior al mando debe de estar vigilante a extremos tales que lleven a convertirle en un policía/psicólogo/padre, cuestión además de difícil puesta en práctica si pensamos en el alto número de subordinados que tendrá, generalmente, bajo su mando.

Por último, un punto importante que nos señala el caso *Hadzihasanovic* es el análisis de la cuestión de saber si el conocimiento del superior jerárquico de una infracción previamente cometida por sus subordinados es suficiente para advertir que otra infracción está a punto de ser cometida⁷⁰. Al respecto, y pese a las posiciones de las partes y a la jurisprudencia anterior, el Tribunal considera que el conocimiento previo de un superior en este sentido debe interpretarse de forma limitada en la medida en que se deriva de una situación de repetición de conductas criminales y de un cuadro de circunstancias tales que estas conductas no podían desarrollarse de forma aislada cometidas por un mismo grupo identificable de subordinados⁷¹.

D. OMISIÓN DE PREVENIR O CASTIGAR

Para incurrir en la responsabilidad penal individual prescrita en el artículo 7.3.º del *Estatuto*, el superior que conocía o tenía razones para conocer que el subordinado se aprestaba a cometer una infracción, o ya lo hizo, debe de haber «omitido tomar las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores». De esta manera, el superior no es responsable por la omisión de adquirir el

⁶⁹ *Ibidem*; *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párr. 100. Una cuestión de interés que se ha planteado varios casos ante el Tribunal (*vid.* este último caso mencionado en esta nota en su párrafo 100, nota a pie de página n.º 199) es la de si el hecho de que el superior tome medidas preventivas de orden general como, por ejemplo, la emisión de órdenes dirigidas al respeto del Derecho Internacional Humanitario, demuestra que aquél tenía razones para saber que sus subordinados iban a cometer crímenes. En principio no –señala el Tribunal–, a menos que de dichas órdenes se infiera o se exprese que se han impartido precisamente para evitar dichas eventuales infracciones, lo cual demostrará el grado de conocimiento del asunto por el superior al mando.

⁷⁰ *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párr. 102 y ss.

⁷¹ *Ibidem*, párrs. 117-119.

suficiente conocimiento sobre la conducta criminal de sus subordinados, sino por no reaccionar apropiadamente en orden a prevenir o castigar tales crímenes⁷².

En tanto que modalidad de responsabilidad por omisión, la responsabilidad penal del superior presupone una obligación⁷³, cuyo objetivo es: uno, la prevención de los crímenes que los subordinados fueran a cometer y, dos, el castigo de los subordinados que hubieran ya cometido un crimen. Esta obligación no es alternativa, de forma que permita al superior elegir prevenir la comisión de un crimen o, una vez cometido, entonces castigarlo⁷⁴. Muy al contrario, esta obligación es consecutiva, es decir, el primer deber de un superior es intervenir tan pronto como conoce que se van a cometer tales crímenes y, solo si conoce de la comisión de estos crímenes una vez realizados, entonces tiene el deber de castigarlos. Se trata, en definitiva, de dos deberes distintos pero relacionados⁷⁵.

En relación con la omisión de la obligación de prevenir o castigar que tiene el superior jerárquico que controla a sus subordinados y que conocía o tenía razones para conocer la comisión de las infracciones, el caso *Hadzihasanovic* examina el alcance de la adopción de las «medidas necesarias y razonables» para prevenir o castigar tales infracciones, tal y como exige el artículo 7.3.º del *Estatuto*. De esta manera, siguiendo jurisprudencia anterior, señala que el superior debe tener una «capacidad material» (siendo indiferente su estatus formal) de actuar real (no se puede obligar a un superior a hacer lo imposible), cuestión que debe apreciarse caso por caso en función de las circunstancias que rodeen el asunto, es decir, que se trata en definitiva de un asunto de prueba⁷⁶. Por su parte, el caso *Oric* examina con detenimiento ambos deberes y la correlativa adopción de medidas necesarias y razonables apoyándose en jurisprudencia anterior⁷⁷, que pasamos a señalar:

⁷² *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 325.

⁷³ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 38.

⁷⁴ *Prosecutor v. Thomir Blaskic*, Case IT-95-14-T, Judgement, 3 March 2000, párr. 336; *Prosecutor v. Fatmir Limaj et al*, Cse IT-03-66-T, Judgement, 30 November 2005, párr. 527; *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Case ICTR-97-20-T, Judgement and Sentence, 15 May 2003, párr. 407; *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Case IT-01-42, Judgement, 31 January 2005, párr. 373.

⁷⁵ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 326.

⁷⁶ *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párrs. 122-124; y *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 331.

⁷⁷ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párrs. 327-336.

a) Medidas necesarias y razonables para prevenir la comisión de infracciones

El deber de adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir crímenes que van a cometerse presupone que el superior esté en una posición de adoptarlas previamente o, al menos, durante la comisión de los crímenes. Esto implica que el superior, tan pronto como tenga efectivo control sobre sus subordinados y conoce o tenía razones para conocer de la comisión de los crímenes, debe reaccionar con la adopción de determinadas medidas.

Al respecto, el caso *Hadzihasanovic* analiza en qué medida debe haber un vínculo de causalidad entre la comisión de las infracciones y la omisión de la obligación de prevenir por el superior al mando. El Tribunal concluye, primero, que el superior que ejerce un control efectivo sobre sus subordinados, que tiene razones para saber que aquéllos están a punto de cometer infracciones y que no toma las medidas necesarias y razonables para impedir las, es responsable puesto que, por un lado, su omisión ha creado o aumentado el riesgo real y razonablemente previsible de que estas infracciones sean cometidas, riesgo que él ha aceptado de buen grado y, por otro, este riesgo se ha manifestado efectivamente en la comisión de tales infracciones⁷⁸. En segundo lugar, el Tribunal señala que la existencia de un vínculo entre la omisión del superior y las infracciones se presume, de tal forma que corresponde al acusado refutar tal vínculo⁷⁹.

Una cuestión controvertida es señalar el estadio del proceso de comisión del crimen en el que el superior debe actuar. En este punto, el caso *Hadzihasanovic* entiende que solo la comisión completa de un crimen debe ser previsto, aunque el Tribunal en el caso *Oric* comenta que hay cierta confusión al respecto en el citado caso⁸⁰. Por su parte, otras decisiones judiciales entienden que el deber de prevenir existe en cualquier estadio antes de la comisión del crimen como, por ejemplo, cuando está siendo preparado o planeado⁸¹, y así lo confirma el caso *Oric*⁸².

En cuanto al tipo de medidas que el superior debe tomar en orden a prevenir el crimen de sus subordinados, el caso *Oric* advierte que aqué-

⁷⁸ *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párr. 193.

⁷⁹ *Ibidem*, in fine.

⁸⁰ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 331., párr. 328 y nota a pie de página n.º 942.

⁸¹ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 38.

⁸² *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 328.

llas variarán según las circunstancias que rodeen cada caso pero que, no obstante, da cuatro criterios basados en jurisprudencia anterior⁸³: primero, a un superior no se le puede exigir más responsabilidad que el poder real que tiene, de tal modo que la clase de medidas que podrá tomar dependerá del grado de efectivo control que tenga sobre la conducta de sus subordinados en el momento en que se espera que actúe; segundo, para ser eficiente, un superior debe tomar todas las medidas necesarias y razonables para prevenir que sus subordinados planeen, preparen o ejecuten infracciones, y aquéllas medidas pueden variar caso a caso; tercero, el superior ha de estar más alerta y ser más rápido en su reacción cuanto más inminentes y graves parezcan los potenciales crímenes; y, cuarto, la obligación del superior se limita actuar apropiadamente en atención a las condiciones existentes, es decir, el superior no está obligado a hacer lo imposible.

Igualmente, el caso *Oric*, siguiendo el caso *Halilovic* y el caso *Hadzihasanovic*⁸⁴, subraya que este deber de prevenir no se fundamenta sencillamente en la obligación general que corresponde a todo militar al mando de asegurar que sus tropas respeten el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados y de advertirlos de la responsabilidad que recaerá sobre ellos en caso contrario, sino que va más allá, centrándose en la obligación que recae en el superior de actuar con diligencia y, por ello, de adoptar todas las medidas necesarias, razonables y posibles para prevenir eventuales actividades criminales de sus subordinados.

Con esta finalidad, el caso *Oric* nos ilustra sobre determinadas medidas que son necesarias y razonables para prever la comisión de crímenes por los subordinados, a saber: primero, más allá de las instrucciones rutinarias, el superior debe de dar órdenes concretas dirigidas al más estricto cumplimiento por sus subordinados de las prescripciones del Derecho Internacional Humanitario; y, segundo, el superior puede investigar, llamar la atención, criticar, tomar medidas disciplinarias, presentar informes o dirigirse a su superior jerárquico en relación con la adopción de medidas para prevenir los crímenes de los que tiene conocimiento. Tales medidas pueden ser requeridas al superior jerárquico, incluso en el caso de carecer éste de competencia legal o formal de poder llevarlas a cabo. Esto supone que la responsabilidad del superior al mando se enfoque desde el punto de

⁸³ *Ibidem*, párr. 329.

⁸⁴ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 79 y ss., y *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párrs. 145 y ss.

vista de su capacidad material o habilidad personal de efectivo control, en vez de fijarse en el rango formal.

Por último, el caso *Hadzihasanovic* analiza el deber del superior al mando de prevenir la repetición de actos similares preguntándose si este deber se refiere solo a aquellos subordinados autores de actos ilícitos o si se extiende a todo el conjunto de subordinados bajo el mando del superior. Sobre la base de jurisprudencia anterior⁸⁵, el Tribunal entiende que el deber de prevenir la repetición de actos similares, fundado sobre un conocimiento previo del superior, debe ser interpretado en el sentido de aplicarse solo a un grupo identificado de subordinados, ya autores de actos ilícitos en el pasado⁸⁶.

b) Medidas necesarias y razonables para castigar la comisión de infracciones

En relación con la obligación de castigar, se trata de una obligación que se responde a la lógica militar que tiene por objeto hacer reinar el orden interno y la disciplina necesarias para el funcionamiento de las fuerzas armadas⁸⁷. En este sentido, el Comentario del C.I.C.R. al artículo 87.3.º del *Protocolo Adicional I* cuando señala el deber de los superiores al mando de que «(...), en caso necesario, promueva(n) una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones» reafirma que este deber lo asumen en tanto que autoridad apta para ejercer el control sobre la tropa y las acciones de éstas. Los comandantes al mando –continúa el Comentario– pueden mejor que nadie prevenir las infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario creando un espíritu apropiado, velando por el uso racional de los medios de combate y manteniendo la disciplina⁸⁸.

Como ya se ha señalado anteriormente, el deber de castigar es un deber subsidiario que se convierte en relevante cuando el superior conoce del cri-

⁸⁵ En concreto, se refiere al caso *Krnjelac*, *Le Procureur v. Milorad Krnjelac*, Affaire IT-97-25-A, Arrêt, 17 septembre 2003, y también a dos casos tras la segunda guerra mundial: *Trial of Major Karl Rauer and six others*, Reports of Trials of War Criminals, vol. 4, case number 23, 1947, y *United States v. Wilhelm List et al.*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N.º 10, vol. XI, US. Govt. Printing Office, Washington, 1950.

⁸⁶ *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-01-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párr. 169.

⁸⁷ *Ibidem*, párr. 171.

⁸⁸ Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), p. 1046, párr. 3560.

men de su subordinado después de su comisión⁸⁹. Al respecto, el caso *Oric* deja un tanto perpleja a la que suscribe cuando afirma que, si un superior tenía conocimiento de que un crimen se estaba cometiendo puede ser responsable tanto por no prevenirlo a tiempo como de no castigarlo después⁹⁰, en absoluta contradicción con afirmaciones anteriores en esta misma decisión judicial que señalaban que se tratan de dos deberes distintos que son consecutivos y correlativos en el tiempo⁹¹, y que atenta –entendiendo– contra principios esenciales del Derecho Penal dirigidos a impedir el doble castigo.

En relación con este deber de castigar, el caso *Oric* señala dos cuestiones de interés. La primera, relativa al estadio del proceso de comisión del crimen en el que el superior debe actuar imponiendo la sanción; la segunda, es aquella relativa a la posición que el superior debe ostentar en el tiempo⁹², cuestión última que ya hemos comentado y a la que me remito⁹³.

Así, en cuanto a la primera cuestión, el artículo 7.3.º del *Estatuto* da a entender que presupone que el crimen debe estar cometido completamente. Pero esto no quiere decir que solamente el grado de consumación puede ser sancionado dado que el artículo 7.3.º viene a referirse al artículo 7.1.º del *Estatuto* al decir que no se restringe la participación en crímenes exclusivamente a actos en grado de consumación sino que se incluyen aquellos comprometidos en planificar y preparar, debiéndose probar que estas actividades preparatorias conlleven al grado de consumación. Esto significa que el superior ha de castigar a aquellos subordinados que contribuyen a la causa principal con su participación en la planificación y la preparación.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal ha ido estableciendo algunos ejemplos de medidas punitivas que se recuerdan en el caso *Hadzihasanovic*, en el caso *Halilovic* y en el caso *Oric*⁹⁴, pero que también ya se

⁸⁹ *Vid.* comienzo del apartado D. (Omisión de prevenir o castigar) de este estudio, y, en particular, el caso *Oric*, *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 326.

⁹⁰ «As stated previously, the duty to punish is a subsidiary duty that becomes relevant when the superior learns of the crime of a subordinate after its commission. *If a superior, however, was already aware fo the crime while it was ongoing, he or she can be found responsible both for the failure to prevent the crime and for not having punished it.*» *Ibidem*, párr. 332. El subrayado es nuestro.

⁹¹ *Ibidem*, párr. 326.

⁹² *Ibidem*, párr. 333.

⁹³ *Vid.* apartado B. (Relación superior-subordinado) de este trabajo.

⁹⁴ *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Judgement, 15 mars 2006, párrs. 173-178; *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párrs. 97-100; y, *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 336.

adelantaban en el Comentario del C.I.C.R. al artículo 87.3.º del *Protocolo I*⁹⁵, y que señalamos. Partiendo de que este deber de castigar comienza solo cuando el superior tiene elementos de sospecha suficiente de la comisión de un crimen por parte de un subordinado, el superior tiene que ordenar la toma de apropiadas medidas o sanciones y, en caso de no estar en condiciones de hacerlo, abrir una investigación que establezca los hechos con el fin último de asegurar que los infractores bajo su efectivo control puedan ser enjuiciados. Esta investigación no ha de ser conducida por el superior en persona, pero ha de asegurar que su desarrollo sea correcto y emitir informes a los superiores competentes al respecto. Al igual que ocurre con el deber de prevenir, la falta de competencias de iure del superior no le exime de la responsabilidad de perseguir dependiendo de su habilidad o efectivo control de facto. Dado que el deber de sancionar pretende prevenir futuras violaciones, la responsabilidad del superior también puede derivarse de su previa falta de crear o mantener un ambiente de disciplina y de respeto al Derecho.

IV. CONCLUSIÓN

Durante la época de la guerra de Vietnam, en discusiones relativas a la doctrina de la responsabilidad del mando, el Prof. O'Brien señalaba que el Derecho Internacional Humanitario es «una cambiante y compleja rama del Derecho que requiere una constante reevaluación»⁹⁶. Y cierto es que, aún hoy en día, sigue siéndolo.

Este breve estudio de la doctrina de la responsabilidad del mando a través de las más recientes decisiones judiciales del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia ha puesto de manifiesto precisamente la falta de claridad del tratamiento jurisprudencial de esta materia que, incluso, aprecia contradicciones evidentes dentro de las propias decisiones. Además, encontramos desacuerdos entre los distintos casos tratados en relación con aspectos sustanciales del tema objeto de estudio, tales como el relativo al ámbito temporal de la asunción del mando y las conductas criminales de quienes aún no eran subordinados; y con opiniones disidentes rotundas en contenido y relevantes en cuanto al número de jueces disiden-

⁹⁵ Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), p. 1047, párr. 3562.

⁹⁶ O'BRIEN, William, «The Law of War, Command Responsibility and Vietnam», *Georgetown Law Journal* (1971-1972), p. 608 (Traducción libre de la autora).

tes. En esencia, hay pocas líneas que representen una uniformidad de criterio a la hora de definir el tipo delictivo, la actuación (adopción de medidas) del superior al mando en su deber de prevenir y de castigar a sus subordinados, y la definición más concreta de la culpabilidad por omisión respecto de estadios previos a la comisión efectiva del crimen.

Esta conclusión es, sin duda, alarmante ya que como señalaba el Mayor William H. Parks del Ejército norteamericano en 1973, recordando la masacre en May Lai, «el papel de un comandante es el de un solitario, su autoridad puede ser delegada, pero no su responsabilidad. Aceptando ésto, un oficial carga con una gran responsabilidad: aquélla de velar por sus tropas, que estén bien equipadas, de moral, disciplina y logística; aquélla del entrenamiento táctico; la responsabilidad para la coordinación y la cooperación con otras unidades; y, finalmente, la responsabilidad para acometer su misión. No se le juzga menos por su responsabilidad de llevar a cabo la misión dentro de las limitaciones del Derecho de la Guerra que en el ejercicio del control de sus subordinados para asegurar su efectividad»⁹⁷.

Tras 100 años de la Segunda Conferencia de la Paz de La Haya (1907-2007), el superior al mando continúa siendo el guardián del Derecho Internacional Humanitario dentro del más alto grado del concepto de «mando responsable», como han señalado los casos *Halilovic* y *Hadzihasanovic* con claridad y contundencia⁹⁸. El desarrollo casuístico enjuiciado a través de la jurisprudencia internacional, sin duda, no le han hecho favores a su cometido.

Quizás, la mejor forma de prevención de eventuales crímenes contra la comunidad internacional esté en la formación y enseñanza del Derecho Internacional Humanitario, como ya lo había subrayado el Comentario del C.I.C.R. al artículo 87.2.º del *Protocolo Adicional I de 1977* que exige que «los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo»⁹⁹. Y ésta no es una afirmación gratuita,

⁹⁷ PARKS, William H., «Command Responsibility for War Crimes», 62 *Military Law Review* (1973), p. 102 (Traducción libre de la autora).

⁹⁸ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 39; *Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, Decisión on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility, 16 July 2003, párr. 22; y, *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-01-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párrs. 145-151.

⁹⁹ Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), pp. 1044-1045, párrs. 3557-3558.

pues ya se encuentra anclada en el más auténtico espíritu castrense, como declaró el General MacArthur cuando asevera que el respeto del Derecho Internacional Humanitario es una parte esencial del código de conducta de cualquier militar:

«The soldier, be he friend or foe, is charged with the protection of the weak and unarmed. It is the very essence and reason for his being. When he violates this sacred trust he not only profanes his entire cult but threatens the very fabric of international society. The traditions of fighting men are long and honorable. They are based upon the noblest of human traits-sacrifice»¹⁰⁰.

¹⁰⁰ LAEL, Richard L., *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility*, Wilmington, Del.: Scholarly Resources (1982), p. 118, citando palabras del General MacArthur en relación con la sentencia en el caso *Yamashita*.

EL DESARROLLO EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL DE LA COAUTORÍA MEDIATA:

**Del Caso Stakic contra el Presidente de la Región de Prijedor ante el
Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia a los Casos
Katanga, Ngudjolo y Bemba contra los Comandantes en Jefe de las
Milicias FRPI y FNI y el Ex Vicepresidente de la República
Democrática del Congo ante la Corte Penal Internacional**

*Héctor Olásolo**

I. INTRODUCCIÓN

Hace apenas una semana, el 30 de septiembre de 2008, la Sala de Cuestiones Preliminares («SCP») I de la Corte Penal Internacional («Corte») emitía la versión pública de la decisión de confirmación de cargos en el caso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui («decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga»)¹. En la misma se afir-

* El autor es doctor en derecho, letrado de Sala de la Corte Penal Internacional y profesor titular en el departamento de derecho penal y procesal penal de la Universidad de Utrecht. El ha sido miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria para el establecimiento de la Corte Penal Internacional (1999-2002) y letrado de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Las opiniones expresadas en este artículo son aquellas personales del autor y no se corresponden necesariamente con aquellas de la Corte Penal Internacional, del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia o de las Naciones Unidas en general, o del gobierno español.

¹ Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/07-717, emitida por la SCP I en el caso *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* el 30 de septiembre de 2008 (disponible en <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-07-717-ENG.pdf>).

maba la existencia de «pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer» que ambos imputados son penalmente responsables como coautores mediatos de los crímenes de guerra y de lesa humanidad presuntamente cometidos por los miembros del *Front National Intégrationniste* («FNI») y de las *Forces de Résistance Patriotique en Ituri* («FRPI») durante el ataque conjunto que realizaron el 24 de febrero de 2003 contra Bogoro (villa situada en el distrito de Ituri al noreste de la República Democrática del Congo, «DRC»)². Como consecuencia, la SCP I decretaba la apertura del juicio oral.

Dadas las circunstancias particulares reinantes en este momento en la Corte, el juicio oral contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui puede llegar a convertirse en el primer juicio oral en la historia de la Corte, dado que el proceso contra *Thomas Lubanga Dyilo* (primer caso ante la Corte) se encuentra en este momento suspendido de manera indefinida. La razón de esta suspensión no es otra que el hecho de que en los primeros años (2004 a 2006) de investigación de la situación en la RDC, la Fiscalía de la Corte recibió, conforme al art. 54 (3) (e) ER, numerosos documentos bajo condición de que no podrían transmitirse ni a la Sala competente de la Corte ni a la defensa a no ser que mediara previa autorización expresa de la entidad que le entregó los mismos. Al avanzarse en la investigación, la Fiscalía identificó que más de dos cientos de estos documentos contenían información potencialmente exculpatoria y que, por lo tanto, debían ser entregados a la defensa conforme a lo dispuesto en el art. 67(2) ER. A estos efectos, la Fiscalía solicitó la correspondiente autorización a las entidades que le habían transmitido los documentos (en su mayor parte la Organización de las Naciones Unidas). Sin embargo, dos semanas antes del inicio del juicio oral, previsto para el 23 de junio de 2008, la Fiscalía no había recibido la autorización solicitada, y no había puesto a disposición de la defensa los documentos identificados como potencialmente exculpatorios. Ante esta situación, el 13 de junio de 2008, la Sala de Primera Instancia decidió suspender indefinidamente el inicio del juicio oral

² El día anterior a la fecha de entrega de este artículo, concluyó el plazo para que la Fiscalía y ambas Defensas solicitaran, conforme al art. 82 (1)(d) del Estatuto de Roma («ER»), la autorización de la SCP I para poder realizar una apelación contra la decisión de confirmación de cargos. Solamente la Defensa de Germain Katanga ha hecho uso de este recurso procesal, si bien su solicitud de autorización para apelar se limita a los cargos de violencia sexual (que en opinión de la defensa no fueron cometidos con un dolo de consecuencias necesarias, sino, a lo sumo, con un dolo eventual, y que por tanto no deberían haber sido confirmados al no pronunciarse la Sala sobre si la figura del dolo eventual es admitida o no por el art. 30 ER), y no afecta, por tanto, a la confirmación de los demás delitos de guerra y de lesa humanidad.

hasta que la defensa tuviera acceso a los documentos, o hasta que, al menos, la Sala de Primera Instancia pudiera valorar si, tal y como afirmaba la Fiscalía, la información incluida en los mismos tenía efectivamente una naturaleza potencialmente exculpatória³. Con posterioridad, en su decisión de 3 de septiembre de 2008, la Sala de Primera Instancia ha reiterado que a pesar de las autorizaciones parciales obtenidas por la Fiscalía en los últimos meses todavía no se dan las condiciones necesarias para levantar la suspensión del proceso⁴.

En este contexto, la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga –que junto con la Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga⁵ son las dos únicas decisiones de carácter sustantivo emitidas hasta el momento por la Corte– adquiere especial importancia. En la misma, se abordan por primera vez los elementos contextuales de los delitos de lesa humanidad previstos en el Estatuto de Roma («ER») y en los Elementos de Crímenes («EC»)⁶, así como los elementos específicos de ciertos delitos de violencia sexual (violación y esclavitud sexual) tipificados en el ER como crímenes de guerra o de lesa humanidad⁷. Así mismo, se analizan con cuidado las características que definen a los crímenes de guerra cometidos durante el desarrollo de operaciones militares en conducción de las hostilidades, y que los distinguen de aquellos otros crímenes de guerra cometidos una vez que las personas o bienes protegidos se encuentran bajo el control del grupo al que pertenecen los autores del delito⁸.

Pero, sin duda, uno de los aspectos más relevantes de la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga es (i) la ratificación de lo dispuesto en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga con respecto a la adopción por el art. 25 (3)(a) ER de la teoría del dominio del

³ «Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008», dictada por la Sala de Primera Instancia I en el caso Lubanga el 13 de junio de 2008, ICC-01/04-01-06/1401 (available at <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-1401-ENG.pdf>).

⁴ Vid. Redacted Version of «Decision on the Prosecution's Application to Lift the Stay of Proceedings», emitida por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso Lubanga el 3 de septiembre de 2008, ICC-01-04-01-06-1467 (disponible en <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-1467-ENG.pdf>).

⁵ Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/06-803-TEn, emitida por la SCP en el caso The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo el 29 de enero de 2007 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-803-tEN_English.pdf).

⁶ Decisión de Confirmación de Cargos en el Caso Katanga, pp. 125-139.

⁷ Ibid, pp. 110-114 y 143-148.

⁸ Ibid, pp. 84-92. Sobre los crímenes de guerra cometidos durante la conducción de las hostilidades, vid. en particular Olásolo 2007: capítulo IV.

hecho como criterio distintivo entre autoría y participación; y (ii) la utilización por primera vez en la historia de la Corte de la coautoría mediata como resultado de la aplicación conjunta de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho y de la autoría mediata a través del dominio de la organización. De esta manera, la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, además de seguir la línea marcada en el caso Lubanga, da un paso adelante en cuanto que ninguno de los coautores realiza directamente los elementos típicos de los delitos imputados, sino que se valen de los grupos armados organizados que controlan (*FRPI* y *FNI*) para llevarlos a cabo.

De esta manera, la SCP I retoma el concepto de coautoría mediata previamente aplicado en el 2003 en la sentencia de la Sala de Primera Instancia II del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia («TPIY») en el caso contra *Milomir Stakic*⁹, y que desde entonces no había vuelto a ser utilizado como consecuencia de que la Sala de Apelaciones del TPIY declaró en su sentencia de apelación en este mismo caso que el concepto de coautoría mediata ni formaba parte de la costumbre internacional en el momento en que se produjeron los delitos imputados (primavera y verano de 1992), ni había sido acogido por la jurisprudencia del TPIY¹⁰.

La elaboración del concepto de coautoría mediata en derecho penal internacional, aplicable por lo general a situaciones en que un pequeño grupo de altos líderes políticos y/o militares acuerdan la ejecución de un plan criminal común mediante la utilización de las diversas organizaciones que dirigen, se produce en un momento en que las Fiscalías de la Corte, del TPIY y del Tribunal Penal Internacional para la Rwanda («TPIR»), así como aquellas de la Corte Especial para Sierra Leona y de los Tribunales para Camboya y Líbano, han dejado claro que, con independencia de que algunas de sus primeras actuaciones pudieran haberse centrado en soldados y mandos medios de las unidades y grupos involucradas en los crímenes de guerra y de lesa humanidad investigados, sus actuaciones se centran en la actualidad en la responsabilidad de los líderes políticos y militares de dichos grupos, que por lo general se encuentran geográfica y estructuralmente alejados del lugar de los hechos¹¹.

⁹ *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, Trial Judgement, ICTY, Caso Num. IT-97, 24-T, dictada por la Sala de Primera Instancia II el 31 de julio de 2003. Vid. sobre esta sentencia, Olásolo/Pérez Cepeda 2004: 474 *et seq.*

¹⁰ *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, Appeal Judgement, ICTY, Caso Num. IT-97, 24-A, dictada por la Sala de Apelaciones el 22 de marzo de 2006. Vid. sobre esta sentencia, Olásolo 2007: 142 *et seq.*

¹¹ Los distintos *policy papers* de la Fiscalía de la CPI están disponibles en la página web oficial de la CPI. Vid. también Olásolo 2008: Capítulo I.

En este sentido, conviene no olvidar que, en lo que a la Corte se refiere, además de la reciente petición de orden de arresto realizada por la Fiscalía contra Omar Hassan al Bashir (actual presidente de Sudán), se han emitido a día de hoy órdenes de arresto contra el ex vice-presidente de la RDC (Jean Pierre Bemba Bongo), el ex viceministro de interior y actual ministro de asuntos humanitarios del gobierno de Sudán (Ahmed Harum), el actual presidente y comandante en jefe del Ejército de Liberación de Señor (y cuatro de sus más altos comandantes militares (Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Okhiambo, Dominic Ongwen y Raska Lukwiya¹²), el presidente de *l'Union des Patriotes Congolais/Rassemblement pour la Paix* («UPC/RP») y comandante en jefe de su brazo armado las *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* («FPLC») así como su ex jefe de estado mayor adjunto para operaciones militares (Thomas Lubanga Dyilo y Bosco Ntaganda), el ex comandante en jefe de las FRPI (Germain Katanga) y el ex comandante en jefe del FNI (Mathieu Ngudjolo Chui)

2. LA ADOPCIÓN POR EL ESTATUTO DE ROMA DE UN MODELO DUALISTA DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN CARACTERIZADO POR UN CONCEPTO DE AUTOR BASADO EN LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

La reciente decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga¹³ confirma la interpretación previamente adoptada por la SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga¹⁴ en el sentido de que el art. 25 (3) ER¹⁵ acoge un modelo dualista que distingue entre autoría y participación.¹⁶ De esta manera, como se afirma en ambas decisiones, mientras el subapartado 3 (a) del art. 25 ER recoge el concepto de autoría mediante el uso de la expresión «cometa ese crimen» para referirse a la comisión *stricto sensu* de un delito¹⁷, los sub-apartados 3(b) a 3(d) del art.

¹² Este último falleció después de que la Sala de Cuestiones Preliminares III emitiera una orden de arresto contra el mismo.

¹³ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 484 and 486.

¹⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.

¹⁵ Esta disposición se encuentra incluida en la Parte III del Estatuto de Roma sobre principios generales de derecho penal aplicables por la Corte.

¹⁶ En el mismo sentido, Ambos: 1999: 478 a 480; y Werle 2005: 212-213.

¹⁷ SCP I, Caso ICC-01/04-01/06, *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Article 58, de 10 de febrero de 2006, documento núm: ICC-01/04-01/06-1 (referida en el texto como «decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga»), párrafo 78. La versión pública de esta deci-

25 ER utilizan las expresiones «ordene», «proponga», «induzca», «sea cómplice», «sea encubridor», «colabore» y «contribuya de algún otro modo» para recoger aquellas formas de participación en la comisión de un delito por una tercera persona que también dan lugar a responsabilidad penal conforme al propio ER.¹⁸ Desde esta perspectiva, las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Lubanga contribuyen, sin duda, a consolidar en derecho penal internacional un modelo dualista basado en la distinción entre autoría y participación (rechazando, de esta manera, el concepto unitario de autor originariamente adoptado en los estatutos de los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio), que si bien se recogía ya de manera nominal en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado establecido en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial, no fue adoptado jurisprudencialmente hasta el advenimiento de los tribunales *ad hoc* a mediados de los años noventa¹⁹.

sión se encuentra en el anexo I de la decisión núm ICC-01/04-01/06-8 de 24 de febrero de 2006. La versión inglesa se encuentra disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-8-US-Corr_English.pdf, mientras que la versión francesa se puede encontrar en <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-8-US-Corr-tFrench.pdf>. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.

¹⁸ Decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, párrafo 78, y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.

¹⁹ Conviene no olvidar que los estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente no recogían la distinción entre autoría y participación, adoptando, como Ambos: 2005: 275 *et seq.* ha señalado, un concepto unitario de autor que no distinguía entre autores y partícipes. Como resultado, según explica Werle 2005: 211 (nota al pie 636), la jurisprudencia del IMT y del IMTFE se limita a señalar que distintas formas de intervención en la comisión del delito dan lugar a responsabilidad penal individual. Con posterioridad, las reglas relativas a las formas de responsabilidad penal recogidas en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania, establecido tras la segunda guerra mundial, introducen por primera vez en el derecho penal internacional la distinción entre los conceptos de autoría y participación. Así el art. II (2) de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado, que se recoge inmediatamente a continuación de las definiciones de los delitos, prevé que «cualquier persona, con independencia de su nacionalidad o de la capacidad con la que haya actuado, es penalmente responsable por cualquiera de los delitos previstos en el párrafo 1 si (a) fue autor del delito; (b) si fue partícipe, o ordenó o encubrió el mismo; (c) si tomó parte de manera voluntaria en su comisión; (d) si se encontraba relacionado con planes o empresas que incluían su comisión; (e) era miembro de una organización o grupo que se encontraba relacionado con planes o empresas que incluían su comisión; o (f) en relación con los delitos previstos en el párrafo 1(a), si ocupaba una posición política, civil o militar de relieve en Alemania (como la pertenencia al Estado Mayor) o en uno de sus países aliados, co-beligerantes o satélites, o ocupaba una posición de relevancia en la vida financiera, industrial o económica de cualquiera de dichos países» (traducción del autor). Sin embargo, la jurisprudencia de los tribunales militares norteamericanos que aplicaron esta ley se olvida de esta distinción, y acoge un concepto unitario de autor que no distingue entre autores y partícipes. Vid. en este sentido Ambos: 2005: 75 *et seq.*, y Werle: 2005: 211 (nota al pie 636).

Con la aprobación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993 y 1994 de los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Rwanda, y la elaboración por la Comisión de Derecho Internacional en 1991 y en 1996 del proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, aparecen los primeros intentos serios de desarrollar la normativa sobre formas de responsabilidad penal contenida en los estatutos de los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio y en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania. En este contexto, será la jurisprudencia reiterada del TPIY la que comenzará el proceso de aceptación de la distinción entre autoría y participación en derecho penal internacional. En este sentido, es importante señalar que la sentencia de apelación en el caso Tadic (párrafo 229) subrayó ya en 1999 que el principal elemento que permite distinguir entre los conceptos de empresa criminal común y complicidad es que «el cómplice es siempre accesorio al delito cometido por una tercera persona, el autor». Posteriormente, la Sala de Primera Instancia I, en su sentencia de 26 de febrero de 2001 en el caso Kordic (párrafo 373), afirmó que «las distintas formas de intervención en la comisión de un delito que dan lugar a responsabilidad penal conforme al art. 7(1) ETPIY pueden ser divididas entre formas de autoría y formas de participación». Esta misma Sala, en su sentencia de 2 de agosto de 2001 en el caso Krstic (párrafo 642), añadió que «parece claro que la expresión *'accomplice liability'* denota una forma secundaria de participación en relación con la responsabilidad del autor del delito».

La Sala de Apelaciones del TPIY volvió a abordar el problema de la distinción entre autoría y participación en su decisión de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafo 20). En esta decisión afirmó expresamente que «la empresa criminal común tiene que ser considerada, no como una forma de participación, sino como una forma de autoría»¹⁹. Desde entonces, la jurisprudencia del TPIY, tal y como se recoge en las sentencias de apelación en los casos Krnojelac (párrafos 30 y 73), Vasiljevic (párrafos 95, 102 y 111), Blaskic (párrafo 33), Krstic (párrafos 134, 137 y 266 a 269), Kvocka (párrafos 79 y 91), Simic (párrafos 243 y 265), y Brdanin (párrafos 431, 434 and 444-450), y en las más recientes sentencias de primera instancia en los casos Krajisnik (párrafos 79 a 81) y Martić (párrafos 435 and 440), ha afirmado de manera reiterada que el art. 7 (1) ETPIY adopta la distinción entre autoría y participación y, por lo tanto, rechaza un concepto unitario de autor.

En cualquier caso, conviene no olvidar que alguna que otra decisión del propio TPIY (vid. por ejemplo la sentencia de primera instancia en el caso Krnojelac, párrafos 75 a 77 o el voto particular del juez Hunt en la Decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic, párrafo 31) intenta rechazar sin éxito la distinción entre autoría y participación en el art. 7(1) ETPIY por considerarla, además de innecesaria, contraria al ETPIY. Se tratan éstos de casos aislados de desacuerdo con la posición mayoritariamente aceptada por la jurisprudencia del TPIY que no justifican la afirmación de Van Sliedregt: 2007: 190 en el sentido de que «los tribunales internacionales ni han aplicado, ni han rechazado tampoco de manera sistemática la distinción entre autoría y participación».

Finalmente, en el TPIR, la cuestión relativa a si el art. 6 (1) ETPIR (cuyo texto es idéntico al del art. 7 (1) ETPIY) adopta la distinción entre autoría y participación se ha abordado también en el contexto del debate sobre la naturaleza jurídica de la doctrina de la empresa criminal común (también conocida como doctrina del propósito criminal común). Sin embargo, si bien la conclusión a la que se llega es la misma, el alcance de la discusión en el TPIR es mucho más limitado que en el TPIY. Vid. en particular las Sentencias de la Sala de Apelaciones del TPIR de 13 de diciembre de 2004 y de 7 de julio de 2006 en los casos Ntakirutimana (párrafo 462) y Gacumbitsi (párrafo 158). Vid. también la sentencia de primera instancia del TPIR de 13 de diciembre de 2005 en el caso Simba (párrafo 389).

Una elaboración más detallada sobre el desarrollo del modelo dualista de autoría y participación en derecho penal internacional, vid. Olásolo 2008: capítulo II.3.

Tal y como ha señalado la SCP I, a la hora de definir el concepto de autor y de distinguir entre autoría y participación se pueden distinguir entre las teorías objetivo-formales, las subjetivas y las objetivo materiales²⁰. Las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga²¹ y Lubanga²² afirman que el art. 25 (3) (a) ER no adopta un concepto objetivo-formal de autor, conforme al cual, cuando el delito es cometido por una pluralidad de individuos, coautores son únicamente aquellos que llevan a cabo personalmente uno de los elementos objetivos del tipo, de manera que el resto serán partícipes con independencia de la importancia objetiva que tenga su contribución en la ejecución del plan criminal común. Según se explica en ambas decisiones, el artículo 25 (3)(a) ER admite expresamente la autoría mediata, con independencia de que el autor material sea o no penalmente responsable, figura que, como señala la SCP I, resulta incompatible con el concepto objetivo de autor²³. Además, la propia SCP I subraya que el concepto objetivo-formal de autor es generalmente rechazado entre la doctrina moderna²⁴.

Las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga²⁵ y Lubanga²⁶ niegan también expresamente que el art. 25 (3)(a) ER adopte un concepto subjetivo de autor, que ha tenido hasta el momento su máxima expresión en derecho penal internacional en la construcción jurisprudencial de la doctrina de la empresa criminal común por el TPIY y TPIR, conforme a la cual cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas, todos aquellos que llevan a cabo su contribución con el deseo de que el propósito criminal común se materialice son coautores con independencia de la naturaleza y alcance de sus respectivas contribuciones²⁷.

²⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo, 480) y Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafos 328-330).

²¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 482.

²² Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 333.

²³ Decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga (párrafo 482) y Lubanga (párrafo 333).

²⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 482, citando como ejemplos a Roxin, Joecks & Mieback, Stratenwerth & Kuhlen and Kühn.

²⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 483.

²⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 334.

²⁷ La doctrina de la empresa criminal común, tal y como ha sido elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, y en particular por aquella del TPIY, se basa en la idea de que un grupo de individuos, que no necesitan pertenecer a ninguna estructura administrativa, militar, económica o política, acuerdan libremente cometer de manera conjunta uno o más delitos. Sin embargo, a diferencia de los supuestos de conspiración, el mero acuerdo para delinquir no es suficiente para que surja responsabilidad penal. La doctrina de la empresa criminal común exige también que tras el acuerdo inicial se ejecute el propósito criminal común. En este sentido, la Sala de Apelaciones del TPIY, en su decisión de 21 de

mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafos 23 a 26), ha señalado que los conceptos de conspiración y pertenencia a organización criminal difieren de la doctrina de la empresa criminal común porque esta última es una forma de participación en la comisión del delito. Así, según la Sala de Apelaciones, el concepto de conspiración sólo requiere la existencia de un acuerdo para cometer el delito, con independencia de que dicho acuerdo sea posteriormente ejecutado o no, mientras el concepto de pertenencia a organización criminal requiere solamente la pertenencia voluntaria a una organización que de hecho lleva a cabo actividades criminales. Una opinión distinta ha sido sostenida por Barret/Little, L.E.: 2003: 30 *et seq.* Para estos autores, la jurisprudencia del TPIY ha desarrollado una doctrina de empresa criminal colectiva que es difícil de distinguir del concepto de conspiración. Vid. también Fichtelberg: 2006: 165.

Para convertirse en participante en una empresa criminal común no es suficiente con mostrarse de acuerdo con el propósito criminal común, sino que es también necesario contribuir a su ejecución con el deseo (dolo directo de primer grado) de que sean consumados los delitos que constituyen el fin último de la empresa criminal o el medio a través del cual se pretende realizar el fin último de aquélla. Este deseo debe ser compartido por todos los participantes en la empresa criminal común, lo que incluye a los soldados de baja graduación que realizan personalmente los elementos objetivos del tipo y a los líderes políticos y militares que, tras planearlo, dirigen su comisión. Como Bogdan: 2006: 82 ha señalado, la importancia objetiva de la contribución prestada para llevar a cabo el propósito criminal común no es un factor relevante puesto que lo que importa realmente es que la misma sea prestada con el deseo de realizar el propósito criminal común. Vid. sentencias dictadas por la Sala de Apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafos 227 y 228), Krnojelac (párrafos 31, 32 y 33), Vasiljevic (párrafo 100 y 101), Kvočka (párrafos 82, 83, 89 y 93), Stakic (párrafos 64 y 65) y Brdanin (párrafos 364 y 365). Vid. también las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafos 879 y 883).

En consecuencia, como Gustafson: 2007: 141 subraya, contribuciones menores pueden ser suficientes siempre que se lleven a cabo compartiendo el propósito criminal común (la necesidad de que la doctrina de la empresa criminal común requiera una contribución objetivamente importante a la realización del propósito criminal común ha sido subrayada por Danner/Martínez: 2005: 150-151, y Ohlin: 2007: 89). Del mismo modo, contribuciones objetivamente importantes prestadas con el conocimiento de que se está facilitando la realización de dicho propósito, pero sin el deseo de que se realice el mismo, no son suficientes para dar lugar a responsabilidad penal conforme a la doctrina de la empresa criminal común. En definitiva, para la doctrina de la empresa criminal común, la esencia del desvalor de la conducta es el hecho de que todos y cada uno de los que participan en al misma actúan con el deseo compartido de que se consumen los delitos que forman parte del propósito criminal común.

Por lo tanto, la doctrina de la empresa criminal común se basa en un criterio subjetivo que distingue entre quienes comparten el deseo de que se materialice el propósito criminal común y quienes no lo comparten. Vid. Decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafo 20). Cuando los delitos son cometidos dentro de un sistema de maltrato (como es el caso de los campos de concentración, que constituyen el ejemplo paradigmático de la segunda categoría de empresa criminal común, también conocida como empresa criminal común sistemática), se considera que el deseo compartido de delinquir es inherente al conocimiento de la naturaleza del sistema y a la intención de facilitar su funcionamiento. Finalmente, no existe responsabilidad conforme a la tercera categoría de empresa criminal común (es decir, aquélla a través de la cual se atribuye responsabilidad penal a los integrantes de una empresa criminal común por aquellos delitos que, sin ser parte del plan criminal común, son una consecuencia previsible y aceptada de su ejecución) si no existe un deseo compartido entre sus integrantes de que se realicen los delitos incluidos en el plan criminal común.

Según la SCP I, el art. 25 (3)(a) ER no se decanta por un concepto subjetivo de autor puesto que la doctrina de la empresa criminal común se encuentra íntimamente relacionada con la «forma residual de participa-

Considerando que, como la SCP I ha afirmado en su Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 327), existe una estrecha interrelación entre (i) el criterio para distinguir entre autoría y participación y (ii) el criterio para dar contenido al concepto de coautoría –pues se trata en ambos casos de manifestaciones del concepto de autor que haya sido adoptado–, se podrá concluir que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se ha inclinado por un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes si se puede demostrar que el concepto de coautoría elaborado por la misma se basa en la doctrina de la empresa criminal común. En este sentido, aunque como ha apuntado acertadamente Van Sliedregt: 2007: 189-190, la sentencia de apelación en el caso Tadic no fue totalmente clara al concluir que el concepto de coautoría en el derecho internacional consuetudinario se basa en la doctrina de la empresa criminal común, la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY de 23 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafos 21 y 29) clarificó que, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario y con el art. 7 (1) ETPIY: (i) los participantes en una empresa criminal común son penalmente responsables; (ii) existen tres formas de empresa criminal común, cada una de las cuales tiene sus propios elementos objetivos y subjetivos; y (iii) la coautoría se basa en la doctrina de la empresa criminal común. La Sala de Apelaciones llegó a esta conclusión tras rechazar la posición de la defensa de que la práctica de los estados analizada por la sentencia de apelación en el caso Tadic es demasiado limitada como para justificar la consideración de la doctrina de la empresa criminal común como parte de la costumbre internacional. En este sentido, la Sala de Apelaciones manifestó expresamente en el párrafo 29 de la decisión que no consideraba necesario revisar el análisis llevado a cabo por la sentencia de apelación en el caso Tadic porque la práctica de los estados y la *opinio iuris* allí analizada es suficiente para mostrar que la doctrina de la empresa criminal común era parte de la costumbre internacional ya en 1992. Finalmente, al concluir que la participación en una empresa criminal común da lugar a responsabilidad penal a título de coautor, la Sala de Apelaciones en el párrafo 20 de la decisión remarcó el hecho de que esto es así porque quienes participan en la misma deben actuar con el deseo de que el propósito criminal común se materialice. La jurisprudencia posterior del TPIY ha afirmado de manera reiterada que quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores. Vid. en este sentido, las sentencias de la Sala de Apelaciones del TPIY en los casos Vasiljevic (párrafo 95), Kvocka (párrafo 79), Krnojelac (párrafos 29 y 30) y Krstic (párrafo 134).

La jurisprudencia del TPIR –y en particular la sentencia de Apelación en el caso Ntakirutimana de 13 de diciembre de 2004 (párrafos 462 a 468), la decisión dictada por la Sala de Apelaciones sobre la empresa criminal común en el caso Karemera de 12 de abril de 2006 (párrafo 13) y la sentencia de apelación en el caso Gatumbitsi de 7 de julio de 2006 (párrafo 158)– se ha basado principalmente en la decisión de apelación en el caso Tadic para afirmar que, conforme al derecho internacional consuetudinario y al art. 6 (1) ETPIR, la coautoría se construye de acuerdo con la doctrina de la empresa criminal común. En consecuencia, habiendo basado el concepto de coautoría en la doctrina de la empresa criminal común, no se puede sino concluir que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha adoptado un concepto subjetivo de autor que es a su vez el fundamento de la distinción entre autoría y participación (Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 329).

Una elaboración más detallada sobre el concepto subjetivo de autor adoptado por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, así como sobre la doctrina de la empresa criminal común, se puede encontrar en Olásolo 2008: Capítulos II.5, II.6 y IV.

ción» prevista en el art. 25 (3) (d) ER, conforme a la cual será penalmente responsable todo individuo que «contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común»²⁸. Para la SCP I, si el legislador hubiera adoptado un concepto subjetivo de autor, una formulación como la recogida en el apartado (d) del art. 25 (3) ER no aparecería recogida en dicho apartado, cuya aplicación se limita a aquellos supuestos en los que no sea aplicable ninguna otra forma de participación prevista en los apartados (b) y (c) del art. 25 (3) ER (como la participación por ordenar, la proposición, la inducción, la complicidad o el encubrimiento), sino que se hubiera incluido de forma preferencial en el apartado (a) del art. 25 (3) ER²⁹. Ade-

²⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 483) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafos 335-337). Para que esta «forma residual de participación» sea punible será necesario que la misma se realice: (i) con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otra entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte»; o (ii) a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

²⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 483) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafos 335-337). La interpretación del art. 25 (3)(d) ER como una forma residual de participación es también coherente con los dos elementos subjetivos que se prevén en dicha disposición. Así, por un lado, la contribución prestada debe ser «intencional». Si bien, como Fletcher/Ohlin: 2005: 549 han explicado, esto sólo significa que la acción en que consiste la contribución –por ejemplo la venta de gasolina a aquellos que se dirigen al lugar donde van cometer una masacre– debe ser voluntaria. Además, como Fletcher/Ohlin: 2005: 549 también han señalado, dicha contribución, además de ser voluntaria, debe ser realizada «con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte»; o al menos «a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.» Por lo tanto, el art. 25(3)(d) ER, a diferencia de la doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, no requiere que la contribución se preste con el deseo de que se consumen los delitos que forman parte del propósito criminal común del grupo, sino que es suficiente con que la misma se preste siendo consciente del propósito criminal del grupo.

De esta manera, el art. 25 (3) (d) RS, no solo se limita a «aquellas contribuciones a la comisión del delito que no pueden ser caracterizadas como ordenar, proponer, inducir, ser cómplice, ser encubridor o asistir en el sentido del artículo 25 (3)(b) o (c) ER», sino que tampoco requiere que quien contribuye actúe con los elementos requeridos por el tipo subjetivo del delito de que se trate (incluyendo cualquier *dolus specialis* que pudiera ser exigido por el mismo). Por esta razón, incluso si el art. 25 (3) (d) ER pudiera tener ciertas características en común con la elaboración que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha realizado de la doctrina de la empresa criminal común, no puede ser nunca considerado como una forma de coautoría. De hecho, al adoptar un concepto subjetivo de autor, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha subrayado que, para ser considerado autor, quien participa en una empresa criminal común debe compartir el deseo de que se consumen los delitos que son parte del propósito criminal común, lo que implica actuar motivado por cualquier *dolus specialis* exigido por su tipo subjetivo. Vid. a este respecto, la sentencia de apelación del TPIR en el caso Ntagurera (párrafo 370) y las sentencias de apelación del

más, la propia SCP I subraya que la doctrina moderna rechaza también de manera general el concepto subjetivo de autor³⁰.

Tras rechazar los conceptos objetivo-formal y subjetivos de autor, las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Lubanga sostienen que el art. 25 (3) (a) ER adopta mediante el uso de la referencia a quien «cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea

TPIY en los casos Blaskic (párrafos 45 y 46), Vasiljevic (párrafo 102), Simic (párrafo 85) y Blagojevic (párrafo 127). Ver también las sentencias de primera instancia del TPIR en los casos Bagilishema (párrafo 33), Kajelijeli (párrafo 766) y Kamuhanda (párrafo 597), y sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Furundzija (párrafo 249), Aleksovski (párrafo 61), Kunarac (párrafo 391), Krnojelac (párrafo 88) y Oric (párrafo 282). Además, como la sentencias de apelación (párrafo 257) y de primera instancia (párrafo 118) del TPIY en el caso Furundzija han afirmado expresamente, para distinguir entre quien es coautor por su participación en una empresa criminal común y quien es meramente cómplice es esencial determinar si quien toma parte en el proceso de tortura comparte también el *dolus specialis* que requiere el delito de tortura.

A lo dicho hasta ahora hay que sumar que, mientras el art. 25 (3)(c) ER requiere que el cómplice, el encubridor o la persona que asiste en la comisión del delito actúe «con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen», el artículo 25 (3) (d) ER no prevé este requisito. Por lo tanto, conforme al art. 25 (3)(d) ER, al igual que ocurre con la complicidad en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* (vid. sentencia de apelación del TPIR en el caso Ntagerura (párrafo 370) y sentencias de apelación del TPIY en los casos Blaskic (párrafo 46), Vasiljevic (párrafo 102), Krstic (párrafos 140 y 141), Simic (párrafo 86) y Blagojevic (párrafo 127)), la responsabilidad penal a título de partícipe se deriva de aquellas acciones de favorecimiento del delito que son llevadas a cabo sin el deseo de facilitar su comisión, pero con el conocimiento de que la facilitan. Vid. en el mismo sentido Kittichaisaree: 2001: 245.

Ante estas circunstancias, no se puede sino estar de acuerdo con la interpretación realizada por la SCP I conforme a la cual el art. 25 (3) (d) ER constituye, en el marco del sistema del ER, una forma de participación de carácter residual que incluye todas aquellas contribuciones de carácter no sustancial que son llevadas a cabo con el conocimiento de estar favoreciendo la realización del propósito criminal común de un grupo de personas. Vid. en el mismo sentido Ambos: 1999: 484-485, y Werle: 2007: 958-961 y 974. Además, hay también que subrayar que esta forma residual de participación es la única de entre aquellas recogidas en el art. 25 (3) ER que, de alguna manera, tiene cierto parecido con la doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Si bien como Fletcher/Ohlin:2005: 549 han señalado, el art. 25 (3) (d) ER difiere de la doctrina de la empresa criminal común elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* porque (i) requiere un elemento subjetivo menos exigente (conocimiento del propósito criminal común en lugar del deseo de que se materialice) y (ii) no prevé responsabilidad penal por los llamados delitos previsibles. Sin embargo, en opinión del autor, la principal diferencia radica en que la doctrina de la empresa criminal común trata a quienes participan en la misma como coautores, mientras que el art. 25 (3)(d) ER es una forma residual de participación.

³⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 483), citando entre otros a Sancinetti, Quintero Olivares, Bacigalupo, Fletcher, Werle, Bloy, Bockelmann, Bottke, Cerezo, Gallas, Gómez Benítez, Gropp, Herlitz, Jakobs, Jescheck Krey, Kühn, Kohlrausch, Lange, Maurach, Murmann, Niese, Roxin, Sax, Schönke & Schröder, Stratenwerth & Kühlen, Rudophi & Wolter, Welzel, and Wessels & Beulke.

éste o no penalmente responsable» un concepto subjetivo-material basado en la teoría del dominio del hecho, que se convierte de esta manera en el criterio distintivo entre las categorías de la autoría y la participación³¹. En consecuencia, tal y como señala la SCP I, serán autores quienes dominan la comisión del delito en cuanto que deciden si el delito será cometido y como será cometido³².

Las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Lubanga, han subrayado que el dominio del hecho es un concepto abierto, que se desarrolla en tres líneas principales: (i) en la autoría directa o inmediata como «control de la acción»; (ii) en la autoría mediata como «control de la voluntad»; y (iii) en la coautoría como «co-dominio funcional del hecho».³³

Según la SCP I, autor directo es la persona que, con los elementos requeridos por el tipo subjetivo del delito de que se trate, lleva a cabo personalmente los elementos objetivos del tipo. Se trata, por tanto, de la persona que según el art. 25 (3)(a) ER comete el delito «por sí sólo», y se considera que tiene el dominio del hecho porque sustenta el control de la acción al ser él mismo quien realiza materialmente el tipo penal.³⁴

La segunda manifestación del concepto abierto de dominio del hecho, a la que se refiere el art. 25 (3) (a) ER cuando habla de quienes cometen el delito «con otro», es la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho, que es aplicable en aquellas situaciones en las que los elementos objetivos del tipo son fruto de las contribuciones realizadas por una pluralidad de personas en ejecución un plan común. Como la SCP I ha afirmado en los casos Katanga y Lubanga, el concepto de coautoría «tiene su ori-

³¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafos 484-486) y Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (333-338).

³² Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 485) y Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 330). La teoría del dominio del hecho es la más extendida de las teorías objetivo materiales del concepto de autor. Propuesta por primera vez por Welzel: 1939: 491-466, es subsecuentemente desarrollada por Roxin. (vid. a este respecto, Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332). La mayoría de los autores que apoyan la teoría del dominio del hecho afirman que combina: (i) un elemento objetivo consistente en las circunstancias de hecho que otorgan el control sobre el delito; y (ii) un elemento subjetivo que consiste en el conocimiento de dichas circunstancias. En contra de la exigencia de un elemento subjetivo se han manifestado, sin embargo, *inter alia* Gimbernat Ordeig: 1966: 124 et seq., y Díaz y García Conlledo: 1991: 573 et seq.

³³ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 488 y Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332. Vid. también Roxin: 2000: 122 et seq.

³⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 488) y Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 332 (i)). Vid. también Roxin: 2000: 127 et seq.

gen en la idea de que cuando la suma de las contribuciones realizadas de manera coordinada por una pluralidad de personas resulta en la realización de todos los elementos objetivos de un delito, cada una de las personas que realiza una contribución es también responsable de las contribuciones de los demás y, por lo tanto, se le puede considerar como autor del delito en su conjunto»³⁵.

Ahora bien, la propia SCP I ha matizado que solo tienen el co-dominio funcional del hecho quienes, debido a la importancia de las funciones que les han sido encomendadas, pueden arruinar la comisión del delito si se niegan a llevarlas a cabo³⁶. Cada uno de los individuos pertenecientes a este reducido grupo, si bien no se encuentra en posición de garantizar la comisión del delito, pues depende de que el resto de miembros del grupo desarrollen adecuadamente las tareas que les han sido encomendadas, comparte el control sobre el delito porque se encuentra en posición de frustrar su comisión mediante la omisión de la función esencial que le ha sido encomendada³⁷. Así, las correcciones del oficial de observación no producirán por sí mismas la consumación del delito (destrucción de la escuela secundaria objeto del ataque de artillería) si el escuadrón de artillería no hace los ajustes necesarios para continuar con el bombardeo. Del mismo modo, a falta de las correcciones del oficial de observación, el escuadrón de artillería podría continuar bombardeando la escuela secundaria indefinidamente sin hacer blanco sobre la misma.

El co-dominio funcional del hecho es inherente a la función esencial que se asigna a cada coautor en la ejecución del plan común.³⁸ Sin embargo, cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas que actúan de manera concertada, pueden existir numerosas funciones que no son esenciales para la realización de los elementos objetivos del tipo. Este es

³⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 520) y Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 326).

³⁶ Vid. la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 488 y párrafos 519-526) y la Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 332 (iii)). Vid. también *inter alia* Mir Puig: 2002: 385, Muñoz Conde/García Arán: 2002: 452-453, Pérez Cepeda: 1997: 417; Jescheck/Weigend, T: 1996: 674; Otto: 2000: No. 57 y Jakobs: 1991: párrafo 21/35; Kühl: 2002: Num. 99, Tröndle./Fischer: 2003: § 25 No. 6 y Wessels/Beulke: 2001: No. 526. Roxin: 2000: 141 et seq.

³⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 524 y 525; y Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 342. Vid. también Roxin: 2000: 141 et seq, Jescheck/Weigend: 1996: 674, Otto: 2000: No. 57, y Pérez Cepeda: 1997: 417.

³⁸ Roxin: 2000: 141 et seq, Kühl: 2002: No. 99, Tröndle/Fischer: 2003: § 25 No. 6, y Wessels/Beulke: 2001: No. 526. Vid. también la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 525, y la Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332 (iii).

el caso, en particular, de las funciones de asesoramiento, como las que realiza quien confirma al escuadrón de artillería que puede utilizar la munición prevista o que debería continuar con el bombardeo de la escuela secundaria. Según la coautoría basada en el co-dominio del hecho, la realización de estas funciones, incluso si se llevan a cabo de manera coordinada con los coautores, sólo dará lugar a responsabilidad penal como partícipe³⁹.

Como señala la SCP I citando expresamente a Herzeberg, Jescheck/Weigend, Kölher, Kindhäuser, Kühl, Mir Puig, Muñoz Conde, Pérez Cepeda o Roxin⁴⁰, para algunos autores el carácter esencial de la contribución –y por tanto la capacidad para ostentar el codominio del hecho– requiere que la misma se realice durante la fase de ejecución del delito. Sin embargo, las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga⁴¹ y Lubanga⁴² han rechazado esta limitación en cuanto que no aparece recogida en el Estatuto de Roma, de manera que como la propia SCP I en el caso Katanga ha señalado, «diseñar el ataque, proveer armas y municiones, enviar refuerzos y coordinar y monitorear las actividades de las tropas» son actividades de carácter esencial con independencia de que se realicen con anterioridad al inicio de la fase de ejecución del delito⁴³.

Finalmente, es importante señalar que cualquier tipo de asistencia que se preste a la comisión de un delito por una pluralidad de personas pero sin coordinación con las mismas sólo puede dar lugar a responsabilidad penal como partícipe conforme a los arts. 25 (3)(b) a (d) ER, con independencia de la importancia que pueda tener esa contribución. Como las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Lubanga han reiterado, la falta de coordinación impediría la atribución a la persona de que se trate de las contribuciones realizadas por quienes llevan a cabo directamente los elementos del tipo objetivo del delito⁴⁴.

La tercera manifestación del concepto abierto de dominio del hecho es el concepto de autor mediato, es decir aquella persona que, sin ejecutar personalmente los elementos objetivos del tipo, controla la comisión del

³⁹ Roxin: 2000: 141 et seq, Muñoz Conde/García Aran: 2002: 452-453, Kühl: 2002: Nos. 103 y 112, y Wessels/Beulke: 2001: No. 528. Ver también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 347.

⁴⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 526, nota al pie 689.

⁴¹ Ibid, párrafo 526.

⁴² Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 348.

⁴³ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 526.

⁴⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 524) y Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 346).

delito porque utiliza al autor directo como un instrumento sometido al control de su voluntad dominante⁴⁵. El concepto de autoría mediata acaba de ser desarrollado en detalle por la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, si bien la Corte lo aplicó por primera vez en la decisión dictada el 10 de junio de 2008 por la Sala de Cuestiones Preliminares III en la que se exponen las razones que justifican la emisión de una orden de arresto contra Jean Pierre Bemba Gombo (ex vicepresidente de la RDC) por crímenes de guerra y de lesa humanidad presuntamente cometidos en ciertas áreas del sur de la República Centroafricana por miembros del *Mouvement pour la Liberation du Congo* (MLC)⁴⁶.

Según subraya la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, el concepto de autoría mediata, además de haber sido aceptado en los principales sistemas jurídicos del mundo (al menos en aquellos supuestos en los que autor directo no es penalmente responsable porque actúa bajo error invencible, miedo insuperable o no tiene capacidad de culpabilidad), se recoge también en el art. 25 (3) (a) ER al referirse a la comisión del delito «por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable»⁴⁷.

La Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga elabora en particular aquella forma de autoría mediata conocida en derecho penal internacional como *Perpetrator behind the Perpetrator* (*Täter hinter dem Täter*), en la que tanto el autor directo como el autor mediato son penalmente responsables⁴⁸. Dentro de los diversos grupos de casos que la doctrina incluye en esta forma de autoría mediata, la SCP I concluye que aquel grupo de casos conocido como «autoría mediata a través del dominio de la organización» es particularmente aplicable en derecho penal internacional dadas las particulares circunstancias en que se cometen los delitos internacionales de genocidio, de lesa humanidad y de crímenes de guerra⁴⁹. Además, la SCP I subraya como –desde el juicio contra los integrantes de las tres juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983⁵⁰

⁴⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 488 y párrafos 495-518) y Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 332 (i)). Vid. también Roxin: 2000: 141 et seq.

⁴⁶ Vid. Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean Pierre Bemba Gombo, dictada por la SCP III el 10 de junio de 2008, ICC-01/05-01/08-14, párrafos 53 a 55 y 69 a 84.

⁴⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 495.

⁴⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 496.

⁴⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 498 y 499.

⁵⁰ Vid. Sentencia de la de la Corte Federal de Apelación de Argentina, Caso de las Juntas, Caso Núm. 13/84, capítulo 7/5.

hasta el reciente proceso contra el líder de Sendero Luminoso en Perú⁵¹, pasando por el llamado caso del muro del Berlín contra los integrantes del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática de Alemania⁵² e incluyendo algunos de los procesos celebrados en España en relación con ETA⁵³ y en Chile en relación con la actuación de la DINA durante la dictadura del General Augusto Pinochet⁵⁴— la figura de la «autoría mediata a través del dominio de la organización» ha sido aplicada con cierta regularidad a nivel nacional en relación con delitos cometidos a través de estructuras estatales (en particular la policía y el ejército) o grupos armados organizados que se caracterizan por tener una marcada organización jerárquica⁵⁵.

La Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga explica también los requisitos principales de la autoría mediata a través del dominio de la organización. Según la SCP I, se requiere, en primer lugar, la existencia de una organización jerárquicamente organizada a la que pertenezcan tanto los líderes políticos o militares imputados como los autores directos de los delitos que se imputan⁵⁶. Además, los miembros de la organización deben tener un carácter fungible (reemplazable), de manera que si alguno(s) de ellos se niega a cumplir con las ordenes de cometer los delitos emitidas por los dirigentes imputados, existan otros miembros de la organización que las ejecuten en su lugar⁵⁷. En definitiva, se requiere que la organización tenga las características necesarias para que se pueda hablar de «un cumplimiento casi automático de las órdenes»⁵⁸.

Según la SCP I esto sólo se produce si la organización de que se trata tiene un número importante de integrantes, o si en casos de un número más

⁵¹ Vid. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Perú, Caso Núm. 5385-200, de 14 de diciembre de 2007.

⁵² Vid. Sentencia de la Corte Suprema Federal de Alemania, BGHSt 40, 218, pp. 236 et seq; 45, 270, p. 296; BGHSt 47, 100; BGHSt 37, 106; BGH NJW 1998, 767, p. 769.

⁵³ Vid. Tribunal Supremo español, Sala de lo Penal, Caso Num. 12966/1994, Sentencia de 2 de julio de 1994. Más recientemente la Sentencia de 29 de marzo de 2006, dictada por el Juzgado Central de Instrucción Núm 5 de la Audiencia Nacional.

⁵⁴ Vid. Suprema Corte de Justicia de Chile, Fallos del Mes, año XXXV, Noviembre de 1993, Fallo de 12 de Noviembre de 1993.

⁵⁵ Vid. a este respecto el reciente trabajo de los profesores Ambos, K., Gil y Gil, A., Guzmán, J.L., Malarino, E. y Meinin, I., titulado «Imputación de los Crímenes del Subordinado al Dirigente: Un Estudio Comparado (Ambos, K. (Coord.), Uniandes, Bogotá, 2008), en el que explican en detalle aquellos casos en que la figura de «la autoría mediata a través del dominio de la organización» ha sido utilizada en Alemania, Argentina, Chile, España y Perú.

⁵⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 511 y 112.

⁵⁷ Ibid, párrafos 512 y 515 a 118.

⁵⁸ Idem.

reducido de miembros éstos han sido sometidos a entrenamientos particularmente estrictos y violentos⁵⁹. La SCP I no aborda, sin embargo, el problema de si el llamado «cumplimiento casi automático de las órdenes» exigiría que la organización actuara al margen de la legalidad no de manera excepcional, en cuanto que, según algunos autores⁶⁰, si la organización actúa habitualmente conforme a la legalidad, la mayoría de sus miembros no estarían dispuestos a ejecutar órdenes manifiestamente ilícitas⁶¹, en cuyo caso las mismas sólo podrían darse a personas en las que el dirigente tuviera una particular confianza y que por esta razón no podrían ser consideradas como reemplazables o fungibles dentro de la organización.

En segundo lugar, la SCP I requiere también que el dirigente imputado tenga el control *de facto* de la organización, y lo utilice para asegurar la comisión de los delitos. Según la SCP I, el control real del dirigente sobre la organización se manifiesta principalmente en el hecho de que las órdenes que emite son cumplidas habitualmente por sus subordinados, si bien se puede manifestar también a través de su capacidad de contratar, entrenar, imponer medidas disciplinarias y proveer recursos a sus subordinados⁶².

En definitiva, la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga entiende que la organización no es sino una inmensa maquinaria que es activada por el dirigente para ejecutar los delitos. Para el dirigente es irrelevante qué subordinado en particular es finalmente el autor directo de los mismos, pues, a sus ojos, sus subordinados son fungibles en el sentido de que si uno se niega a cumplir con sus órdenes habrá otro que las lleve a cabo⁶³. Es desde esta perspectiva desde la que se puede afirmar que el dirigente ostenta el control de la voluntad del autor directo. Por su parte, desde la perspectiva de los subordinados que reciben las órdenes, éstos mantiene su autonomía y control material sobre los delitos, en cuanto que si deciden finalmente llevarlos a cabo será por voluntad propia puesto que, en principio, tienen la posibilidad de negarse a cumplir las órdenes del dirigente⁶⁴. Es precisamente por esta razón por la que dirigente y subordinados

⁵⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 118.

⁶⁰ C Roxin, *Tatertschaft und Tatherrschaft* (7th edn, Berlin, Gruyter, 2000) *Ibid* at 249 requiring «*rechtsgeloste Apparate*». Vid. también T Rotsch, «Die Rechtsfigur des Taters hinter dem Tater bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen» (1998) *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 495

⁶¹ Como señala expresamente el art. 33 ER, son en todo caso manifiestamente ilícitas aquellas órdenes que ordenan la comisión de genocidio o crímenes de lesa humanidad

⁶² Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 513.

⁶³ *Ibid*, párrafo 515 y 516.

⁶⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 499, nota 660.

pueden ser simultáneamente considerados responsables de los delitos a título de autor (mediato el dirigente, y directo los subordinados que ejecutan sus órdenes).

En aquellos casos en que la organización no tiene las características arriba mencionadas, la Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga subraya expresamente que no cabe afirmar el control de la voluntad de los subordinados por parte del dirigente que dicta las órdenes para la comisión de los delitos. Por lo tanto, según afirma la SCP I, en estos casos no cabrá sino considerar al dirigente como un mero partícipe que a través de sus órdenes indujo a sus subordinados (autores directos) a cometer los delitos⁶⁵.

Para concluir esta sección es importante subrayar que, tal y como la SCP I ha puesto de manifiesto en los casos Katanga y Lubanga⁶⁶, la adopción de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho supone una diferencia sustancial entre el sistema del ER y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que han optado por un concepto subjetivo de autor basado en la doctrina de la empresa criminal común. En este sentido, la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, afirma expresamente que, conforme a lo dispuesto en el art. 21 (1)(a) ER, la Corte ha de regirse, en primer lugar, por lo que se dispone en el ER y en los instrumentos que lo desarrollan (EC y Reglas de Procedimiento y Prueba). Por lo tanto, sólo si no cabe resolver el problema interpretativo creado mediante la aplicación de los criterios de interpretación previstos en los arts. 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cabrá, de manera subsidiaria, aplicar, conforme al art. 21 (1)(b) ER, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y, en particular, su lectura de lo que en un momento dado constituye el contenido de la costumbre internacional. Es desde esta perspectiva desde la que hay que entender la reciente afirmación de la SCP I en la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga en el sentido de que la adopción de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho constituye «un buen ejemplo de la necesidad de no transferir expresamente la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* al sistema de la Corte»⁶⁷.

A este respecto, conviene no olvidar que esta no es ni mucho menos la única diferencia importante que en materia de autoría y participación se

⁶⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 517.

⁶⁶ Vid en particular las Decisiones de confirmación de los cargos en los casos Katanga (párrafo 510) y Lubanga (párrafo 338).

⁶⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 508 (traducción del autor). Vid. también, la Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 335.

puede apreciar entre el ER y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, y que no son sino el fruto de las distintas opciones adoptadas por los redactores del primero y los magistrados que integran las salas de estos últimos⁶⁸. Entre ellas baste mencionar para concluir este apartado el hecho de que, mientras que de acuerdo a lo previsto en el art. 25 (3) (b) a (d) ER todo partícipe es penalmente responsable desde el momento en que se alcanza la fase de tentativa con independencia de que el delito sea o no finalmente consumado, conforme a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* las únicas formas de participación punibles son aquellas que se llevan a cabo en relación con delitos consumados⁶⁹.

3. DE LA SUPERACIÓN DE LAS LIMITACIONES PRESENTADAS POR EL CO-DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO Y LA AUTORÍA MEDIATA MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LA COAUTORÍA MEDIATA

3.1. CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES EN LAS QUE EL CODOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO FUE APLICADO EN EL CASO LUBANGA

El caso Lubanga se refiere a hechos acaecidos en el territorio del distrito de Ituri (que forma parte de la provincia oriental de la RDC) entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, y en el que participaron las fuerzas armadas de la República de Uganda (*Ugandan People Defence Forces*, «UPDF») y un número importante de grupos armados organizados, incluidos la UPC/RP, las FPLC, *le Partit pour l'Unité et la Sauvegarde de l'Integrite du Congo* («PUSIC»), el FNI y el FRPI⁷⁰. En este con-

⁶⁸ En este sentido, es importante subrayar que como Olásolo: 2005: 25 y Triffterer: 1999: 318-319 ha señalado, los arts. 10 y 22 ER subrayan la autonomía entre el ER y el derecho penal internacional en relación con sus respectivas disposiciones penales sustantivas. De ahí, la importancia de centrar la atención en las características específicas que un sistema determinado presenta (ya sea el ER, el de los tribunales *ad hoc*, o el de alguno de los tribunales mixtos creados en los últimos años) para proponer aquellos ajustes que mejor puedan resolver los problemas específicos presentados por los mismo. Vid en este sentido Olásolo: 2007: 152.

⁶⁹ Olásolo: 2008: sección II.4.

⁷⁰ Vid. decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 233-241. Vid. también Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 220, 236, 237, 249, 253, 254, 258, 266, 267, 273, 368 y 373. En opinión de la SCP I este conflicto armado tuvo un carácter internacional hasta el momento que las UPDF se retiraron del territorio de Ituri el 2 de junio de 2003. Con posterioridad la SCP I consideró que el conflicto armado asumió un carácter no internacional.

texto, el caso gira entorno a la política de alistamiento, reclutamiento y utilización activa en las hostilidades de jóvenes de la etnia Hema (incluyendo también a niños menores de quince años) llevada a cabo por la UPC/RP y las FPLC entre septiembre de 2002 y finales de 2003.

Según la Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, el imputado, Thomas Lubanga Dyilo, además de tener el cargo de presidente de la UPC/RP (partido que ostentaba el gobierno provisional del distrito de Ituri durante la casi totalidad del año y medio a que se refiere el caso), «tenía de hecho el control último sobre la adopción y ejecución de las políticas de la UPC/RP, y sólo recibía asesoramiento técnico de los Secretarios Nacionales del movimiento»⁷¹. Además, desde la creación de las FPLC como brazo armado de la UPC/RP en septiembre de 2002, y hasta finales del 2003, Thomas Lubanga ostentó también el cargo de comandante en jefe de las FPLC, fue informado regularmente sobre las operaciones militares de las FPLC y sobre la situación en sus campos de entrenamiento, y desarrolló de manera regular las funciones inherentes a dicho cargo⁷². Sin embargo, debido a las múltiples crisis internas ocurridas en las FPLC a finales de 2002 y principios de 2003, las divisiones entre sus oficiales se hicieron patentes⁷³. Esto provocó que Thomas Lubanga mantuviera mejores relaciones con ciertas facciones de las FPLC, y que sólo tuviera «de manera general, pero no de manera permanente, la última palabra sobre la adopción de las políticas de las FPLC, y sobre la ejecución por las FPLC de las políticas adoptadas por la UPC/RP o por las propias FPLC.»⁷⁴

Como consecuencia de estas disputas internas, el nivel de control de hecho que Thomas Lubanga mantuvo dentro de las FPLC fue inferior al que ostentó dentro de la UPC/RP. Buen ejemplo de esta situación es el hecho de que los otros miembros del Estado Mayor de las FPLC «ordenaran el lanzamiento de operaciones militares sin consultar con Thomas Lubanga»⁷⁵. De esta manera, la relación entre el imputado y los otros oficiales de alta graduación de las FPLC presuntamente involucrados en la comisión de los delitos imputados tenía una naturaleza más bien horizontal que vertical. Como consecuencia estos últimos no podían ser considerados como miembros fungibles de las FPLC sometidos al control de Tho-

⁷¹ Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 368.

⁷² Ibid, párrafo 373.

⁷³ Ibid, párrafo 375 (a) y (b).

⁷⁴ Ibid, párrafos 375 (c) y 376.

⁷⁵ Traducción del autor. Ibid, párrafo 374.

mas Lubanga. De ahí que la SCP I no considerara al imputado como un autor mediato que hubiera utilizado las FPLC para implementar una política de alistamiento, reclutamiento y utilización activa en hostilidades de niños menores de 15 años⁷⁶.

Por el contrario, en opinión de la SCP, lo que ocurrió es que un grupo de líderes políticos de la UPC/RP y militares de las FPLC –que ya habían trabajado juntos con anterioridad a la creación de las FPLC⁷⁷ y que incluían a (i) Thomas Lubanga, (ii) los miembros de la UPC/RP que se encontraban a cargo de las áreas de defensa y seguridad (en particular, el jefe de seguridad de la UPC/RP y el secretario nacional adjunto de defensa); (iii) los oficiales de más alta graduación de las FPLC (es decir, el jefe de su Estado Mayor y su adjunto para operaciones militares); y (iv) otros comandantes de alta graduación de las FPLC⁷⁸– acordaron al crear las FPLC en septiembre de 2002 que era necesario promover la campaña militar de la UPC/RP y de las FPLC mediante:

- (i) El reclutamiento voluntario o forzoso de jóvenes de la etnia Hema en las FPLC;
- (ii) Su entrenamiento militar; y
- (iii) Su utilización para participar activamente en operaciones militares y como guardaespaldas encargados de proteger objetivos militares.

Además, en opinión de la SCP I, Thomas Lubanga –con anterioridad a su detención en Kinshasa a partir del 13 de agosto de 2003– jugó un papel esencial de coordinación en la ejecución del plan común que consistía en mantener consultas permanentes con los otros miembros del mismo y en proporcionarles los recursos financieros y logísticos necesarios para su ejecución⁷⁹. La SCP I hizo especial hincapié en que, en su papel de coordinación, Thomas Lubanga había contribuido, en particular, a la ejecución del plan común: (i) inspeccionando los distintos campos de entrenamiento militar de las FPLC con el fin de animar y preparar a los nuevos jóvenes

⁷⁶ La SCP I si que barajó esta posibilidad en un principio como lo demuestra la siguiente formulación que puede encontrarse en el párrafo 96 de la Decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga: «Existen motivos razonables para creer que, dada la presunta estructura jerárquica entre Thomas Lubanga Dyilo y los otros miembros de la UPC y de las FPLC, el concepto de autoría mediata que, junto con aquel de coautoría basada en el co-dominio del hecho alegado por la Fiscalía, se recoge en el art. 25(3)(a) ER, podría ser aplicable al papel desempeñado por Thomas Lubanga Dyilo en la comisión de los delitos que le imputa la Fiscalía».

⁷⁷ Ibid, párrafo 378.

⁷⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 377 (i).

⁷⁹ Ibid, párrafo 383 (ii).

reclutas de las FPLC para su participación activa en las hostilidades; (ii) promoviendo que las familias Hema contribuyesen a las actividades militares de la UPC/RP y de las FPLC mediante el alistamiento voluntario de al menos uno de sus hijos; y (iii) utilizando niños menores de quince años como guardaespaldas personales⁸⁰. En consecuencia, según la SCP I, el papel jugado por el imputado en la ejecución del plan común fue esencial porque él era el único que podía resolver los problemas financieros y logísticos encontrados durante su ejecución.⁸¹ De ahí que tuviera también el poder de frustrar la ejecución del plan común⁸².

Ante estas circunstancias, y dada la coordinación con que se ejecutó el plan común y el carácter esencial de las aportaciones realizadas por los distintos integrantes del mismo y en particular por Thomas Lubanga, la SCP I decidió aplicar la coautoría basada en el codominio funcional del hecho, en lo que constituye el ejemplo más sobresaliente hasta la fecha de su aplicación a nivel internacional. Es importante subrayar que la SCP I no necesitó recurrir a la coautoría mediata, puesto que algunos de los líderes políticos y militares del UPC/RP y de las FPLC, que eran parte del plan común, reclutaron directamente a los niños menores de quince años en las FPLC, les entrenaron militarmente, les suministraron armamento, les asignaron a ciertas unidades militares o les dieron la función de guardaespaldas de los principales comandantes militares de las FPLC, y les ordenaron entrar en combate⁸³. En otras palabras, los delitos imputados a Thomas Lubanga fueron llevados a cabo directamente por los otros integrantes del plan común.

Sobre esta cuestión es importante subrayar que la determinación del conjunto de individuos que forman parte del plan común es la piedra angular y, al mismo tiempo, la cuestión más difícil de responder al aplicar la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho. Por un lado, el co-dominio funcional del hecho –como cualquier otra forma de coautoría incluida la doctrina de la empresa criminal común aplicada por los tribunales *ad hoc*⁸⁴– requiere que quienes realizan personalmente los elementos del tipo objetivo formen parte del grupo de coautores y, por lo tanto, sean miembros del plan común. Esto significa que deben participar en el proceso de toma de decisiones relativas a la comisión del delito y en la división de funciones para la ejecución del plan común. Por otro lado, cuanto más se desciende en la cadena de mando para intentar incluir den-

⁸⁰ Ibid, párrafo 383 (ii) y (iii).

⁸¹ Ibid, párrafo 398.

⁸² Idem.

⁸³ Ibid, párrafo 383 (i).

⁸⁴ Vid. Olasolo 2008: Capítulo IV.

tro del grupo de coautores a los mandos medios y a los miembros de más baja graduación, más difícil resulta explicar: (i) cómo estos últimos participaron junto con los líderes políticos y militares en el proceso de toma decisiones; y (ii) cómo la división de funciones para la ejecución del plan común puede ser calificada como consensual si los mandos medios y los miembros de más baja graduación se limitaron a seguir las instrucciones que les fueron enviadas a través de la cadena de mando por los líderes políticos y militares al frente de la organización.

En opinión del autor, la inclusión por la SCP I de «otros comandantes de alta graduación de las FPLC» entre los miembros del plan común resulta en principio problemática porque no indica hasta qué nivel de la cadena de mando desciende el grupo de coautores. Sin embargo, el hecho de que la SCP I pusiese al comandante de las FPLC a cargo de las operaciones militares en el sector sureste (que se encontraba únicamente un escalón por debajo de los más altos mandos de las FPLC) como ejemplo de quienes podían ser esos otros comandantes también incluidos entre el grupo de los coautores, reduce de manera importante el alcance del problema puesto que parece que el círculo de coautores se limita a un pequeño grupo de líderes políticos de la UPC/RP y de comandantes militares de las FPLC, entre los que no habría una relación estrictamente jerárquica.

Además de que los delitos imputados fueran directamente cometidos por varios de los miembros del reducido grupo de líderes políticos de la UPC/RP y militares de las FPLC que formaban parte del plan común, el caso Lubanga presenta una segunda particularidad consistente en que el que el contenido del plan común no parece tener de por sí una naturaleza intrínsecamente criminal en cuanto que, dada la situación de conflicto armado, era perfectamente legítimo que las FPLC lanzaran una campaña de reclutamiento entre los jóvenes de aquella parte de la población civil que apoyaba el movimiento (en este caso, principalmente, la perteneciente al grupo étnico Hema). Tampoco se podía apreciar delito en el hecho de el reclutamiento no sólo fuera voluntario, sino también forzoso, ni en el hecho de que los nuevos reclutas, una vez entrenados, fueran utilizados activamente en operaciones militares o como guardaespaldas de los comandantes de las FPLC. Ahora bien, tal y como subraya la SCP I, el plan común, si bien ni iba dirigido, ni entrañaba necesariamente, la comisión de un delito, sí que contenía un elemento de criminalidad en cuanto que su ejecución conllevaba un riesgo evidente de que afectara a niños menores de quince años⁸⁵.

⁸⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 377.

Según la SCP I, desde que se crea dicho plan a principios de septiembre de 2002, Thomas Lubanga y los restantes miembros del mismo eran mutuamente conscientes⁸⁶, y habían aceptado la posibilidad⁸⁷, de que en el curso normal de los acontecimientos niños menores de 15 años fueran alistados o reclutados en las FPLC y utilizados activamente en hostilidades. De esta manera, se cumplían los requisitos del dolo eventual que, según la interpretación realizada por la SCP I en el caso Lubanga, constituye el estándar mínimo incluido dentro del elemento subjetivo general del art. 30 ER⁸⁸. A lo que hay que añadir que la propia SCP subrayó que Thomas Lubanga era consciente de las circunstancias que le atribuían el codominio del hecho, lo que incluía (i) su posición *de iure* y *de facto* dentro de la UPC/RP y las FPLC; (ii) el carácter esencial de sus funciones como coordinador en la ejecución del plan común para promover el esfuerzo militar de la UPC/RP y las FPLC; y (iii) su capacidad para frustrar la ejecución del plan común si se negaba a desarrollar su papel de coordinador⁸⁹.

La aceptación de que el plan común ni vaya dirigido, ni entrañe necesariamente, la comisión de un delito, sino que es suficiente con que contenga un elemento de criminalidad en el sentido arriba señalado constituye una característica particularmente distintiva de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho. Así, en opinión del autor, el hecho de que el plan común no tuviera como fin último, o como medio necesario para la consecución del fin último, la comisión de alguno de los delitos imputados, habría impedido, en opinión del autor, la aplicación de la doctrina de la empresa criminal común tal y como ha sido elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*⁹⁰. Ello se debe a que esta doctrina encarna un concepto subjetivo de autor que da más importancia a la intención con la que se realiza la contribución al plan común que al valor objetivo de la misma, y que, por lo tanto, requiere que el plan común esté específicamente dirigido a la comisión de los delitos incluidos en la empresa criminal común (*core crimes*)⁹¹.

⁸⁶ Ibid, párrafos 404 (i) y 408.

⁸⁷ Ibid, párrafos 404 (ii) y 408.

⁸⁸ Ibid, párrafos 352 a 355.

⁸⁹ Ibid, párrafo 409.

⁹⁰ Vid. las sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafo 227), Krnoje-lac (párrafo 31), Vasiljevic (párrafo 100), Kvočka (párrafo 81), Stakic (párrafo 64) y Brda-nin (párrafo 364). Vid. también las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafo 883).

⁹¹ Vid. las sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnoje-lac (párrafo 32), Vasiljevic (párrafo 101), Kvočka (párrafo 82), Stakic (párrafo 65) y Brda-nin (párrafo 365). Vid. también las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafos 879 y 883).

Por su parte, el hecho de que la coautoría basada en el codominio funcional del hecho sólo requiera «un elemento de criminalidad» se explica porque la característica principal de la misma es la función esencial que juega cada uno de los coautores en su ejecución y el conocimiento que de su papel esencial tienen estos últimos.

3.2. EL CASO BEMBA: ENTRE AUTORÍA MEDIATA Y COAUTORÍA MEDIATA

La diferencia más importante entre el caso Lubanga, y los casos contra Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui y Jean Pierre Bemba Gombo es que en estos últimos casos ninguno de los líderes políticos y militares que forman parte del plan común cometieron directamente los delitos imputados, sino que, una vez divididas las tareas, cada uno de los integrantes del plan común se valió de sus subordinados en los grupos armados que dirigían para realizar sus respectivas contribuciones.

La decisión mas importante dictada hasta la fecha en caso contra Jean Pierre Bemba, es la dictada por la SCP III el 10 de junio de 2008 en la que se exponen las razones que justifican la emisión de una orden de arresto contra el mismo. En esta decisión se explica que los crímenes de guerra y de lesa humanidad (asesinatos, torturas, violaciones, atentados contra la dignidad personal y saqueos de localidades) cometidos contra población civil residente en el sur de la República Centro-Africana («RCA») entre el 25 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003, e imputados a Jean Pierre Bemba, son el resultado de la ejecución de un plan común acordado entre el ex presidente de la RCA (Ángel-Félix Patasse) y el propio imputado (máxima autoridad *de iure* y *de facto* del *Mouvement pour la Libération du Congo* («MLC»))⁹².

Según la SCP III, el plan común consistía en (i) el envío por Jean Pierre Bemba de una parte importante de los integrantes del MLC para apoyar militarmente al ex presidente Patasse en el conflicto que este último sostenía con las fuerzas del ex jefe del Estado Mayor y actual presidente de la RCA Francois Bozize⁹³; y (ii) el apoyo estratégico y logístico de Ángel-Félix Patasse a Jean Pierre Bemba frente al régimen del actual presidente de la RDC, Joseph Kabila⁹⁴. Conforme al plan común, las fuerzas

⁹² Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean Pierre Bemba Gombo, dictada por la SCP III el 10 de junio de 2008, ICC-01/05-01/08-14, párrafos 69-72.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Idem.

del MLC, una vez en territorio de la RCA, actuarían de manera conjunta y coordinada con las fuerzas leales al ex presidente Patasse (principalmente, las fuerzas de la Unidad de Seguridad Presidencial) para tratar de frenar el avance de las fuerzas del actual presidente Bozize⁹⁵.

Según la SCP III, el plan común, si bien no iba dirigido, ni implicaba necesariamente, la comisión de los delitos imputados, entrañaba el riesgo serio de su comisión dados los numerosos actos de violencia contra la población civil (asesinatos, robos, destrucción de propiedad y violaciones) que las fuerzas del MLC habían realizado en recientes campañas desarrolladas en distintas regiones de la RDC⁹⁶. Se trataba, por tanto, de un plan común que, siguiendo lo establecido en la Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, contenía un elemento de criminalidad⁹⁷. Además, para la SCP III, tanto Ángel-Félix Patasse como Jean Pierre Bemba eran conscientes de que dichos actos de violencia contra la población civil del sur de la RCA se producirían en el curso normal de los acontecimientos y habían aceptado mutuamente la probable realización de este riesgo⁹⁸. En consecuencia, ni los delitos eran parte integral del plan común (sino un riesgo probable de su ejecución), ni los miembros del plan común actuaron con el deseo de que se produjeran los delitos o con el conocimiento de que su comisión sería una consecuencia necesaria de la ejecución del plan común (sino que actuaron con un *dolo eventual* compartido).

Conforme a lo señalado por la SCP III, ninguno de los dos integrantes del plan común (Ángel-Félix Patasse y Jean Pierre Bemba) cometió directamente ninguno de los delitos imputados. En consecuencia, a diferencia del caso Lubanga, no cabía la aplicación *stricto sensu* de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho. Así mismo, si bien los delitos imputados fueron cometidos por miembros del MLC (lo que en principio hubiera podido permitir la imputación de Jean Pierre Bemba en calidad de autor mediato en cuanto que máximo dirigente *de iure* y *de facto* del MLC), lo cierto es que la SCP III subrayó que la prueba presentada mostraba indicios razonables de que dicho delitos se produjeron a raíz de la ejecución coordinada del plan común entre el imputado y el ex presidente Patasse (de manera que, en última instancia, su comisión había sido el resultado de la actuación coordinada en el terreno de los integrantes de las

⁹⁵ Ibid, párrafo 74.

⁹⁶ Ibid, párrafo

⁹⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 377.

⁹⁸ Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean Pierre Bemba Gombo, dictada por la SCP III el 10 de junio de 2008, ICC-01/05-01/08-14, párrafos 82 y 83.

fuerzas que cada uno dirigía frente al intento de golpe de estado del actual presidente Bozize).

En consecuencia, si bien la SCP III, no lo explica de manera expresa, lo que, en opinión del autor, ha llevado finalmente a cabo es atribuir a Jean Pierre Bemba los delitos que se le imputan a título de coautor mediato, que, con plena consciencia de la función esencial que juega en la implementación del mismo, lleva a cabo su parte del plan común a través del grupo armado organizado (el MLC) que dirige *de iure* y *de facto*⁹⁹.

3.3. EL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE COAUTORÍA MEDIATA EN EL CASO CONTRA GERMAIN KATANGA Y MATHIEU NGUDJOLO CHUI

La primera aproximación a la coautoría mediata llevada a cabo por la SCP III en el caso Bemba ha sido recientemente retomada y desarrollada por la SCP I en su Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga. Este caso, al igual que el caso Lubanga, se refiere a hechos producidos durante el conflicto armado que tuvo lugar en el territorio del distrito de Ituri (DRC) en el segundo semestre del año 2002 y en el año 2003, si bien los imputados son los ex comandantes en jefe de los grupos armados organizados Ngiti (FRPI) y Lendu (FNI) que se oponían, con el apoyo de las fuerzas armadas ugandesas, al gobierno regional provisional del movimiento Hema UPC/RP y de su brazo armado las FPLC¹⁰⁰.

Conforme a lo señalado en la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, los dos únicos miembros del plan común eran Germain Katanga (comandante en jefe de las FRPI) y Mathieu Ngudjolo Chui (comandante en jefe del FNI)¹⁰¹, quienes ya habían cooperado estrechamente en el pasado¹⁰². Ambos fueron quienes según la SCP acordaron el lanzamiento el 24 de febrero de 2003 de un ataque conjunto contra el pueblo de Bogoro, que en ese momento se encontraba bajo el control de las fuerzas de las UPC/FPLC, y tenía un valor estratégico indudable al encontrarse situado en el cruce de las carreteras que van desde Bunia (capital del distrito de Ituri) a Beni (capital de la provincia del Norte de Kivu), y desde

⁹⁹ Ibid, párrafos 52 a 55 (sobre la estructura jerárquica del MLC), párrafos 75-81 (carácter esencial de la contribución del imputado a la ejecución del plan común) y párrafo 83 (conocimiento de la posición de liderazgo que tiene en el MLC y del papel esencial que ha de jugar a través del mismo en la ejecución del plan común).

¹⁰⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, pp. 71-75.

¹⁰¹ Ibid, párrafos 548-553.

¹⁰² Ibid, párrafo 552.

Kasenyi (población más importante de Ituri en la orilla congoleña del lago Albert que sirve de frontera natural con Uganda) a Mongwalu (principal mina de oro de Ituri y una de las más importantes de la región de los grandes lagos)¹⁰³.

Según la SCP I, el plan común tenía dos objetivos fundamentales. Por una parte, obtener el control de Bogoro, lo que dado su valor estratégico lo convertía en un importante objetivo militar¹⁰⁴. Por otra parte, asegurar el posterior mantenimiento de dicho control mediante la destrucción de la población civil, que en su gran mayoría era del grupo étnico Hema y apoyaba a las fuerzas defensoras de las FPLC¹⁰⁵. Se puede, por lo tanto, apreciar ya una primera diferencia importante entre el caso Katanga, y los casos Lubanga y Bemba, en cuanto que mientras en el primero el plan común es intrínsecamente criminal pues se dirige específicamente a atacar a la población civil de Bogoro, en los dos últimos casos el plan común contiene únicamente un elemento de criminalidad al no ir dirigido ni conllevar necesariamente la comisión de los delitos imputados. Como veremos más adelante, esta diferencia va a jugar un papel fundamental en la manera en que la SCP I ha abordado los elementos subjetivos de la coautoría mediata en el caso Katanga.

Según la SCP I, ni Germain Katanga ni Mathieu Ngudjolo Chui cometieron directamente ninguno de los delitos ocurridos durante el ataque a Bogoro. Por el contrario, una vez acordada la fecha del ataque, su papel fue el de asegurar (i) la coordinación de su ejecución mediante la discusión de los detalles del ataque con los comandantes de sus respectivos grupos armados que dirigirían personalmente el ataque; (ii) el suministro de las armas necesarias para llevarlo a cabo; (iii) la movilización de sus respectivas fuerzas; y (iv) la emisión a los comandantes en el terreno de la orden de proceder a la ataque¹⁰⁶. En consecuencia, cada uno de los dos imputados realizó su contribución a través de los grupos armados que dirigían *de iure* y controlaban *de facto*¹⁰⁷, y que, a juicio de la SCP I, cumplían con los requisitos de organización jerárquica y fungibilidad de sus miembros que requiere la aplicación de la autoría mediata a través del dominio de la organización¹⁰⁸. Además, como cada uno de los imputados pertenecía a una etnia diversa, y los grupos armados que dirigían se carac-

¹⁰³ Ibid, párrafos 275-283, y 548.

¹⁰⁴ Ibid, párrafos 273 y 275.

¹⁰⁵ Ibid, párrafos 273, 275, 548 y 549.

¹⁰⁶ Ibid, párrafos 555 a 561.

¹⁰⁷ Ibid, párrafos 540 y 541.

¹⁰⁸ Ibid, párrafos 543 a 547.

terizaban, en gran medida, porque sus integrantes pertenecían a distintos grupos étnicos¹⁰⁹, el éxito del ataque dependía de que ambos imputados actuaran de manera conjunta y coordinada pues los subordinados de uno no responderían a las órdenes de dadas por el otro (contribución esencial coordinada que da lugar al codominio del hecho)¹¹⁰.

De esta manera, la SCP I se encontró con una situación en la que ni podía aplicar la autoría mediata a través del dominio de la organización porque ello limitaría la responsabilidad de cada uno de los imputados a los delitos directamente cometidos por sus subordinados (y no había forma de distinguir a que grupo armado específico pertenecían los autores directos de cada uno de los delitos), ni podía utilizarse la co-autoría basada en el codominio funcional del hecho porque ninguno de los coautores había participado directamente en el ataque a Bogoro (Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui habían entrado en Bogoro sólo una vez concluido el ataque). Ante estas circunstancias, la SCP I, decidió aplicar la figura de la coautoría mediata, que no es sino una cuarta manifestación de la teoría del dominio del hecho consistente en la aplicación conjunta de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho y la autoría mediata a través del dominio de la organización. Al adoptar esta decisión, la SCP I rechazó la posición defendida de la Defensa de Germain Katanga, que utilizó una gran parte del tiempo de que disponía durante la audiencia de confirmación de cargos para alegar que el art. 25 (3) (a) ER, si bien admite la aplicación por separado de la coautoría y de la autoría mediata, no permite su aplicación conjunta.

Se trataba ésta de una alegación particularmente relevante, puesto que como lo demuestran los casos contra Jean Pierre Bemba, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui y Milomir Stakic, la exigencia de que alguno de los coautores realice directamente los elementos objetivos del tipo, limita notablemente la aplicación práctica de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho, a no ser que se admita que los coautores pueden llevar a cabo sus contribuciones a través de sus subordinados en las organizaciones que dirigen. De hecho, cuando los miembros del plan común se limitan a los líderes políticos y militares que se encuentran en las más altas esferas del poder, es del todo excepcional encontrar un caso como el caso Lubanga en el que varios de los dirigentes afectados cometieron directamente los delitos imputados.

¹⁰⁹ Las FRPI estaban formados principalmente por individuos de la etnia Ngiti a la que pertenecía Germain Katanga y el FNI estaba formado por miembros de la etnia Lendu de la que también era miembro Mathieu Ngudjolo Chui.

¹¹⁰ Ibid, párrafo 560.

Del mismo modo, los casos arriba mencionados han puesto de manifiesto la dificultad de aplicar por sí sola la autoría mediata a través del dominio de la organización. Así, o bien la existencia de subgrupos de poder dentro de la organización hacen que no se pueda hablar de un control *de facto* del conjunto de la organización (caso Lubanga), o los delitos son cometidos a través de la actuación coordinada de varias estructuras organizadas de poder donde los miembros de cada uno de ellas sólo responden a las instrucciones de quienes se encuentran al frente de las mismas (caso Katanga). De ahí, que si la SCP I hubiera aceptado las alegaciones de la Defensa en el caso Katanga, la utilidad práctica de la teoría del dominio del hecho para reflejar la responsabilidad penal de los líderes políticos y militares por la comisión de crímenes internacionales se hubiera visto muy seriamente mermada.

La SCP I rechazó la posición de la Defensa de Gemain Katanga al considerar que ni tan siquiera una interpretación estrictamente literal de la expresión «cometa ese crimen por sí solo, con otro, o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable» puede llevar a la conclusión inequívoca de que el art. 25 (3) (a) ER excluye la coautoría mediata de su ámbito de aplicación¹¹¹. A lo que hay que añadir que, según la SCP I, las interpretaciones sistemáticas y teleológicas de esta disposición apoyan la conclusión contraria, es decir, que la coautoría mediata forma parte del ámbito de aplicación del art. 25 (3) (a) ER¹¹².

En cuanto a sus elementos, la SCP I estableció que los elementos objetivos de la coautoría mediata consisten en la existencia de un plan común entre un pequeño círculo de líderes políticos y militares que ostentan el control *de facto* sobre una o varias organizaciones estructuradas jerárquicamente y cuyos miembros son fungibles. Una vez divididas las tareas para la ejecución del plan común, los dirigentes que integran el mismo llevan a cabo sus respectivas contribuciones esenciales a través de las organizaciones que controlan. Los delitos imputados son finalmente cometidos por sus subordinados como consecuencia de la ejecución del plan común¹¹³.

En cuanto a los elementos subjetivos, la SCP I señaló que, además de que el imputado debe llevar a cabo su contribución con los requisitos subjetivos requeridos por la definición de los delitos que se le imputan a título

¹¹¹ Ibid, párrafos 490 y 491.

¹¹² Ibid, párrafos 492 a 494.

¹¹³ Los elementos objetivos de la coautoría mediata se describen en los párrafos 595 a 526 de la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga.

lo de coautor¹¹⁴, es necesario también: (i) que todos los miembros del plan común sean conscientes y acepten mutuamente que su ejecución resultará (o es probable que resulte) en la comisión de los delitos imputados¹¹⁵; y (ii) que el imputado sea consciente del carácter esencial de su contribución, lo que incluye el conocimiento del control *de facto* que ejerce sobre la organización que dirige y a través de la cual lleva a cabo su contribución¹¹⁶.

Con respecto a la definición que de los elementos subjetivos de la coautoría mediata realiza la SCP I en el caso Katanga, es importante señalar que la misma es incompleta en cuanto que renuncia expresamente a discutir si el art. 30 ER acepta o no el dolo eventual¹¹⁷. De esta manera, la SCP I no aclara si la coautoría mediata requiere que los delitos imputados sean, como mínimo, una consecuencia necesaria de la ejecución del plan común (dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias), o si es suficiente con que dichos delitos sean una consecuencia probable y aceptada de la ejecución del plan común (dolo eventual, aceptado por la propia SCP I en el caso Lubanga). Del mismo modo, la SCP I tampoco discute si se requiere que los miembros del plan común sean conscientes y acepten mutuamente que los delitos imputados serán una consecuencia necesaria de la ejecución del plan común, o si es suficiente, como la propia SCP I ha señalado en el caso Lubanga, con que los mismos sean conscientes y acepten mutuamente la probabilidad de que la implementación del plan común lleve consigo la comisión de dicho delitos.

La razón dada por la SCP I para renunciar a la discusión sobre el dolo eventual en la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga es que no era necesaria dado que la prueba presentada mostraba que el plan común incluía a la población civil de Bogoro como uno de los objetivos específicos del ataque, lo que suponía que todos los delitos imputados fueron cometidos con dolo directo de primer grado o al menos con dolo directo de segundo grado. No parece, sin embargo, que las circunstancias fácticas de un caso concreto justifiquen una descripción incompleta de los elementos que jurídicamente conforman la autoría mediata, sobre todo si se tiene en cuenta que ésta era la primera decisión en la historia de la Corte en que se analizaban dichos elementos, y que, con anterioridad, sólo existía el precedente del caso contra Milomir Stakic ante el TPIY.

¹¹⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 527-532.

¹¹⁵ Ibid, párrafos 533-537.

¹¹⁶ Ibid, párrafos 538 y 539.

¹¹⁷ Ibid, párrafo 531.

Además, para generar todavía una mayor confusión, la SCP I define el dolo directo de segundo grado utilizando la misma expresión recogida en el art. 30 (2)(b) ER, de manera que éste incluiría aquellas situaciones en que el imputado, a pesar de no tener la intención de producir los elementos del tipo objetivo, es consciente que los mismos se producirán «en el curso normal de las circunstancias»¹¹⁸. Como consecuencia, pareciera que la SCP I estuviese implícitamente declarando que cualquier estándar inferior al dolo directo de segundo grado, incluido el dolo eventual, queda excluido del ámbito de aplicación del art. 30 ER, lo que impediría también su inclusión dentro de la autoría mediata. La interpretación de la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga en este sentido se vería reforzada porque en el caso Lubanga la SCP I utilizó la misma expresión «en el curso normal de las circunstancias» para definir el dolo eventual y no el dolo directo de segundo grado¹¹⁹.

Ahora bien, al mismo tiempo, la SCP I, en la propia Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, afirma en varias notas al pie de página que la mayoría de la Sala sigue considerando válida la interpretación realizada en el caso Lubanga de que el dolo eventual se encuentra incluido dentro del elemento subjetivo general del art. 30 ER¹²⁰. De manera que no se puede sino afirmar que, con respecto a los elementos subjetivos de la coautoría mediata, la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga levanta importantes interrogantes que deberán ser resueltos en futuras decisiones de la Corte.

3.4. EL CONCEPTO DE COAUTORÍA MEDIATA BASADO SOBRE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES AD HOC: EL CASO STAKIC

El problema con el que se enfrentó la SCP I en el caso Katanga no es nuevo, en cuanto que ya se había planteado a nivel internacional en el caso contra Milomir Stakic ante el TPIY, y a nivel nacional en los casos de las Juntas Militares argentinas y del muro del Berlín. Ahora bien, sólo la Sala de Primera Instancia II del TPIY en el caso Stakic había intentado realmente abordarlo puesto que tanto la Corte de Apelaciones de Buenos Aires

¹¹⁸ Ibid, párrafo 529.

¹¹⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 351 a 355.

¹²⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 251, nota al pie 329. Vid también el voto particular de la jueza Anita Usascka a la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 12, nota al pie 10.

como el Tribunal Supremo alemán decidieron no analizar las relaciones existentes entre los miembros de cada una de las tres Juntas Militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983 o entre los integrantes del Consejo de Seguridad Nacional de la ex República Democrática Alemana («RDA»)¹²¹. En consecuencia, mientras que los integrantes de cada una de las tres Juntas Militares argentinas –los respectivos comandantes en jefe del ejército de tierra, de la armada y del ejército del aire– fueron únicamente condenados por los delitos cometidos por sus subordinados directos¹²², los distintos miembros del Consejo de Seguridad Nacional de la ex RDA fueron condenados como autores mediatos de las muertes y lesiones producidas por los guardias de frontera en cumplimiento de la orden de tirar a matar contra todo aquel que intentase pasar a la ex República Federal Alemana a través del tristemente conocido «muro de Berlín»¹²³.

El caso Stakic se refiere a una campaña de limpieza étnica contra la población civil de ascendencia no serbia que se produjo en la Municipalidad de Prijedor (Bosnia y Herzegovina) en la primavera y verano de 1992. Según la Sala de Primera Instancia II del TPIY, existían en aquel momento en la Municipalidad de Prijedor, tres estructuras organizadas de poder: (i) la administración civil; (ii) la policía nacional de la autoproclamada República Serbia de Bosnia-Herzegovina (República Sprska) que formaba parte de su Ministerio de Interior; y (iii) el ejército de la República Sprska que estaba formado por aquellas unidades desplegadas en la Municipalidad de Prijedor, así como por aquellas otras unidades de defensa territorial creadas en Prijedor a raíz del inicio del conflicto¹²⁴.

El imputado, Milomir Stakic, era el presidente de la Asamblea Municipal de Prijedor y de su Presidencia de Guerra y ostentaba el control *de facto* sobre la administración civil de la Municipalidad, que, según la Sala de Primera Instancia II del TPIY, cumplía con los requisitos de organización jerárquica y fungibilidad de sus miembros que son necesarios para la aplicación de autoría mediata a través del dominio de la organización¹²⁵. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia II del TPIY se encontró con el

¹²¹ Olasolo 2008: Capítulos III.3.3.3 y V.6.

¹²² Vid. Sentencia de la Sala de la Corte Federal de Apelación de Argentina, Caso de las Juntas, Caso Núm. 13/84, capítulo 7/5.

¹²³ Vid. Sentencia de la Corte Suprema Federal de Alemania, BGHSt 40, 218, pp. 236 et seq.; 45, 270, p. 296; BGHSt 47, 100; BGHSt 37, 106; BGH NJW 1998, 767, p. 769.

¹²⁴ *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, Trial Judgement, ICTY, Caso Num. IT-97, 24-T, dictada por la Sala de Primera Instancia II el 31 de julio de 2003, párrafo 469. Vid. el extenso comentario que sobre la aplicación de la coautoría mediata en esta sentencia se encuentra en Olasolo/Pérez Cepeda 2004: 474 et seq.

¹²⁵ Decisión de Primera Instancia en el Caso Stakic, párrafos 492-494.

problema de que no podía aplicar esta última forma de responsabilidad en cuanto que los delitos imputados habían sido directamente cometidos por miembros de la policía y del ejército que pertenecían a las otras dos organizaciones existentes en Prijedor en aquel momento (las cuales también cumplían con los requisitos de organización jerárquica y fungibilidad de sus miembros arriba mencionados)¹²⁶. Del mismo modo, la Sala de Primera Instancia II del TPIY tampoco podía aplicar la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho en cuanto que ninguno de los dirigentes de la policía, del ejército y de la administración municipal de Prijedor, que, junto con Milomir Stakic, habían planeado y puesto en marcha la campaña de limpieza étnica allí ocurrida en la primavera y verano de 1992, había cometido directamente ninguno de los delitos imputados¹²⁷.

En consecuencia, la Sala de Primera Instancia II del TPIY terminó recurriendo a la figura de la coautoría mediata¹²⁸ para condenar a Milomir Stakic como coautor de los delitos imputados en cuanto que él mismo, junto con los jefes de la policía y del ejército de la Municipalidad de Prijedor, habían acordado la ejecución de una campaña de limpieza étnica que llevaron a cabo de manera coordinada a través de sus respectivas estructuras organizadas de poder¹²⁹. En particular, el imputado jugó un papel esencial en la coordinación general de la ejecución de la campaña, así como en asegurar que la administración civil, que él personalmente dirigía, suministrase la asistencia logística y operacional necesaria para que los miembros de la policía y del ejército pudieran llevarla directamente a efecto¹³⁰.

En este sentido, conviene destacar que la Sala de Primera Instancia II del TPIY adoptó la posición de que no era necesario que el plan común fuese intrínsecamente criminal, y que, por lo tanto, ni tenía que ir dirigido a la comisión de los delitos imputados, ni la producción de estos últimos tenía que ser una consecuencia necesaria de sus ejecución. Por el contrario, para la Sala de Primera Instancia II del TPIY era suficiente con que el plan común contuviera un elemento de criminalidad consistente en la probabilidad de que los delitos imputados resultaran cometidos como consecuencia de su ejecución¹³¹. Correlativamente, para la Sala de Primera Instancia II del TPIY también era suficiente con que los miembros del plan

¹²⁶ Olásolo/Pérez Cepeda 2004: 474 *et seq.*

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ Decisión de Primera Instancia en el Caso Stakic párrafos 421-461 y 468-498.

¹²⁹ *Ibid.*, párrafos 470-477.

¹³⁰ *Ibid.*, párrafos 477-482.

¹³¹ *Ibid.*, párrafos 470-477.

común fueran conscientes de esta probabilidad y la hubieren mutuamente aceptado¹³².

Sin embargo, con posterioridad, la Sala de Apelaciones del TPIY, en su sentencia de apelación de 22 de marzo de 2006 dictada en el mismo caso Stakic, rechazó la aplicación de la coautoría mediata realizada por la Sala de Primera Instancia II por considerar que la costumbre internacional, al menos tal y como se manifestaba en el momento en que se produjeron los hechos objeto del caso, había adoptado un concepto subjetivo de autor basado en la doctrina de la empresa criminal común¹³³. En consecuencia, la Sala de Apelaciones sustituyó la condena a Milomir Stakic como coautor mediato por una condena como coautor en cuanto que integrante de una empresa criminal común que incluía a los dirigentes de la administración civil, de la policía y del ejército de Prijedor, así como a los subordinados que ejecutaron directamente la campaña de limpieza étnica planeada y puesta en marcha por aquéllos¹³⁴.

En importante subrayar que la Sala de Apelaciones del TPIY afirmó la aceptación de un concepto subjetivo de autor en la costumbre internacional sin referencia a fuente alguna¹³⁵. En este sentido, como el autor ha expuesto extensamente en otros trabajos¹³⁶, esta afirmación no sólo no se corresponde con el estado actual de la costumbre internacional en esta materia, sino que la propia Sala de Apelaciones del TPIY se ha desdicho en sentencias posteriores en las que ha decidido aplicar varias de las manifestaciones de la teoría del dominio del hecho¹³⁷. Además, en relación con la ley aplicable ante la Corte, conviene recordar que, tal y como la SCP I ha señalado en los casos Katanga y Lubanga, la costumbre internacional es sólo una fuente subsidiaria de derecho que únicamente aplicable en aquellos supuestos en los que no sea suficiente con la interpretación del Estatuto de Roma y de sus instrumentos suplementarios a la luz de los principios de interpretación previstos en los arts. 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. A este respecto, como vimos en secciones anteriores, la propia SCP I ha afirmado expresamente, que esta

¹³² Ibid, párrafos 495-498.

¹³³ *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, Appeal Judgement, ICTY, Caso Num. IT-97, 24-A, dictada por la Sala de Apelaciones el 22 de marzo de 2006, párrafo 62. Vid. sobre el tratamiento en esta sentencia de la autoría mediata basada en la teoría del dominio del hecho, Oläsolo 2007: 142 *et seq.*

¹³⁴ Sentencia de Apelación en el Caso Stakic, párrafos 63 *et seq.*

¹³⁵ La conclusión es alcanzada sin referencia alguna al pie de página. Vid. Sentencia de Apelación en el Caso Stakic, párrafo 62.

¹³⁶ Oläsolo Lubanga 2008; pp. 285 *et seq.*

¹³⁷ Oläsolo 2008: Capítulo IV.

situación no se plantea con respecto a la adopción por el art. 25 (3) (a) ER de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho¹³⁸.

4. CONCLUSIÓN

Tras una primera aproximación a la figura de la coautoría mediata por la SCP III de la Corte Penal Internacional en el caso Bemba, la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga dictada la semana pasada por la SCP I abre de nuevo las puertas de manera expresa al recurso a esta figura tras su injustificado rechazo por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Stakic. En opinión del autor, se trata éste de un desarrollo particularmente relevante en un momento en el que el derecho penal internacional se encuentra inmerso en pleno proceso de revisión de sus categorías tradicionales de autoría y participación para reflejar con mayor precisión la responsabilidad penal de líderes políticos y militares en la comisión de crímenes internacionales.

Si bien es cierto que todavía queda un largo camino por recorrer, particularmente a la luz de las deficiencias que la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga presenta en la elaboración de los elementos subjetivos, no es menos cierto que su reafirmación del concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho y su desarrollo de la coautoría mediata suponen un desarrollo importante en el tratamiento penal de aquellas situaciones en las que varios líderes políticos y militares (i) controlan conjuntamente una estructura organizada de poder que utilizan de manera coordinada para asegurar la comisión de los delitos; o (ii) controlan diversas estructuras organizadas de poder que ponen en marcha coordinadamente para asegurar la comisión de los delitos.

ANEXO I: TABLA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Akehurst, «Custom as A Source of International Law», *British Yearbook of International Law*, Vol. 47, 1974.
- Ambos, K., Gil y Gil, A., Guzmán, J.L., Malarino, E. y Meinin, I., *Imputación de los Crímenes del Subordinado al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Ambos, K. (Coord.), Uniandes, Bogotá, 2008.

¹³⁸ Vid. *supra*, Sección 2. Vid. También Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 508) y Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 335).

- Ambos, «Article 25. Individual Criminal Responsibility», en *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1999.
- Ambos, *La Parte General de un Derecho Penal Internacional, La Parte General del Derecho Penal Internacional: Bases para una Elaboración Dogmática*, Traducción de Malarino, E., Duncker & Humblot/Temis/Honrad Adenauer Stiftung, 2005.
- Ambos, «Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility in Modern Case Law: The Basics», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Barret/Little, «Lessons of Yugoslav Rape Trials: A Role for Conspiracy Law in International Criminal Tribunals», *Minnesota Law Review*, Vol. 88, 2003.
- Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2003.
- Bogdan, «Individual Criminal Responsibility in the Execution of a «Joint Criminal Enterprise» in the Jurisprudence of the ad hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia», *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 63-120,
- Brownlie, *Principles of Public International Law*, quinta edición, 1998.
- Cassese, «The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise», *Journal of International Criminal Justice*, Vol 5, 2007.
- Danner/Martínez, «Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law», *California Law Review*, 2005, Vol. 93, pp. 75-169.
- Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho Penal*, 1991.
- Dressler, *Understanding Criminal Law*, segunda edición, 1995.
- Eser, «Individual Criminal Responsibility», en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Cassese, A./Gaeta, P./Jones, J.R.W.D. (eds.), Oxford University Press, 2000.
- Fichteberg, «Conspiracy and International Criminal Justice», *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006.
- Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, segunda edición, 2000.
- Fletcher/Ohlin, «Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 539-561.
- Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 1995.
- Gillies, *Criminal Law*, LBC Information Services, cuarta edición, 1997.
- Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, 1966.

- Gómez Benítez, «Elementos Comunes de los Crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», *Actualidad Penal*, Num. 42, 2002.
- González Rus, «Autoría Única Inmediata, Autoría Mediata y Coautoría», *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. XXXIX, Consejo General del Poder Judicial, 1994.
- Gustafson, «The Requirement of an 'Express Agreement' for Joint Criminal Enterprise Liability», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Hamdorf, «The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime: A Comparison of German and English Law», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, segunda edición, 1991
- Jescheck/Weigend, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, quinta edición, 1996, p. 674.
- Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2001.
- Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cuarta edición., 2002.
- Larguier, «Chronique de jurisprudence: Droit pénal général», *Revue des Sciences Criminelles*, 1976.
- Meron, «Classification of Armed Conflict in the former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout», *American Journal of International Law*, Num. 92, 1998.
- Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, sexta edición, 2002,
- Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal: Parte General*, quinta edición, Tirant lo Blanch, 2002.
- Ohlin, «Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Olásolo, *Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, 2008 (en prensa) (Olásolo.2008)
- Olásolo/Pérez Cepeda, *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*, Tirant lo Blanch, 2008.
- Olásolo, «La Influencia de la Decisión de la Corte Penal Internacional de Confirmación de Cargos en el Caso Lubanga en el Desarrollo del Derecho Penal Internacional», en *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, Valencia (Spain), Vol. 3, 2008, pp. 285-321.(Olásolo Lubanga 2008)
- Olásolo, *Ataques contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2007.

- Olásolo, «Reflections on the Treatment of the Notions of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakić Appeal Judgement», *International Criminal Law Review*, 2007, Vol. 1, pp. 143-162.
- Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- Olásolo/Pérez Cepeda, «The Notion of Control of the Crime in the Jurisprudence of the ICTY: The Stakić Case», *International Criminal Law Review*, Vol. 4, 2004.
- Otto, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, sexta edición, 2000, No. 57
- Pérez Cepeda, *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades: Criterios de Atribución*, 1997.
- Pictet, *Commentary on I Geneva Convention of the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1952.
- Pictet, *Commentary on II Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1960.
- Pignatelli y Meca, F., *La Sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español: Consideraciones sobre el capítulo III del título XXIV del libro II del Código penal*, Ministerio de Defensa, 2003.
- Rassat, *Droit Pénal Général*, segunda edición, 1999.
- Read/Seago, *Criminal Law*, 1999.
- Rotsch, «Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen» (1998) *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 495.
- Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, séptima edición, 2000.
- Rush/Yeo, *Criminal Law Sourcebook*, 2000.
- Sancinetti/Ferrante, *El Derecho Penal en la Protección de los Derechos Humanos, La Protección de los Derechos Humanos mediante el Derecho Penal en las Transiciones Democráticas*, 1999.
- Sandoz/Swinark/Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Comité Internacional de la Cruz Roja/Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra, 1987.
- Sassoli/Olson, «The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadić case», en *ICRC Review*, Núm. 839, 2000.
- Snyman, *Criminal Law*, 1995.
- Smith & Hogan, *Criminal Law*, undécima edición, Butterworths, Londres, 2005.

- Triffterer, O., «Article 10», en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Ed.), Nomos, Baden-Baden, 1999.
- Trechsel/Noll, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, quinta edición, 1998,
- Tröndle/Fischer, *Strafgesetzbuch Kommentar*, quincuagésimo-primer edición, 2003,
- Van de Wilt, «Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Van Sliedregt, E., «Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Waller/Williams, *Criminal Law Text and Cases*, 2001.
- Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, ZSTW 58, 1939.
- Werle, G., «Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 953-975.
- Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Traducido por Díaz Pita, M.M., Tirant lo Blanch, 2005.
- Wessels/Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, trigésimo-tercera edición, 2001.

IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN LA JUSTICIA MILITAR BRITANICA Y SU INTERRELACION CON LA DE OTROS PAISES DEL MUNDO ANGLOSAJON

Rodrigo Lorenzo Ponce de León
Capitán Auditor

«...mirad, aunque fuera mi hermano procuraría que el duque cumpliera su voluntad y le hiciera ejecutar porque hay que mantener la disciplina.»

W. Shakespeare (1599)*

1. INTRODUCCIÓN

Algunos pensarán que el presente es un trabajo de Derecho Comparado. No lo es. Al menos no lo es en la acepción clásica de esa disciplina jurídica. Al acometer un análisis de la reciente reforma de la jurisdicción y de la Justicia castrenses en Gran Bretaña no hemos pretendido comparar minuciosamente ese sistema y el nuestro con objeto de formular alguna propuesta válida al legislador español, tarea titánica que habría de ocupar el espacio y dedicación propios de una tesis doctoral. Nuestro estudio se agota con el análisis de algunas sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos como factor percutor de la reciente reforma del sistema de jurisdicción militar en Gran Bretaña y la interrelación –o compara-

* «The Life of Henry V» (Acto III, Escena VI) CRAIG, W. J. «THE OXFORD SHAKESPEARE», Oxford University Press, Oxford, U. K., 1914.

ción, si se prefiere— de este proceso, a su vez, con otros contemporáneos de revisión de la legislación militar acaecidos en países del ámbito cultural anglosajón. Algo así, una reforma de esta magnitud, no sucedía desde los años 50 del pasado siglo, época de enorme transformación política y social tras la victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial.

Curiosamente ha sido la reiterada Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, consagrada en sentencias como la del caso *Findlay* (1997); *Hood* (1999); *Morris* (2002) o *Grievies* (2003); la que ha obligado a dismantelar el antiguo sistema judicial militar basado en consejos de guerra de carácter eventual y a sustituirlo por otro que guarda similitud con el español. Y decimos *curiosamente* porque habiendo sido la promulgación de dicha Convención y la creación misma del tribunal medidas impulsadas todas ellas hace más de cincuenta años por las potencias vencedoras en la Segunda Guerra Mundial, Gran Bretaña, país impulsor de estas medidas y vencedor en esa guerra, no ha acabado de incorporar muchos de estos derechos y libertades a su sistema de justicia militar sino hasta tiempos muy recientes.

En efecto, el día 8 de noviembre de 2006 recibía sanción (*royal assent*) por parte de Su Majestad británica el nuevo texto de la quinquenal Ley de las Fuerzas Armadas, acto del proceso legislativo que dentro del *caótico*¹ Derecho Constitucional británico y de acuerdo con el texto de la propia ley (*Art. 383, Armed Forces Act 2006*) significó su inmediata entrada en vigor, aunque gran parte de su articulado queda supeditado a la aprobación posterior de la pertinente normativa de desarrollo que a nivel ministerial (*Statutory Instruments*) o por la Reina y su Consejo (*Orders in Council*) se promulgue en adelante y hasta finales del presente 2008. En otro lugar tuvimos ocasión de examinar el desarrollo histórico de la justicia castrense en Gran Bretaña² y de adelantar sumariamente las coordenadas de la actual reforma. A lo dicho entonces nos remitimos como prefacio del presente artículo, el cual, por otro lado, debemos considerar indispensable continuación de

¹ En expresión utilizada por Coxall B. y Robins L. en «BRITISH POLITICS SINCE THE WAR» Palgrave Macmillan, Basingstoke, U.K. 1997. Más sobre el proceso legislativo en «PARLAMENTARY STAGES OF A GOVERNMENT BILL» (*Factsheet L1-Legislation Series*) House of Commons, The Stationery Office Ltd., London, U.K., 2002; también en «THE LEGISLATION PROCESS» (*First Report-HC 190*), Select Committee on the Modernisation of the House of Commons, House of Commons, The Stationery Office Ltd., London, U.K., 1997; así como en «CARRY-OVER OF PUBLIC BILLS» (*Third Report-HC 543*), Select Committee on the Modernisation of the House of Commons, House of Commons, The Stationery Office Ltd., London, U.K., 1998.

² Véase nuestro artículo «PASADO, PRESENTE Y PORVENIR DEL SISTEMA BRITÁNICO DE «COURTS-MARTIAL»» en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR (REDM) Núm. 85 (ene.-jun.) 2005, págs. 97-173.

aquel por dos razones fundamentales: en primer lugar, por concluir la obra ya iniciada, a la cual debemos añadir el valor de su carácter un tanto inédito; segundo, por cubrir, en definitiva, un cierto déficit en el estudio del Derecho Militar –extranjero o no, lamentablemente– en nuestra patria, en particular por lo que se refiere al sistema anglosajón de justicia militar³.

2. EL TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA MILITAR BRITANICA

El modelo británico de justicia militar venía descansando tradicionalmente en dos principios elementales: la jurisdicción como potestad inseparable del ejercicio del mando y los consejos de guerra como genuina expresión del derecho del individuo a ser juzgado por sus pares. Y así, un modelo que concedía amplias prerrogativas al mando militar⁴, tanto en la iniciación del procedimiento, en el nombramiento del fiscal de la causa y de los miembros del tribunal juzgador, como en la aprobación de la sentencia o en la propia revisión administrativa de oficio de esta; se fue transformando en el actual modelo de justicia basado en la existencia de numerosos institutos civiles dentro del sistema de justicia militar propiamente dicho⁵, lo cual, a efectos prácticos, se traduce en lo siguiente: existencia de salvaguardas a la independencia de quienes ejercen funciones jurisdiccionales, posibilidad de estar asistido y representado por un letrado no militar, derecho a impugnar la sentencia ante una instancia de apelación integrada por magistrados civiles y dependencia de los órganos de la fiscalía militar de la máxima autoridad fiscal ante la jurisdicción común.

Este ha sido el curso seguido por la justicia militar británica durante el último decenio y no tanto, insistimos, por voluntad expresa de la opinión

³ Que en España existe un proverbial abandono en los estudios dedicados al Derecho Militar, en general, y dentro de este a la especialidad Comparada no resulta novedoso. Algún autor ha llegado a utilizar la apropiada expresión de «ciencia oculta» para referirse a este ámbito olvidado de la ciencia del Derecho (RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., en su recensión a la obra de JIMENEZ JIMENEZ, F., «INTRODUCCION AL DERECHO PENAL MILITAR» REDM Núm. 51 (ene.-jun.) 1988, pág. 451.

⁴ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN DIVERSOS PAISES» REDM Núm. 53 (ene.-jun.) 1989, pág. 73.

⁵ ROGERS, A. P. V. «DIFFERENT MODELS OF MILITARY JURISDICTION AND JUDICIAL GUARANTEES». Ponencia incluida en las actas del congreso internacional sobre derechos humanos y justicia militar celebrado en Ginebra los días 26-28 de enero de 2004 bajo los auspicios de la Comisión Internacional de Juristas (pág. 13).

pública⁶ o del Parlamento de Westminster como por las reiteradas sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra el Estado británico, sentencias cuyo fallo adverso lo ha sido a la luz de la incompatibilidad de dicho sistema con la Convención de derechos y libertades de 1950, en particular contra las garantías de independencia e imparcialidad de sus órganos previstas en el art. 6.1 de este documento europeo. Algunas de estas decisiones pasamos a examinar a continuación.

En 1997 la Sentencia Findlay⁷ de este importante Tribunal consagró el principio en virtud al cual la independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales no solo ha de estar salvaguardada con las suficientes garantías legales sino que, además, la propia imagen de independencia de estos ha de estar libre de toda sospecha o duda justificada. La potestad de la autoridad militar convocante de un consejo de guerra de nombrar a los miembros que lo integran, así como al letrado militar que debe ejercer la acción acusatoria, de entre el personal subordinado en la cadena de mando quebrantaba seriamente el derecho a un juicio justo por parte de un tribunal independiente e imparcial establecido en la ley tal y como proclama el art. 6.1 de la Convención. Por esta razón, la *Armed Forces Act* de 1996 (aunque no entró en vigor hasta abril de 1997) introdujo numerosas reformas en toda la legislación militar a fin de garantizar la independencia de los miembros de los consejos de guerra, siendo en adelante elegidos por autoridad distinta a la convocante y a partir de una lista confeccionada por personal perteneciente a diferente cadena de mando. La consecuencia más notable de esta ley fue la creación de la figura del *Court Administration Officer* como órgano independiente encargado de la selección de los miembros de los consejos de guerra y con importantes facultades durante el curso e instrucción de los procedimientos, asemejándose en algo al Secretario Relator español; otra consecuencia la potenciación del *judge advocate* como verdadero artífice del proceso aunque este no participa en

⁶ En esta ocasión y como en todo lo que no sea de genuina creación británica tampoco faltaron grandes dosis de *euroescepticismo* como la que refleja el editorial del conservador *The Daily Telegraph* de 26 de febrero de 1997 en que, a raíz de la censura de algunos aspectos del sistema de consejos de guerra por el Tribunal de Estrasburgo, se llegó a abogar por la retirada británica del grupo de países signatarios de la Convención de 1950 con el argumento que (el entrecomillado es nuestro) «...los asuntos estrictamente domésticos deberían ser resueltos en Gran Bretaña». Tampoco han faltado críticas a este tribunal desde la arena política como las formuladas por el Partido Conservador durante la campaña electoral de 2001 abogando por la inaplicación de la Convención de 1950 a las Fuerzas Armadas, esto en ROWE, P., «MILITARY LAW IN THE UNITED KINGDOM», en EUROPEAN MILITARY LAW SYSTEMS, De Gruyter Recht, Berlin, R. A., 2003, págs. 852 y 853.

⁷ Sentencia TEDH de 25/02/97 (*Findlay v. The United Kingdom*-Rep. 1997-I Fasc. 30).

la votación relativa al veredicto, solo en la determinación de la condena y en la conducción del juicio –y de todo el procedimiento en sí hasta su conclusión– conforme a Derecho; o la limitación de la potestad de la autoridad militar (*higher authority*), que una vez tiene conocimiento de haberse producido los hechos por conducto del Comandante del sospechoso o detenido (*commanding officer*) solo puede ordenar la devolución de los antecedentes al Comandante para sanción en juicio sumario, a la fiscalía militar si los considera merecedores de juicio penal o de decretar el archivo de los mismos en atención a su inconsistencia o escasa trascendencia; y por último, la creación de una fiscalía (*Prosecuting Authority*) en cada ejército, de carácter independiente y verdaderamente capacitada para instar la iniciación de procedimientos e investigaciones penales⁸.

Con todo, a pesar de ser esta ley anterior en el tiempo al fallo del caso Findlay por el Tribunal de Estrasburgo –aunque simultánea fue su tramitación– su promulgación no fue desde luego casual ni su impacto en el sistema algo que deba pasar desapercibido.

En 1999 la Sentencia Hood⁹ vuelve a declarar incompatible el sistema de *courts-martial* por varias razones, siendo las más importantes que la atribución simultánea de potestades judiciales y disciplinarias al Comandante del sospechoso o acusado tanto en la investigación de los hechos como en su sustanciación posterior, no se adecuaba al concepto de «*juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales*» del art. 5.3 de la Convención cuando consagra la puesta a disposición judicial de toda persona detenida o en situación de prisión preventiva a quien se impute la comisión de hechos delictivos, además de juzgar contrario a los principios de independencia e imparcialidad judicial del art. 6.1 del citado texto el sistema de revisión de oficio de todas las sentencias condenatorias atribuido al *Defence Council*¹⁰ ya que constituía una intromisión inadmisibles del Ejecutivo en la actividad judicial.

⁸ Todas estas reformas en la Disposición Primera (*Schedule I*) de la *Armed Forces Act* 1996.

⁹ Sentencia TEDH de 18/02/1999 (*Hood v. The United Kingdom* Com. 27267/95 1999-I).

¹⁰ El *Defence Council* es el órgano supremo de la Defensa nacional en Gran Bretaña y está integrado por autoridades civiles y militares. En esta potestad de revisión de las sentencias actúa en todo momento de oficio y asesorado en Derecho por el *Judge Advocate General*, cuyos dictámenes son tenidos en consideración aunque no son vinculantes. En todo caso, este órgano no puede incrementar la condena impuesta, aunque si revisar los hechos declarados probados, el veredicto del tribunal y rebajar en su caso la pena impuesta o sustituirla por otra más benigna. Todo el sistema, que coexistía naturalmente con los procedimientos judiciales de apelación y revisión de sentencias por los órganos jurisdiccionales superiores, quedó en entredicho a raíz de esta sentencia europea, desapareciendo definitivamente con la nueva *Armed Forces Act* de 2006. Más sobre esto en nuestro anterior trabajo «PASADO, PRESENTE Y PORVENIR...», en REDM Núm. 85 (ene.-jun.) 2005, págs. 160 (nota 133), 166 y 167.

El Tribunal falló a favor del soldado Hood siendo la consecuencia más importante, más allá de la pingüe compensación económica reconocida al demandante (diez mil quinientas libras esterlinas de entonces), la promulgación de la excepcional *Armed Forces Act* de 2000, posibilitando, en especial, la intervención del *judicial officer* o letrado no militar al servicio del *Judge Advocate General* en todos aquellos supuestos de detención de sospechosos, privación de libertad con carácter preventivo, intervención de comunicaciones o registro de inmuebles y la creación de la «*Summary Appeals Court*» como autoridad jurisdiccional encargada de supervisar la legalidad de la actividad disciplinaria del mando militar.

En 2002 la Sentencia Morris¹¹ declaró incompatible de nuevo el sistema de *courts-martial* –no sin antes alabar con una cierta autocomplacencia las reformas introducidas en el sistema por la *Armed Forces Act* de 1996–, en lo que se refiere a la pretendida inamovilidad de quienes ejercían funciones judiciales, en particular tanto del *judge advocate* como de los vocales del consejo de guerra (la selección de estos últimos se produce sobre la base de una lista de personal voluntario para el desarrollo de tal cometido, regulándose únicamente en la ley aquellos casos de incompatibilidad para el ejercicio de dicho cargo); o sobre su pretendida independencia e imparcialidad, por cuanto que son designados *ad hoc* y no forman parte de un órgano permanente, dejando al margen el lógico temor de estos a que el desarrollo de responsabilidades judiciales pueda llegar a tener repercusión en los informes y evaluaciones personales de sus jefes; y criticando, de nuevo, la revisión de oficio de toda sentencia condenatoria llevada a cabo por el *Defence Council*: «*En relación a la queja del demandante sobre la función atribuida a la Autoridad revisora este tribunal considera que la potestad de dictar una resolución vinculante y que además no pueda ser alterada por autoridad alguna de carácter extrajudicial es algo inherente al concepto mismo de “tribunal”*» (Párrafo 73 de la sentencia).

¹¹ Sentencia TEDH de 26/02/2002 (*Morris v. The United Kingdom*, 2002 34 EHRR 1253). Este soldado de Caballería pertenecía al Regimiento Montado de la Casa Real y tras ausentarse injustificadamente de su Unidad en 1993 fue finalmente detenido por la Policía en 1996 y puesto a disposición de la autoridad militar. Tras alegar como causa de su ausencia el haber sido objeto de continuas burlas y agresiones por parte de sus compañeros e inmediatos superiores –acusación de la que se retractaría poco después– acabó siendo condenado por el consejo de guerra que le juzgó a nueve meses de prisión y expulsado de las Fuerzas Armadas. Agotadas todas las instancias de su país acabó solicitando el amparo de Estrasburgo con fundamento en la falta de mecanismos que garantizaran la independencia e imparcialidad judicial consagradas en el art. 6 de la Convención. El tribunal falló de nuevo a favor del demandante y una vez más el legislador británico volvía a quedar en entredicho.

Este nuevo revés para el Estado británico fue motivo de discordia política y poco tiempo después la Cámara de los *Lores* pasaba la interesante Sentencia *Spear, Boyd, Saunby y Otros*¹² en que con ocasión de desestimar la acumulación de varios recursos similares viene, en cierto modo, a contrarreplicar al Tribunal de Estrasburgo con fundamento en una serie de consideraciones *obiter dicta* de enorme interés en que, a nuestros efectos, lo importante a destacar no es tanto su desestimación –aun siendo ello importante por entrar en contradicción con la doctrina de Estrasburgo– sino porque refleja fielmente la forma de concebir la justicia castrense por la alta judicatura británica¹³ a lo largo de su prolífico texto¹⁴.

¹² Sentencia de 18 de julio de 2002 (UKHL 31, 2002) dictada en la resolución de varios recursos acumulados interpuestos por personal de distintos ejércitos en que se encontró justificada una cuestión de interés general relativa a la aplicación del Derecho.

¹³ Pese al carácter un tanto aristocrático y conservador de la Cámara, ello no impidió que el Gobierno Laborista impulsase desde ese momento algunas reformas muy en sintonía con lo que es norma frecuente en el resto de los países occidentales, su cristalización ha sido la *Armed Forces Act* de 2006.

¹⁴ Ponente Lord Bingham of Cornhill (Párrafos 4, 12, 14 y 27): «*Mientras que las normas y los procedimientos disciplinarios varían inevitablemente de país en país, existen empero tres principios de común aceptación en cualquier democracia liberal gobernada por el Estado de Derecho: primero, la persona no deja, por el hecho de ser militar, de ser también ciudadano. Segundo, el mantenimiento de la disciplina es esencial para garantizar la eficacia de las Fuerzas Armadas, tanto en la paz como en [las circunstancias más exigentes de] la guerra. Y tercero, un código moderno de disciplina militar no puede descansar únicamente en instituciones heredadas de tiempos remotos o incurrir en una justicia de clase pero debe, sin embargo, reflejar la estructura jerárquica del ejército y garantizar el respeto a la acción del mando*»; «[La imparcialidad de] quienes ejercen como vocales en los consejos de guerra está libre de toda sospecha porque de modo alguno son evaluados mientras desarrollan ese cometido, porque se deben a su juramento y porque cualquier intento de menoscabar su independencia sería considerado un delito contra la Administración de justicia»; «Hubo numerosos aspectos implicados en la Sentencia Hood y está claro que el Tribunal Europeo no contó con elementos de juicio suficientes para formarse una opinión concluyente. (...) El sistema de revisión de las sentencias condenatorias (...), lo solicite o no el condenado, no puede sino favorecer a este. En el año 2000 fueron sometidos a revisión 455 casos, de estos 107 con la conformidad del reo y 348 de oficio. En los casos revisados a instancia de aquel fueron atenuadas 19 condenas y revocadas 3; en los casos en que se actuó de oficio se atenuaron 5 y se revocaron 3. Hay que resaltar dos características importantes, la potestad de revisión no incluye apreciar hechos distintos ni acusación diferente a la que se formuló contra el reo durante el juicio y la condena impuesta en vía de revisión en ningún caso puede ser más severa que la impuesta por el tribunal sentenciador»; «No dudo en afirmar que un consejo de guerra es un tribunal de Derecho, no un desfile, y que sus actos (aunque incluyan las formalidades acostumbradas) deben ajustarse más a las de un tribunal de esa condición que a las de un acto de patio de armas, pero ello no significa que el tribunal militar esté menos capacitado que un tribunal ordinario para decidir si el acusado ha infringido la ley o no».

En diciembre de 2003 el Tribunal de Estrasburgo dicta en la misma fecha la Sentencia Cooper¹⁵ y la Sentencia Grieves¹⁶, dándose una curiosa paradoja. En el caso Cooper se reconoció la compatibilidad de los consejos de guerra regulados por la *Air Force Act* en la medida que la presencia del *judge advocate* a lo largo del proceso constituía garantía suficiente de independencia e imparcialidad judicial. En el caso Grieves, por el contrario, se puso en duda la independencia e imparcialidad de los consejos de guerra en la *Royal Navy* ya que no existe la participación de *judge advocates* o letrados civiles al margen de la cadena de mando, antes al contrario, estos normalmente proceden del Cuerpo de Intendencia, reciben la denominación de *naval barristers* y en ocasiones asumen, incluso, las funciones judiciales o fiscales sin perjuicio de sus cometidos habituales. La razón argumentada por la representación del Estado británico para justificar las diferencias entre la jurisdicción naval y las de los otros ejércitos fueron el relativo menor número de consejos de guerra seguidos en la *Royal Navy*, el conocimiento privilegiado que los letrados militares tienen del lenguaje y costumbres de la Marina y la necesidad de contar con un sistema flexible que se adapte a la permanente movilidad de los barcos¹⁷.

Aun y con todo, la trascendencia de esta última sentencia debe medirse no tanto por la suma compensatoria reconocida al recurrente de ocho mil euros como porque puso en jaque todo el sistema de jurisdicción en la *Royal Navy*, motivando la suspensión de muchos procedimientos, la introducción inmediata de algunas reformas y la definitiva asimilación de esta jurisdicción al modelo seguido por los otros ejércitos. Tal fue la repercusión del caso Grieves.

¹⁵ (Rep. 2004) 39 EHRR 171. En 1998 Graham Cooper, por entonces en la Fuerza Aérea, fue condenado por un delito previsto en la legislación común a cincuenta y seis días de prisión con pérdida de empleo y expulsión de las Fuerzas Armadas. Su demanda ante Estrasburgo se fundamentaba en las escasas garantías de independencia que, a juicio suyo, tenían los consejos de guerra celebrados de acuerdo con la *Air Force Act* de 1955. El Tribunal desestimó su demanda no sin antes reconocer una vez más que la intervención del *Defence Council* en el proceso como autoridad capacitada para revisar las sentencias constituía una manifiesta infracción del principio de independencia previsto en el Art. 6.1 de la Convención, aunque no dudaba en afirmar que la presencia del *judge advocate* en el consejo de guerra disipaba cualquier sospecha de parcialidad por parte del tribunal sentenciador.

¹⁶ (Rep. 2004) 39 EHRR 51. Andrew Grieves fue condenado por insulto a superior a tres años de prisión y al pago de una indemnización de 700 libras esterlinas a la víctima. Acudió a Estrasburgo con éxito ya que en virtud a esta sentencia se introdujeron numerosas reformas en la jurisdicción naval, siendo la más importante la abolición en la práctica del cargo de *Judge Advocate of the Fleet* y la asunción de todas sus competencias judiciales por el *Judge Advocate General*. La nueva *Armed Forces Act* de 2006 no ha hecho si no confirmar todas estas reformas parciales en su articulado.

¹⁷ (Párrafo 88) Sentencia Grieves v. the United Kingdom. 2003.

En 2004 la Sentencia Thompson¹⁸ vuelve a condenar al Estado británico por la incompatibilidad de su sistema disciplinario con las garantías previstas en la Convención de 1950. Partiendo de la presunción que toda medida privativa de libertad se aplica siempre a conductas delictivas y no a simples infracciones administrativas, con independencia de la ubicación sistemática que el legislador nacional quiera utilizar, el Tribunal europeo entra a analizar el arresto, primero preventivo después definitivo, impuesto a un militar para llegar a la conclusión que la potestad disciplinaria atribuida al mando militar no se ajusta al principio de independencia e imparcialidad previsto por la Convención ya que este es, a un tiempo, juez y acusador del sancionado. Por ello mismo, tampoco se ajusta al concepto de «juez o persona habilitada por ley para ejercer poderes judiciales» del art. 5.3, en relación a la puesta a disposición judicial de toda persona detenida o privada de libertad, la potestad reconocida al mando militar de acordar el arresto preventivo del infractor y de escuchar las alegaciones que este pueda formular contra dicha medida cautelar.

Por último, en 2007 la Sentencia Martin¹⁹ entra a analizar el caso de un menor de dieciocho años acusado del asesinato de una joven en Alemania, país en el que por entonces se encontraba destinado su padre, Suboficial del Ejército. La celebración del consejo de guerra tuvo lugar en Alemania, no en Gran Bretaña donde ya residía la familia por esas fechas, y el recurso ante Estrasburgo estuvo basado en este hecho así como en la condición de civil del acusado y la naturaleza militar del tribunal que le enjuiciaba, pese a que el consejo de guerra estaba integrado, entre otros,

¹⁸ Sentencia TEDH de 15 de junio de 2004. El cabo Albert Thompson fue sancionado disciplinariamente por el Jefe de su Unidad con motivo de una ausencia injustificada, cumplido el arresto fue entregado a las autoridades civiles pues también se le acusaba de haber cometido un delito común mientras se encontraba destinado en Irlanda del Norte. Una vez agotadas todas las instancias de su país acudió a Estrasburgo alegando en su descargo no haber sido informado que tenía derecho a solicitar ser juzgado por un consejo de guerra, además de cuestionar la legitimidad de su Comandante en todo el proceso disciplinario, como autoridad que acordó su arresto preventivo, como autoridad que formulaba los cargos y como autoridad que finalmente acordaría la sanción.

¹⁹ Sentencia TEDH 24 de enero de 2007. El caso de Alan Martin suscitó un interesante debate en la Cámara de los *Lores* sobre la sempiterna legitimidad o no de los tribunales militares para enjuiciar a paisanos, ello más aun en este caso tratándose de un menor. Pese a todos los razonamientos, el caso Martin fue desestimado hasta que Estrasburgo, al menos y aplicando la doctrina Findlay, le dio la razón en cuanto a la dudosa imparcialidad de un tribunal que pese a estar integrado por dos funcionarios civiles además del *judge advocate*, sin embargo resultan estos en minoría frente a los vocales militares y resultando, además, que aquellos quedan siempre bajo la autoridad del presidente del consejo de guerra durante la duración del juicio.

por dos funcionarios civiles, además de argumentar el carácter común del delito del que venía siendo acusado. El Tribunal de Estrasburgo condenó una vez más al Estado británico no sin antes reconocer que la Convención no excluye el enjuiciamiento de paisanos por la jurisdicción militar, aunque reduce ese supuesto a aquellos casos en que este plenamente justificado y previsto en la ley, descartando la simple atribución de competencia *in abstracto*, condena que de nuevo se produce con fundamento en que existían motivos suficientes para dudar de la independencia e imparcialidad del tribunal que juzgó al demandante, pues pese a estar integrado por dos funcionarios civiles, sin embargo estos funcionarios quedaban sometidos a la autoridad del presidente del tribunal desde el momento en que recibían el nombramiento de vocales.

3. «ARMED FORCES ACT» (CHAPTER 52) 2006

3.1. DE LA REFUNDICIÓN A LA REFUNDACIÓN: ANTECEDENTES POLÍTICOS Y PARLAMENTARIOS DE LA REFORMA

El acceso al poder del *Nuevo Laborismo* en 1997 y el proceso de reforma constitucional que ha vivido Gran Bretaña durante la pasada década han tenido su reflejo, como no podía ser de otro modo, en la Administración de justicia en general y en la castrense en particular.

El antecedente remoto de la presente reforma habría que situarlo a principios de los años 90, época en que los gobiernos conservadores de entonces ya habían planteado la necesidad de actualizar la legislación militar, aunque tan solo desde un punto de vista formal mediante la promulgación de un texto consolidado y único para todas las Fuerzas Armadas que respetase las diferencias entre uno y otro servicio, es decir, reformas de simple técnica legislativa en aras a facilitar la aplicación de la ley, sin alterar las instituciones.

Con la llegada del *Nuevo laborismo* y su política general de reforma y modernización del Estado, lo que en un principio consistía tan solo en la refundición de las distintas leyes existentes, pues en el lenguaje político manejado hasta entonces se hablaba simplemente de «*poner en orden*» la legislación («*a tidying up exercise*»), pasó a convertirse en una verdadera refundación de la jurisdicción militar, proceso en que lo importante no era ya la promulgación de un código universal y *consolidado* para las Fuerzas Armadas sino además *armonizado*, lo que significaba suprimir en lo posible las diferencias existentes entre los distintos servicios y unificar las ins-

tituciones centrales del sistema como la fiscalía militar o la oficina del *Judge Advocate General*²⁰.

En el verano de 1998, coincidente con la promulgación de la *Human Rights Act* como texto que venía a consagrar con carácter legislativo el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales que, por otro lado, ya gozaban históricamente de protección judicial *per se* o habían sido proclamados en cartas y pactos institucionales, el Gobierno publicó su programa relativo a la política militar y de revisión de la Defensa donde se establecía a modo programático, entre otras medidas, la adopción de un texto único penal y disciplinario para las Fuerzas Armadas²¹. A este programa siguió poco después un *libro blanco* del Parlamento en que se abordaba de nuevo la necesidad de refundir la legislación militar, además de anunciarse la introducción inmediata de reformas a fin que los *Warrant Officers* –categoría especial de mandos subalternos entre Oficial y Suboficial– pudiesen ser nombrados vocal en los consejos de guerra²².

Ambos documentos insistían en la unificación y centralización de los servicios como pauta de conducta a seguir en la reforma de la Administración de Justicia militar y en la modernización de las Fuerzas Armadas, a fin de evitar la innecesaria duplicidad de estos²³.

En octubre de 2004 el Ministerio de Defensa publicó un memorando relativo a la reforma de la justicia castrense, cuyas líneas generales, mucho más allá de la simple consolidación legislativa proclamada por los gobiernos conservadores, dejaban a entrever una auténtica refundación de la totalidad del sistema, anunciándose una actualización de los procedimientos militares, los cuales y utilizando como argumento principal algunas de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, se pretendía asemejar a los del orden común, haciendo compatible –según este memorando– «*el respeto a los derechos y libertades fundamentales con la disciplina militar; necesi-*

²⁰ Todo esto en el informe parlamentario «*Tri-Service Armed Forces Bill. Second Report Session 2004-05*», Constitutional Affairs Committee, House of Commons, The Stationery Office, London, U. K., 2005, págs. 12 y 13.

²¹ *Strategic Defence Review*, Ministry of Defence, July 1998, (Apartado 133).

²² «*The Strategic Defence Review White Paper*», Research Paper 98/91, House of Commons Library, London, U. K., 1998, pág. 59.

²³ Lo que en el argot se conoce como «*jointery*» (doctrina fundamentada en la coordinación de actividades y servicios comunes de los tres ejércitos con objeto de economizar gastos, a la par que aumentar su eficacia en términos prácticos, mediante la creación de agencias y organismos autónomos). No deja de resultar irónico el hecho que consideraciones de índole económica pudieran haber influido en el establecimiento de órganos comunes, y por consiguiente independientes o dependientes al menos directamente del Ministerio de Defensa, mucho más allá de los principios políticos que hayan guiado la reforma. Nota del autor.

ria siempre para garantizar la eficacia operativa de los ejércitos»; también la revisión de los delitos militares, suprimiendo algunas figuras delictivas que habían quedado obsoletas; el establecimiento de un órgano permanente en la instancia, en sustitución de los consejos de guerra *ad hoc*; la equiparación de los poderes disciplinarios del mando en los tres ejércitos; y así como la creación de una Fiscalía militar unificada e integrada por letrados militares procedentes de los servicios jurídicos de cada ejército (aunque sin llegar a constituir Cuerpo único) y de un servicio administrativo común (el *Military Court Service*) para la totalidad de la Administración de justicia, además de potenciar la policía militar y regular con carácter uniforme los procedimientos de compensación por daños y agravios, y los de las comisiones de investigación, dándose entrada en estos a los familiares de las víctimas de accidentes o siniestros. Una verdadera reforma integral del sistema en definitiva.

A estos efectos el Gobierno nombró un equipo de trabajo con representación de todos los ejércitos y de los servicios relacionados con la Administración de Justicia militar, el «*Tri-Service Bill Team*», cuyo informe final fue entregado al Gobierno tras una ronda de consultas por diversas guarniciones dentro y fuera del Reino Unido, atendiendo también las propuestas formuladas por distintas asociaciones y por los principales sindicatos británicos, y tomando en consideración las respuestas a los cuestionarios enviados previamente a los ministerios de defensa de los Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Francia, Alemania y Holanda sobre su sistema de justicia castrense²⁴.

Finalmente, el Gobierno laborista remitió al Parlamento durante el periodo de sesiones 2005-06 su proyecto de ley «*Armed Forces Bill*» el cual acabaría siendo aprobado, tras los debates pertinentes, y firmado por la reina Isabel II en el mes de noviembre de 2006, aunque defiriéndose su entrada en vigor, hechas las adaptaciones normativas oportunas²⁵, a finales de 2008²⁶.

La *Armed Forces Act* supone la culminación, en 2006, de un proceso de reforma cuyo modesto propósito inicial de «*poner en orden*» la legisla-

²⁴ Ignoramos si las autoridades españolas recibieron tal cuestionario, estos son los países que únicamente constan en el «*Tri-Service Armed Forces Bill. Second Report Session 2004-05*», en la página 6.

²⁵ Mientras escribimos estas líneas ya ha tenido lugar el desarrollo e implementación parcial de la *Armed Forces Act* mediante decreto (*Statutory Instrument No. 2913*) refrendado por el Parlamento el pasado 8 de octubre de 2007.

²⁶ En todo caso la vigencia de las leyes particulares de cada ejército está autorizada tan solo hasta el 8 de noviembre de 2008 (*The Armed Forces, Army, Air Force and Naval Discipline Acts (Continuation) Order 2007 (No. 2123)*).

ción militar —la del texto refundido para una mejor aplicación de la ley—, acabó por convertirse en una auténtica refundación de la jurisdicción militar, la que ayudase a garantizar una mejor protección de los derechos y libertades fundamentales del militar en el contexto particular de un sistema judicial militar más racional y en el general de unas Fuerzas Armadas —según quienes apoyaban la reforma— cada vez más integradas en estructuras conjuntas de mando único y dotadas de mayor agilidad para ser desplegadas por todo el orbe.

3.2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY

Se encuentra dividida la ley en tres, por así decirlo, libros o «*Group of Parts*» relativos a los asuntos de disciplina, misceláneos y materias generales, así como diecisiete disposiciones. En total consta de 386 artículos además de las diversas disposiciones adicionales relativas a los asuntos más diversos.

El Libro relativo a disciplina (*First Group of Parts Discipline*) se subdivide a su vez en trece títulos, con sus capítulos correspondientes, que comprenden: los delitos y las faltas (arts. 1-49); la competencia de los distintos órganos de la Jurisdicción militar, los plazos de prescripción de la acción penal y las reglas relativas al principio *non bis in idem* (arts. 50-66); la detención y el registro de personas e inmuebles (arts. 67-97); la prisión preventiva (arts. 98-112); los actos del sumario (arts. 113-128); el procedimiento para el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria y las competencias del *Summary Appeal Court* (arts. 129-153); el procedimiento para el ejercicio de la jurisdicción penal (arts. 154-172); las distintas penas militares y sus modalidades de cumplimiento (arts. 173-236); los principios y criterios relativos a la determinación de la pena por el consejo de guerra (arts. 237-271); los recursos de apelación, revisión y competencias del *Service Civilian Court* (272-288); el cumplimiento de la pena y sus efectos accesorios (arts. 289-304); las pruebas de detección de consumo de alcohol y sustancias tóxicas, los delitos contra la Administración de justicia y la detención de militares por la policía común (arts. 305-327).

El libro segundo o «*Second Group of Parts Miscellaneous Matters*» guarda relación con la adquisición, suspensión y pérdida de la condición militar (arts. 328-333), la reparación de daños y agravios y el nuevo *Service Complaints Commissioner* (334-339), las limitaciones relativas al ingreso de personal extranjero en las Fuerzas Armadas (art. 340), normas

concernientes a la pérdida o descuento en los haberes (arts. 341 y 342), las comisiones de investigación o *Service Inquiries* (art. 343), así como otras materias diversas como los delitos relacionados con el servicio que son competencia de la jurisdicción común o la exención de tasas e impuestos aplicable a los medios militares (arts. 344-359).

El libro tercero o «*Third Group of Parts General*» contiene una serie abigarrada de materias como la definición del concepto de los órganos que intervienen en el procedimiento —de los que ya hemos hablado con anterioridad— como el «*commanding officer*», «*higher authority*», «*judge advocate*», «*court administration officer*» o el «*Service Prosecution Authority*» (arts. 360-366), el ámbito de aplicación espacial y subjetivo de la ley (arts. 367-371), reproducción de pruebas en procedimientos seguidos en el orden común y potestades para dictar normas en aplicación de la ley (arts. 372 y 373), definición de conceptos como el de «*fuerzas policiales*», «*condena*» o «*pena*» (arts. 374-377) y, por último, normas relativas a la entrada en vigor y plazo de vigencia de la ley, a la derogación de la legislación existente, a la aplicación de esta en territorios de ultramar y a la denominación oficial de la ley (378-386).

Concluye este texto legal con diecisiete disposiciones adicionales relativas a materias tales como los delitos comunes cometidos por militares que pueden ser objeto de sanción disciplinaria sumaria (*Schedule 1*), los delitos militares o comunes de cuya investigación debe darse parte a las fuerzas policiales militar o civil y a la fiscalía militar (*Schedule 2*), las penas que pueden imponerse cuando se juzga a personas no militares (*Schedule 3*), la exención de responsabilidad penal por causa de enajenación mental y el ingreso en institución psiquiátrica (*Schedule 4*), quebrantamiento y revocación de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad (*Schedule 5*), pena de trabajo en beneficio de la comunidad por delito cometido en el extranjero por delincuentes juveniles (*Schedule 6*), la remisión condicional de la pena y su quebrantamiento (*Schedule 7*), modificación de los artículos de la *Courts-Martial (Appeals) Act* de 1968 en materia de recursos de apelación (*Schedule 8*), nombramiento de peritos en expedientes de compensación por error judicial (*Schedule 9*), procedimiento ante el juzgado *Service Civilian Court* (*Schedule 10*), competencias del organismo *Criminal Cases Review Commission*²⁷ (*Schedule 11*),

²⁷ Comisión independiente creada por la ley *Criminal Appeal Act* de 1995, reguladora de los recursos de apelación en materia criminal en Inglaterra y Gales e Irlanda del Norte, encargada de emitir dictamen en expedientes de error judicial y en materia del derecho de gracia por parte de la Corona.

detención de personas ingresadas en recintos hospitalarios militares en el extranjero (*Schedule 12*), medidas de protección a la infancia (*Schedule 13*), modificación de la legislación relativa a militares pertenecientes a las fuerzas de la reserva (*Schedule 14*), normas relativas a paisanos sometidos a la legislación militar (*Schedule 15*), disposiciones relativas a la modificación de otras leyes (*Schedule 16*) y, por último, disposición derogatoria (*Schedule 17*).

3.3. LAS PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY

Una de las notas características de esta nueva ley es que aun limitándose a recoger en su contenido instituciones y órganos judiciales que ya existían con anterioridad –sobre todo en el Ejército y la Fuerza Aérea–, aunque inconexos unos de otros por pertenecer cada uno, en la instancia, a la jurisdicción privativa de cada ejército, sin embargo refunde todos ellos dando lugar a una verdadera unidad de jurisdicción tanto en el orden orgánico: los órganos ahora sí que son comunes (fiscalía unificada, aumento de las competencias de la policía dependiente del Ministerio de Defensa, etc.); como procesal: ahora existe un único tipo de procedimiento donde el número de vocales varía en función a la gravedad del delito.

Ello no obstante sí que podemos afirmar, sin lugar a dudas, que la reforma ha dado lugar a una nueva jurisdicción militar en ese país por cuanto que esta ha afectado tanto a la competencia como a los órganos que la ejercen, asemejándose en algo a la española aunque difícilmente compatible con nuestro ordenamiento constitucional en algunos aspectos y dejando a la discrecionalidad judicial o administrativa –algo muy característico del sistema de *Common Law*– muchas materias que en España caerían únicamente en la órbita legislativa.

La competencia de los tribunales militares sigue siendo por razón de la persona, no del delito, distinguiéndose ahora entre *personas sometidas a la ley militar*²⁸ y que no son otras que los miembros de las Fuerzas Armadas, tanto los componentes de las fuerzas regulares como el personal perteneciente a la reserva cuando se encuentra movilizado o las fuerzas de los países de la *Commonwealth* puestas bajo jurisdicción británica, así como los efectivos de las *Fuerzas Territoriales* (género ambiguo de militares contratados para prestar servicio ocasionalmente dentro de una localidad determinada del Reino Unido); y *personas sometidas a disciplina*

²⁸ Art. 367.1 y .2 *Armed Forces Act* 2006.

*militar*²⁹ bajo cuya rúbrica se encuadra a toda persona que se encuentre a disposición de las autoridades militares durante el curso de las investigaciones o procedimientos judiciales, toda persona que se encuentre a bordo de un buque o aeronave militar siempre que estos hayan iniciado manio-bra, toda persona contratada directamente por el Gobierno del Reino Unido para prestar sus servicios en apoyo de las Fuerzas Armadas y se encuentre dentro de una demarcación geográfica determinada, o persona que resida o dependa –en definitiva, que conviva– con cualquiera de las anteriores y se encuentre asimismo dentro de una determinada demarca-ción³⁰, y por último, el personal de asistencia religiosa en la *Royal Navy*³¹.

En relación a los paisanos la nueva ley sigue con fidelidad la tradición de limitar el enjuiciamiento de estos por la jurisdicción militar a que hayan cometido el delito fuera del Reino Unido, no siendo posible lo contrario ahora ni aun en tiempo de guerra al desaparecer en la ley la circunstancia, a estos efectos, de hallarse las fuerzas en *servicio activo* (coloquialmente, en tiempo de guerra, de emergencia nacional o de participación en opera-ciones de paz) que antes permitía extender la aplicación de la ley militar a

²⁹ Art. 370.1 y Disposición complementaria 15 *idem*. Juzgamos ambas expresiones («*persons subject to military law*» & «*civilians subject to military discipline*») bastante desafortunadas pues sometidas a *disciplina militar* están normalmente aquellas personas que pertenecen a los cuadros y clases de las Fuerzas Armadas y, por el contrario, sometidas a *la ley militar* pueden estar tanto los militares, por supuesto, como aquellos paisanos en quienes concurra alguna circunstancia especial que *ipso facto* les convierta en destina-tarios de esa ley. La explicación a este galimatías tendría su origen en la lógica de las cosas y en el uso que de ordinario se le da a los conceptos. Así, para un inglés lo normal es que las leyes penales militares se apliquen por razón de la persona, esto es, a los militares (norma general) y excepcionalmente a los paisanos (regla excepcional), por lo que *someti-dos a las leyes militares* sí que están sus destinatarios naturales: los militares; mientras que a *disciplina militar* estarían sometidos ocasionalmente los paisanos (en el sentido de quedar sometidos a legislación penal especial); para un español, sin embargo, las leyes pena-les militares se aplican por razón del delito, por lo que sometidos a *disciplina militar* están la totalidad de los militares (regla general) y sometidos a *la ley penal militar* pueden llegar a estarlo tanto los militares como los paisanos. La expresión «demarcación geográfica determinada» es la que decreten las autoridades fuera siempre del territorio del Reino Unido (apartado 12 de la citada Disp. 15).

³⁰ La expresión «demarcación geográfica determinada» es la que decreten las autori-dades fuera siempre del territorio del Reino Unido (apartado 12 de la citada Disp. 15).

³¹ Art. 371 *Armed Forces Act* 2006. Así como en los otros ejércitos los ministros de la Iglesia tienen siempre categoría de Oficial, en la *Royal Navy* el personal religioso carece de categoría y empleo militares. Suele argumentarse por unos y otros que ello ha sido así tradicionalmente para favorecer el acercamiento del clero con los fieles. No deja de resul-tar curioso igualmente que el personal de la *Royal Navy* goza desde hace más de siglo y medio del privilegio de no tener que prestar juramento de fidelidad a la Corona, al contra-rio del personal que ingresa en los *Royal Marines* o en el *British Army* en que así se les exige desde la *Oaths Act* de 1868.

cualquier sujeto que acompañase a estas –tanto dentro como fuera del país– y no estuviera amparado por ninguna de las situaciones previstas normalmente en la ley (funcionarios civiles, familiares de militares, etc...). En su lugar se introduce la potestad discrecional del *Defence Council* (órgano del Ejecutivo) para determinar aquellas otras categorías de paisanos que quedan *sometidos a disciplina militar* siempre que se encuentren acompañando a las fuerzas *fuera del Reino Unido* (caso de funcionarios británicos ante organismos internacionales) o bien se encuentren prestando servicios en beneficio de las Fuerzas Armadas en una determinada demarcación territorial, tal y como ocurre con los empleados de empresas contratistas o el de periodistas en el ejercicio de su profesión, categorías ambas que antes tenían difícil acomodo en la legislación militar. Ello además, en la nueva ley se excluye la aplicación de la misma a los extranjeros y residentes en países extranjeros cuando se encuentren *en su propio país de nacionalidad o residencia* (*local nationals and residents of foreign countries*), precepto que consideramos superfluo y cuya única razón de ser se explica por la tan repetida aplicación *rationae personae* de la ley militar británica y los problemas de orden práctico que pueden surgir cuando las fuerzas se encuentran en otro país.

La Parte Especial de Derecho penal de esta nueva ley es una reproducción, ahora de aplicación común a todos los ejércitos y puesta al día, de la prevista en la legislación anterior contemplándose indistintamente, como es norma común en los países anglosajones, delitos militares *strictu sensu* con simples faltas de disciplina y manteniéndose intacta la figura del delito común genérico o «*criminal conduct*» cometido cuando cualquier persona sometida –de una u otra forma– a la ley militar lleva a cabo un hecho, en donde quiera que sea, previsto y castigado por la legislación penal de Inglaterra y Gales.

En cuanto a la orgánica judicial la principal novedad de esta ley reside en la creación –mediante un ejercicio malabar en que se combinan permanencia y eventualidad– de un órgano permanente en la instancia, aboliéndose definitivamente los tribunales *ad hoc*, que se denomina *The Court Martial*³² con competencia para juzgar cualquier delito de los previstos en la ley y cuyo funcionamiento, a base de *divisiones* formadas por vocales (*lay members*), elegidos para la ocasión y en número que oscila entre tres y cinco, y por el *judge advocate*, es muy parecido al de un juicio con jurado ante la *Crown Court* del orden común. Estas *divisiones* representan en todo momento la personificación misma del tribunal y pueden constituir-

³² Art 154 *idem*.

se tantas como sea necesario y celebrar estas vistas y audiencias en cualquier lugar dentro y fuera del Reino Unido, desapareciendo además, en el orden competencial, la histórica limitación concerniente al enjuiciamiento de determinados delitos comunes cuando eran cometidos dentro el Reino Unido. El *judge advocate* preside ahora el juicio del mismo modo que un juez dependiente de la *Crown Court* impartiendo consejos vinculantes y tomando decisiones relativas a cuestiones de Derecho³³, con participación y voto dirimente también en la condena a imponer³⁴, aunque permaneciendo ausente en las deliberaciones en torno al veredicto³⁵ y en las que, de haber igualdad de votos en uno y otro sentido, el tribunal debe necesariamente de absolver al acusado³⁶.

Por lo que se refiere al resto de los órganos estos se mantienen casi en su totalidad. El juzgado *Standing Civilian Court*, del cual ya hemos hablado en nuestro anterior trabajo, pasa ahora a recibir la denominación de *Service Civilian Court*³⁷ y conserva incólume su competencia para enjuiciar los delitos de menor gravedad cometidos por paisanos fuera del Reino Unido. Otro tanto puede decirse del *Summary Appeal Court*³⁸ y su jurisdicción revisora en materia de sanciones impuestas sumariamente, así como del subsiguiente amparo o recurso de apelación contra sus sentencias en casos de excepción ante el *High Court* como principal tribunal de Inglaterra y Gales. Un aspecto novedoso sin embargo viene constituido por la posibilidad de recurrir las sentencias dictadas en apelación por el *Court Martial Appeal Court* ante la nueva corte *Supreme Court of the United Kingdom* aunque solo en cuestiones de interpretación de la Ley que sean de interés general³⁹ y desapareciendo así definitivamente la histórica relevancia judicial del Parlamento en ese país.

La jurisdicción sumaria de los mandos militares para el castigo de las infracciones penales de menor gravedad permanece en iguales términos a los que ya tenía, aunque en el proceso de armonización de este instituto entre los distintos servicios es normal que en algunos casos los poderes inherentes a la potestad hayan aumentado y en otros disminuido, como por ejemplo ocurre ahora con la correlativa disminución de la potestad disciplinaria de los mandos de la *Royal Navy*. Sus principales características,

³³ Art. 159.1 *idem*.

³⁴ Art. 160.4 *idem*.

³⁵ Art. 160.2 *idem*.

³⁶ Art. 160.3 *idem*.

³⁷ Art. 51 y 277 ss. *idem*.

³⁸ Art. 140 *idem*.

³⁹ Art. 274 *idem*.

más allá que solo están sometidos a esta jurisdicción los militares en el sentido estricto del término, son ahora que solo es aplicable a quienes ostenten empleo igual o inferior a Teniente Coronel o Capitán de Fragata⁴⁰ (quienes poseen empleo superior deben ser enjuiciados necesariamente por un tribunal) y que incluye la imposición de arresto hasta 28 días, o hasta 90 días previa habilitación por los mandos superiores⁴¹, por cualquiera de los delitos previstos en la ley como susceptibles de ser enjuiciados de este modo⁴².

Se mantiene en todo caso y sin excepción alguna el derecho del imputado a solicitar ser enjuiciado por un consejo de guerra en lugar de sumariamente por su Comandante⁴³.

En el orden procesal es de destacar la desaparición de la potestad discrecional que con anterioridad gozaba el mando para dirigir y ordenar en cualquier caso el archivo de las investigaciones –no procediéndose contra el culpable– por necesidades o conveniencias del servicio, algo que ahora tan solo sucede en el curso de los enjuiciamientos sumarios por delitos de poca gravedad⁴⁴. En los restantes supuestos la nueva ley establece el deber de todo Comandante de poner los hechos, tan pronto como sea posible («*as soon as is reasonably practicable*»), en conocimiento de los servicios policiales militares, los cuales han de remitir el resultado de las pesquisas a la fiscalía militar⁴⁵ dando cuenta de ello además al Comandante o jefe militar de quien dependa el sospechoso. A estos efectos la ley señala determinados delitos que por su gravedad deben ser puestos siempre y en todo caso en conocimiento de la policía y esta abrir la pertinente investigación: los previstos en su disposición complementaria segunda «*Schedule 2 Offences*»⁴⁶, la cual, llegado el caso tras las pesquisas, dará cuenta a la nueva fiscalía militar *Service Prosecution Authority*⁴⁷, órgano al que

⁴⁰ Art. 52 idem.

⁴¹ Art. 133.1 y .2 idem.

⁴² La ley recoge los distintos delitos susceptibles de enjuiciamiento sumario tanto en lo que se refiere a delitos estrictamente militares como a los de naturaleza común, incluyéndose en esto último, por citar algunos, el delito de robo, utilización ilegítima de vehículo a motor, posesión de estupefacientes, defraudación, daños, lesiones o conducir bajo los efectos del alcohol (Arts. 53, 54 y *Schedule 1*).

⁴³ Art. 129.1 idem.

⁴⁴ Art. 131 idem.

⁴⁵ Arts. 113 a 128 idem.

⁴⁶ Esta disposición complementaria contempla indistintamente tanto los delitos típicamente militares como comunes que se consideran de mayor gravedad como, por citar algunos ejemplos, la rebelión, la omisión del deber de reprimir la rebelión, la obstrucción de las operaciones, la puesta en peligro de buque o aeronave, el asesinato, el homicidio o las lesiones graves.

⁴⁷ Arts. 364 y 365 idem.

corresponde el posterior ejercicio de la acción penal si concluida la investigación considera haber méritos suficientes para ello. En el supuesto de delitos no contemplados especialmente en la disposición «*Schedule 2*» el mando militar tiene el deber de investigar lo sucedido aunque asegurándose que la policía tiene conocimiento, al menos, de los hechos y de la investigación iniciada. Este mecanismo de «*checks and balances*», muy característico del Derecho anglosajón, persigue evitar la impunidad de determinados delitos a base de fragmentar los procesos de toma de decisiones entre distintos órganos independientes entre sí.

También resulta interesante destacar en este orden de cosas los poderes de detención de sospechosos, y de entrada y registro reconocidos tanto a los mandos militares como a los servicios policiales militares –cuyas potestades y dentro de su ámbito quedan definitivamente equiparadas por ley a las de la policía convencional o *Constabulary*–, los cuales tienen ahora libre acceso a las instalaciones, buques o aeronaves militares con la única excepción de entrada en morada particular o *relevant residential premises*⁴⁸, que debe ser autorizada siempre por el *judge advocate*.

La nueva ley establece, en resumidas cuentas, un nuevo orden de competencias y funciones tanto en la investigación como en la ulterior decisión de proceder o no contra el culpable, orden que en los supuestos de los delitos de importancia desplaza al Mando militar del lugar preeminente que con anterioridad ocupaba en beneficio de las fuerzas policiales y del Ministerio Público, órgano al que además se atribuye ahora un mayor margen de competencias para formular la acusación, modificarla en el curso del proceso, retirarla, instar la remisión de las actuaciones para su enjuiciamiento sumario o impartir instrucciones a fin de evitar que la fiscalía común entable acciones una vez pronunciados los órganos de la jurisdicción militar⁴⁹.

En términos prácticos, la reforma supone que en el evento de existir indicios suficientes de haberse cometido un delito grave (*Schedule 2 Offences*: por ejemplo, un presunto delito de asesinato) la autoridad militar debe ponerlo siempre en conocimiento de la autoridad policial y esta iniciar la investigación correspondiente, al término de lo cual se remitirán las pesquisas al fiscal militar, si hubiere méritos por la gravedad del delito, o al Comandante del sospechoso si considerase que los hechos no constituyen delito grave, aunque consultando previamente a la fiscalía militar. En cualquier otro supuesto (delitos no previstos en la disposición «*Schedule 2*») la

⁴⁸ Art. 83 *idem*.

⁴⁹ Arts. 125, 126 y 127 *idem*.

nueva ley impone al mando militar el deber de investigar los hechos por sí mismo, aunque asegurándose que la policía tiene conocimiento al menos de lo acaecido (por ejemplo, un robo de escasa entidad).

No resulta difícil colegir de todo lo anterior que la nueva ley persigue evitar que el mando investigue los hechos de mayor gravedad y decida por sí solo la forma en que debe sustanciarse la exigencia de responsabilidades. Es este otro aspecto de relevancia de la reforma en ciernes por afectar en sí a uno de los dogmas o principios por los que hasta ahora venía rigiéndose la justicia militar en aquel país (*«he who gives the orders sits in judgement»*), convirtiendo decisiones que antes era de mando, tomadas generalmente a base de ponderar la necesidad de averiguar la verdad y hacer justicia con las circunstancias y necesidades del propio servicio, en decisiones que ahora son de estricta técnica jurídica, por lo que en este sentido no resulta ocioso afirmar que a la nota de unificación característica de la reforma podría añadirse la de una mayor tecnificación de los órganos⁵⁰. Aunque permanecen intactas otras notas características del Derecho militar anglosajón *clásico* como las de compendiar todo el régimen jurídico militar en un solo código o las de agrupar indistintamente en una sola categoría (*«service offence»*) conceptos tales como las *faltas de disciplina* o el *delito militar*, de ahí la existencia de dos tipos de enjuiciamiento: el sumario o disciplinario por parte del Jefe militar directamente, más lenitivo y expeditivo, y el judicial propiamente dicho por parte de los órganos jurisdiccionales militares, dejando a salvo siempre el derecho del infractor a elegir esto último.

La nueva ley sigue con fidelidad también la vieja tradición de tener vigencia anual prorrogable por un plazo de hasta cinco años mediante decreto refrendado parlamentariamente⁵¹.

⁵⁰ Algo ampliamente combatido por la oposición conservadora durante la tramitación parlamentaria de la ley, con el argumento que: *«los hombres y mujeres que integran las Fuerzas Armadas están entrenados para acatar sin discusión las órdenes impartidas por sus Jefes y en correspondencia, es a éstos a quienes acuden en primer lugar en caso de cometer un error; con la confianza que recibirán todo su apoyo y ayuda siempre que hayan obrado de buena fe (...). Soy particularmente crítico con las chapuzas del Gobierno en materia de disciplina militar y la forma en que ha dismantelado un sistema muy valioso que en no pocas ocasiones ha salvado a este país. La naturaleza feudal –y empleo el término correctamente– de nuestro sistema de disciplina significa que hay, o al menos ha habido en el pasado, un tipo de relación muy especial entre el soldado o el marinero, que confía plenamente en sus jefes y comprende el origen y responsabilidades de estos, y vice-versa los jefes, quienes comprenden el origen y responsabilidades de aquellos»*. Diario parlamentario de sesiones «Hansard Debates (07 de noviembre de 2006)» House of Commons Publications, The Stationery Office, London, U.K., 2006.

⁵¹ Art. 382 *Armed Forces Act* 2006.

3.4. UNA LEY PARA LA MEMORIA HISTÓRICA: LA SOLUCIÓN BRITÁNICA A UN PROBLEMA DE ACTUALIDAD

Razones de oportunidad política han llevado al legislador británico a introducir en la *Armed Forces Act*, fuera de los aspectos penales y administrativos propios de un código como este, un extenso artículo⁵² en el que, bajo la rúbrica «*Perdón para los militares ejecutados por delito militar: reconocimiento como víctimas de la Primer Guerra Mundial*», se declara el perdón oficial del Estado y se considera como muertes acaecidas durante el curso del enfrentamiento bélico la de todos aquellos condenados a la pena capital, y ejecutada que hubiera sido esta, desde el 4 de agosto de 1914 al 11 de noviembre de 1918, ya sea en aplicación de la entonces vigente *Army Act* de 1881 o de la (*India*) *Army Act* de 1911. Un precepto no exento de polémica durante la tramitación del proyecto⁵³.

Los delitos a los que alcanza este perdón son los de «*arrojar las armas frente al enemigo*», «*cobardía*», «*abandono de puesto*», «*dormirse durante un servicio de guardia*», «*rebelión*», «*sedición*», «*insulto a superior*», «*desobediencia*» y «*deserción*».

Este perdón oficial, algo que los laboristas llevaban propugnando durante los últimos decenios, carece, en todo caso y por disposición expresa de la ley, de eficacia jurídica relevante al no afectar a la condena ni al

⁵² Art. 359 *idem*.

⁵³ La revisión judicial en toda regla de las sentencias dictadas en estos juicios sumarios durante aquel conflicto, primero, o la amnistía general o el indulto a través de la prerrogativa real, después, eran viejas aspiraciones de un sector de la sociedad británica que llevaba largo tiempo abogando por el reconocimiento de la injusticia y arbitrariedad que supusieron aquellas muertes, por no hablar del estigma social que durante largo tiempo acompañó a las viudas y huérfanos de los ejecutados, a quienes las autoridades en ocasiones ocultaron incluso los motivos verdaderos del fallecimiento. Para los políticos conservadores, opuestos a cualquier medida de tipo judicial o legislativo, por considerar que «*la historia no se puede rescribir; esta medida podía sentar un grave precedente en relación a otros países que se avendrán a pedirnos responsabilidades; había que pensar también en todos aquellos que cayeron en cumplimiento del deber sobreponiéndose al miedo y a la debilidad*» este era un artículo improcedente y proponían su supresión del texto de la ley. Los políticos laboristas defendían su introducción «*porque muchos de los ejecutados padecían enfermedades mentales de las que entonces se desconocía su existencia; casi un siglo después no podemos aspirar a rescribir la historia o mitigar el dolor, pero podemos entender, olvidar y perdonar; la Primera Guerra Mundial es todavía un asunto polémico porque cada uno de nosotros ha conocido excombatientes de esa guerra; uno de los motivos de esta campaña no es rescribir la historia, sino escribir una parte de la historia que ha sido suprimida; cuando los oficiales padecían trauma o depresión se les enviaba a su casa, a los soldados se les enviaba ante un pelotón de fusilamiento*». Diario de sesiones del Parlamento (07 de noviembre de 2006) «*Hansard Debates*», House of Commons Publications, The Stationery Office, London, U.K., 2006.

veredicto de culpabilidad y excluirse expresamente el reconocimiento de derecho o acción alguna en favor de las víctimas o de sus herederos, ni generar responsabilidad por parte de los poderes públicos o de los particulares, ni afectar a la prerrogativa real del derecho de gracia, aunque sí está prevista la unión de un documento oficial de constancia del perdón otorgado en cada uno de los procedimientos que se conservan en los archivos públicos⁵⁴.

Es esta, bien podría así decirse, la solución británica a un problema que parece plantearse en no pocas sociedades modernas en las que a través de la acción legislativa, de la acción política en definitiva, se busca paliar, en algo, las consecuencias sociales derivadas de hechos o acontecimientos históricos.

3.5. CONCLUSIÓN

Con todo, aquí queda expuesto el nuevo régimen penal y disciplinario establecido por la *Armed Forces Act* de 2006, nuevo régimen que acerca más si cabe las instituciones de justicia militar británicas al modelo seguido por la mayoría de los países europeos (España, Francia, Italia, Holanda...) como modelo basado en el *carácter predominantemente técnico de sus órganos* (mayor intervención procesal del *judge advocate*, correlativa desaparición de la potestad de influir en las investigaciones y de formular acusación tradicionalmente atribuida al mando militar, abolición definitiva de las instituciones parajudiciales en la *Royal Navy* o creación de una Autoridad Fiscal dependiente de la fiscalía ordinaria); en la *unidad de jurisdicción*, bien por ser ahora la jurisdicción verdaderamente común a los distintos servicios que integran las Fuerzas Armadas o bien con respecto a la jurisdicción ordinaria del Estado, de la que forma parte indisociable en las instancias superiores; y cuya existencia se explica por la *necesidad de mantener la disciplina* en los ejércitos en aras a la consecución de los fines que les son propios, de ahí que se admita constitucionalmente y se limite el sometimiento de no militares a aquellos casos justificados en orden a tal fin y ello sin perjuicio, además, de proveer mecanismos de salvaguarda los derechos y libertades individuales de los miembros de las Fuerzas Armadas.

⁵⁴ «*Subject to the will of Parliament, we will place a formal record of the pardon alongside the relevant court martial files held in the National Archives, where they survive (...)*». Sesión parlamentaria de 7 de noviembre de 2006, «Hansard Debates», House of Commons Publications, The Stationery Office, London, U.K., 2006.

En resumidas cuentas, una ley que se juzgaba necesaria, que no hace sino aproximar el modelo anglosajón de justicia castrense al vigente en la mayoría de los países europeos y que ha sido, en definitiva, el resultado de una revisión a fondo de la legislación militar, *la primera revisión a fondo en algo más de medio siglo*⁵⁵.

4. EL PROCESO DE EVOLUCION DE LA JURISDICCION MILITAR EN LOS PAISES DEL AREA ANGLOSAJONA DURANTE LOS ULTIMOS AÑOS

Dejando a un lado el caso de los Estados Unidos de América, donde el Derecho militar parece haber experimentado un proceso de evolución en sentido inverso al del resto de los países de habla inglesa, sobre todo desde los hechos excepcionales del 11 de septiembre de 2001 y la posterior intervención cívico-militar fuera de sus fronteras⁵⁶, bien podría decirse que los cambios ahora experimentados por la legislación militar en Gran Bretaña también se han producido en otros países del área anglosajona, ora por la influencia que todavía ejerce la antigua metrópoli, ora por la propia evolución natural de un Derecho siempre necesitado de justificación como el castrense, al menos para la cultura democrática de Occidente.

No deja de resultar llamativo, como a continuación veremos, la sincronía e interrelación con la que se producen los procesos de evolución en estos países –al menos en lo que a legislación militar se refiere–, tanto que podríamos hablar de una verdadera comunidad de intereses jurídicos entre todos ellos.

4.1. CANADÁ

De todas las antiguas colonias que integran la *Commonwealth* es quizás el Canadá el caso más controvertido por la manifiesta influencia política y cultural que Gran Bretaña, en especial su Derecho, han tenido en

⁵⁵ Así presentó el 12 de diciembre de 2005 el proyecto de ley al Parlamento para su tramitación el entonces Secretario de Estado para la Defensa John Reid. «Hansard Debates» House of Commons Publications, The Stationery Office, London, U.K., 2005.

⁵⁶ Véase sobre esto, y particularmente sobre las comisiones militares llamadas a juzgar a los detenidos en la base militar de Guantánamo, Cuba, el prolífico artículo de BALDRATE, BRIAN C. «THE SUPREME'S COURT ROLE IN DEFINING THE JURISDICTION OF MILITARY TRIBUNALS: A STUDY, CRITIQUE, & PROPOSAL FOR HAMDAN v. RUMSFELD» MILITARY LAW REVIEW, VOL. 186, winter 2005, págs. 1-115.

este país⁵⁷ y porque a pesar de esto su sistema de justicia militar ya incorporó años atrás muchas de las reformas contempladas hoy en la británica *Armed Forces Act*.

Antes de alcanzar la independencia en 1867 las únicas fuerzas militares regulares que existían en Canadá eran las británicas, a las que eran de aplicación sus propias ordenanzas o *articles of war*. Con la *British North America Act* promulgada a modo de Constitución a poco de proclamarse la independencia se otorgaba por las distintas provincias al Parlamento canadiense responsabilidad exclusiva para el establecimiento de una fuerza militar o milicia. En 1868 era aprobada la ley *Act Respecting the Militia and Defence of the Dominion of Canada* y con ello se producía la retirada definitiva de las fuerzas británicas y su sustitución por un verdadero ejército de carácter nacional. Irónicamente esta ley adoptaba todas las instituciones jurídico militares de la antigua metrópoli como el recurso a los juicios sumarios o a los consejos de guerra, la formulación indistinta de las faltas de disciplina y de los delitos militares, la incorporación de los delitos de la legislación común a la ley militar mediante una cláusula general de remisión a aquella o mediante el reconocimiento de potestades decisivas al mando en asuntos de justicia, comenzaba así el nacimiento del Derecho militar canadiense bajo el legado militar y jurídico de Gran Bretaña.

A lo largo del siglo XX una fuerza militar concebida constitucionalmente para la estricta defensa del territorio nacional fue puesta bajo control británico en numerosas ocasiones, principalmente en la Guerra Bóer y durante sendas conflagraciones mundiales, por lo que no era infrecuente la aplicación indistinta⁵⁸ de las legislaciones británica y canadiense según la naturaleza de la expedición o la nacionalidad del General al mando del contingente, dando lugar con ello a tal confusión de autoridades⁵⁹ que a finales de los años 40 el Parlamento canadiense decidió acometer una reforma en profundidad de la legislación militar, emulando procesos similares que se habían iniciado tanto en el Reino Unido⁶⁰ como en los Estados Unidos

⁵⁷ McNAUGHT, K., «THE PENGUIN HISTORY OF CANADA», Penguin Books, London, U. K., 1988, págs. 61, 84, 199, 224 y 229.

⁵⁸ Incluso los consejos de guerra formados para el enjuiciamiento de militares canadienses en los distintos campos de batalla estaban integrados a menudo por oficiales británicos. Esto en MADSEN, C., «ANOTHER KIND OF JUSTICE: CANADIAN MILITARY LAW FROM CONFEDERATION TO SOMALIA», UBC Press, Vancouver, Canada, 1999, pág. 44.

⁵⁹ PITZUL, S. T. & MAGUIRE, J. C. «A PERSPECTICE ON CANADA'S CODE OF SERVICE DISCIPLINE», artículo aparecido en AIR FORCE LAW REVIEW Vol. 52, 2002, págs. 4-5.

⁶⁰ El resultado en este país fueron las conocidas *Army Act* y *Air Force Act* de 1955 y posteriormente para la Marina de Guerra la *Naval Discipline Act* de 1957.

de América⁶¹. Estaban inspirados estos procesos en la doble necesidad de reducir la competencia de los tribunales militares y en la de simplificar y armonizar la legislación aplicable a los distintos servicios. La movilización masiva de ciudadanos en tiempo de guerra y el elevado número de consejos de guerra celebrados durante el conflicto, muchas de cuyas sentencias habrían creado polémica, en especial las penas de muerte dictadas de forma expeditiva, llevaron a la opinión pública de estos países a rechazar la existencia de tribunales castrenses de una forma desconocida hasta entonces.

La *Royal Canadian Navy*, fuerza naval prácticamente improvisada para hacer frente a las necesidades derivadas de la Segunda Guerra Mundial, contó desde 1944 con su propia *Naval Services Act* y, aunque de inspiración británica, incorporó sin embargo numerosas novedades en materia de garantías, muy a imagen y semejanza de la práctica seguida por los tribunales comunes, por ejemplo la defensa del acusado por parte de un Oficial del Cuerpo de Intendencia era un derecho irrenunciable sin el cual no era válido el juicio. La razón de esto es más accidental que teórica y es que Canadá, un país con apenas intereses de ultramar, había confiado hasta entonces la seguridad de sus costas a los barcos de la *Royal Navy*, de ahí la necesidad de organizar una Marina de Guerra y de proveer un régimen penal y disciplinario que por avatares del destino no fue la simple trasposición de la legislación británica⁶².

En la *Royal Canadian Air Force* y por disposición expresa de las autoridades canadienses la legislación aplicable en asuntos de justicia y disciplina era la británica, única legislación que resultaba familiar a quienes integraban este ejército por haber servido desde siempre en la *Royal Air Force* y por que, más allá de esto, su función en el país hasta entonces se limitaba a operaciones aéreas de carácter civil⁶³.

En definitiva, las guerras del siglo XX forzaron a los canadienses a *elegir entre imperio e independencia*⁶⁴ y fueron el catalizador de la expansión industrial del país y de la transformación de muchas de sus instituciones, *una de ellas la justicia castrense* ⁶⁵.

⁶¹ El resultado fue la promulgación del Código Uniforme de Justicia Militar de 1950, código del que ya hemos hablado en nuestro trabajo «LA AMBIGUA NATURALEZA DE LO DISCIPLINARIO EN EL DERECHO MILITAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA», en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR Núm. 82, (jul.-dic.) 2003, págs. 149-194.

⁶² MADSEN, C., op. cit. pág. 89.

⁶³ MADSEN, C., op. cit. pág. 58.

⁶⁴ MORTON, D., «A MILITARY HISTORY OF CANADA» McClelland & Stewart Inc., Toronto, Canada, 1990, pág. 9.

⁶⁵ MORTON, D., op. cit. 9.

En 1950 el Parlamento canadiense aprobó la *National Defence Act*, ley de aplicación indistinta en todos los ejércitos, dando lugar así a la primera ley estrictamente nacional por la que se regulaba, siempre de conformidad con la tradición e instituciones anglosajonas, todo lo relativo a las Fuerzas Armadas y al Departamento de Defensa Nacional. En su articulado la *Parte III* se dedicaba por completo a cuestiones penales y disciplinarias bajo el gráfico título de *Código de Disciplina del Servicio*, quedaba abolida así definitivamente cualquier remisión a otra legislación que no fuera la canadiense y quedaba establecido, además, un procedimiento de aplicación universal y un régimen de garantías común para todo el personal al que era de aplicación.

La evolución desde entonces de las Fuerzas Armadas y de la jurisdicción militar en ese país ha seguido un curso muy distinto al de Gran Bretaña.

En 1959 se introduce un recurso de apelación ante un tribunal integrado únicamente por magistrados civiles el *Court Martial Appeal Court* y un ulterior recurso ante la Corte Suprema del Canadá en materia de interpretación del Derecho en cuestiones de interés general (aunque ya existía desde 1950 un consejo presidido por un magistrado civil encargado de atender las apelaciones formuladas contra las sentencias de los consejos de guerra). En 1968 las fuerzas terrestres, navales y aéreas fueron integradas en un único servicio con la denominación de *Canadian Forces* y con ello se produce la desaparición de las jurisdicciones privativas de cada uno de estos servicios en la instancia.

La posterior entrada en vigor en 1982 de una nueva Constitución y de la Carta de Derechos y Libertades también tuvieron repercusiones en la órbita de la legislación militar, sobre todo en materia de garantías como la tutela judicial, la independencia de los órganos jurisdiccionales o el sistema de elección de los vocales integrantes de los consejos de guerra. A mayor abundamiento, en la Constitución se declaraba sin validez alguna la legislación británica que fuese promulgada en adelante, rompiéndose así cualquier vínculo jurídico con la antigua metrópoli que no fuera el estrictamente derivado de los acuerdos políticos y constitucionales vigentes hasta entonces.

En los años 90 fueron la Sentencia *Genereux* dictada por la Corte Suprema y los lamentables hechos protagonizados por el contingente canadiense durante el desarrollo de las operaciones de paz en Somalia los eventos decisivos que llevaron a las últimas reformas y, en síntesis, al actual sistema de jurisdicción militar, separándose definitivamente y atribuyéndose a órganos distintos e independientes entre sí las funciones de investigación, postulación, defensa en juicio y de decisión. En virtud a la

Sentencia *Genereux* y aun a pesar de reconocerse la necesidad de una justicia militar distinta de la ordinaria del Estado, se declaran inconstitucionales todos los preceptos de la *National Defence Act* en que de una u otra forma se atribuyen funciones en materia de justicia a órganos que no sean independientes unos de otros o del propio Departamento de Defensa. En relación a los hechos acaecidos en Somalia fue el propio gobierno el que impulsó todas las medidas necesarias en materia de investigación y capacidad para formular cargos e imputaciones a fin de evitar que volvieran a tener lugar *los crímenes más execrables que un militar puede cometer contra las leyes de la guerra, contra el Código de Disciplina y contra las leyes penales comunes*⁶⁶.

El sistema actual es de aplicación indistinta dentro y fuera del país tanto en tiempo de paz como de guerra o conflicto armado. Se sigue la tradicional incorporación al código de los delitos y de las faltas de disciplina indistintamente y de su enjuiciamiento sumario o judicial. Se trata también de una ley aplicable por razón de la persona e incluye a militares, paisanos vinculados a las Fuerzas Armadas o espías extranjeros. Desde el punto de vista orgánico integran la estructura en primera instancia los consejos de guerra, de los que existen hasta cuatro tipos según el empleo y condición militar o no del acusado, la pena que pueden imponer o según se celebre el juicio con jurado o con la sola presencia del juez. La *Court Martial Appeal Court* aparece a continuación como instancia de apelación y en la cúspide, como instancia revisora y unificadora de doctrina, la Corte Suprema del Canadá.

Dejando a salvo el personal militar llamado a formar parte del jurado en los consejos de guerra, el resto de los actores que intervienen en el procedimiento militar son letrados militares integrados en el Cuerpo del *Judge Advocate General* del Departamento de Defensa, Cuerpo encargado del asesoramiento jurídico y del ejercicio de funciones judiciales. Integran el mismo distintos servicios independientes entre sí aunque subordinados todos a la autoridad máxima del *Judge Advocate General*. Los jueces que presiden los distintos consejos de guerra son nombrados por periodos renovables de cinco años y dependen exclusivamente del *Chief Military Judge*, autoridad directamente subordinada al *Judge Advocate General*. Las funciones acusatorias son ejercitadas por letrados militares del citado Cuerpo adscritos al *Military Prosecution Service* el cual, para esta función, depende directamente de aquel, de quien puede recibir órdenes e instrucciones. La tarea de defensa en juicio se atribuye también a los *judge advocates* militares del *Defence Counsel Service*.

⁶⁶ En MADSEN, C., op. cit. págs. 143-144.

La investigación del delito y la posibilidad de formular o no cargos directamente contra el sospechoso o de remitir los atestados al fiscal militar la lleva a cabo siempre el *National Investigation Service*, Unidad integrada en la Policía Militar y cuyos cometidos desarrolla con autonomía respecto a la cadena de mando del sospechoso, dependiendo directamente del *Provost Marshal*.

Estos son, a grandes rasgos, los principales caracteres del sistema canadiense de justicia militar diseñado por la *National Defence Act* de 1950, sistema que no deja de resultar curioso por sus afinidades con el modelo seguido en España –sobre todo tras las importantes reformas de los años 90 en ese país (*Genereux* y *Somalia*)– y porque, a la vista de cuanto llevamos expuesto, lleva décadas de adelanto con respecto al modelo británico, el modelo al que debe su primera existencia y al cual parece haber servido ahora de inspiración.

4.2. AUSTRALIA

La existencia en tiempos modernos de una jurisdicción militar y de una justicia castrense en este país data del establecimiento de colonias penitenciarias por parte de Gran Bretaña en 1788. Las tropas que guarnecían el territorio y vigilaban a los presidiarios eran las británicas y por lo tanto, la única legislación conocida entonces eran la *Mutiny Act* y las ordenanzas o *artículos de guerra* promulgados ocasionalmente por el monarca inglés.

A partir de 1870 y tras la progresiva retirada de las fuerzas británicas, las colonias asentadas en territorio australiano comienzan a organizar milicias y fuerzas navales, produciéndose en este momento histórico el nacimiento de un Derecho militar que aunque no genuinamente australiano por predatar al nacimiento del Estado federal y ser una simple adopción del británico, sin embargo ya se recoge en leyes coloniales como *The Volunteer Force Regulation Act* de 1867 (Nueva Gales del Sur), las distintas *Defence Act* del periodo 1884-96 (Queensland) o la *Defence and Discipline Act* de 1890 (Victoria).

En 1901 las colonias confederadas se asociarán en régimen de mancomunidad quedando así definitivamente constituido el Estado australiano o *Commonwealth of Australia*, es ahora, en este preciso momento histórico, cuando surgen las primeras fuerzas terrestres y navales de carácter nacional. El régimen penal y disciplinario aplicable para su orden y gobierno se contempló por vez primera en la *Defence Act* de 1903 y fue complementado con leyes posteriores como la *Naval Defence Act* de 1910 y en reglamentaciones dictadas por el Gobernador General del país, en su calidad de Comandante en Jefe y máximo representante de la Corona británica, como

las de 1904 para el Ejército, 1906 para la Marina de Guerra y 1922 para la entonces recién creada Fuerza Aérea⁶⁷.

El sistema australiano de justicia militar es y ha evolucionado, por razones obvias, de forma muy semejante al británico, tan semejante que la antedicha *Defence Act* no hizo sino incorporar al ordenamiento australiano la legislación militar vigente en Gran Bretaña, que por entonces era la *Army Act* de 1881. Fue con esta ley, en vigor hasta no hace mucho, con la que las tropas australianas fueron enviadas a combatir en sendas guerras mundiales, en la guerra de Corea o en la guerra de Vietnam, dando lugar a situaciones tan pintorescas como el que durante los años 60 del pasado siglo a un soldado australiano que se encontrase participando en cursos o maniobras en Gran Bretaña se le estuviese aplicando legislación de origen británico que databa del siglo XIX mientras que a un soldado británico que se hallase de igual modo en territorio australiano se le estuviese aplicando su propia *Army Act* de 1955, más actualizada y acorde con los tiempos.

La situación continuará así hasta que en 1982 se reorganicen las Fuerzas Armadas transformándose en una sola entidad denominada *Australian Defence Force* y se promulgue a continuación la vigente *Defence Force Discipline Act* –entraría en vigor en 1985– dando lugar así al nacimiento *de facto* de un verdadero Derecho militar genuinamente australiano, autónomo y diferenciado del británico.

A mayor abundamiento, la complementaria *Defence Force (Miscellaneous Provisions) Act* de 1982 deroga expresamente toda referencia o remisión a la legislación militar británica. Desde entonces el texto de la *Defence Force Discipline Act* ha estado en continuo proceso de modificación como atestiguan la promulgación en 2006 de la *Defence Legislation (Amendment) Act* o la actual tramitación parlamentaria de otro proyecto bajo mismo título. Obedecen todas estas reformas periódicas a un proceso de revisión de la legislación militar iniciado hace ya algunos años en sintonía con otros procesos similares como el acontecido en Gran Bretaña. Existen como antecedente de estas reformas dos documentos básicos: el informe parlamentario *Report on the Effectiveness of Australia's Military Justice System*⁶⁸ de junio de 2005, emitido tras una extensa revisión iniciada en 2003 de la Administración de justicia militar y del

⁶⁷ HEALY, F. B., «THE MILITARY JUSTICE SYSTEM IN AUSTRALIA», THE AIR FORCE LAW REVIEW (U.S.A.) Vol. 52, 2002, pág. 94.

⁶⁸ Interesante informe donde se llegan a formular hasta cuarenta recomendaciones o propuestas a modo de conclusión tras la ingente labor desarrollada por la comisión parlamentaria durante dos años. Incluso la empresa de auditorías *Ernst & Young* recibió el encargo de estudiar la eficacia de la Policía Militar en la gestión de recursos dirigidos a la práctica de investigaciones criminales.

marco legislativo en que se desenvolvía, así como la respuesta del Gobierno a este informe *Government Response to the Senate Foreign Affairs, Defence and Trade References Committee*⁶⁹ de octubre de ese año.

El sistema australiano de justicia castrense, el vigente en la actualidad –el cual parece ser objeto de polémica permanente en este país⁷⁰–, ha quedado de forma muy parecida al británico. Ello pese a que el informe parlamentario al que hemos aludido proponía incluso su práctica abolición en tiempo de paz y su integración como una especialidad más en el orden penal federal. No es ajeno a que se haya evitado esto último las repetidas legislaturas que el moderado Partido Liberal lleva en el poder.

Por no resultar reiterativos simplemente destacar la reciente creación del tribunal *Australian Military Court*⁷¹ como órgano permanente en sustitución del antiguo sistema alternativo de consejos de guerra *ad hoc* o juicios ante un *Defence Force Magistrate* en exclusiva. El nuevo tribunal, de implantación, funcionamiento y competencia universal semejantes al nuevo *The Court Martial* británico, está presidido por el *Chief Military Judge*⁷² y se encuentra integrado por magistrados militares (*military judges*)⁷³ procedentes del servicio jurídico de la *Defence Force*, se abandona así el empleo de la tradicional denominación de *judge advocate* como

⁶⁹ El Gobierno liberal admitió casi todas las propuestas, unas ya realizadas como la creación de la *Australian Military Court*, otras en proceso de tramitación parlamentaria, aunque rechazó algunas como la de remitir la investigación de presuntos delitos militares cometidos en territorio australiano a las autoridades policiales civiles para su posterior conocimiento por la Jurisdicción ordinaria; la de deferir la investigación de los delitos cometidos fuera de Australia a la Policía federal; la de permitir que la Policía Militar solo investigue la comisión de delitos genuinamente militares como la desobediencia o la desertión; o la de atribuir a la fiscalía ordinaria la persecución de delitos ante la Jurisdicción militar.

⁷⁰ Una ojeada a la prensa de la época en que empezó a plantearse la reforma del sistema, por breve que sea, deja a entrever un cierto recelo hacia esta jurisdicción como se desprende de algunos artículos «*Senate slams military justice system*» The Age 16/06/05; «*Military «incapable» of justice: inquiry*» The Age 17/06/05; «*Military justice reforms: window dressing*» The Age 06/10/05; «*New cases show military justice reform still far off*» Media statement The Labour Party 16/08/05.

⁷¹ Arts. 114 a 121 *Defence Force Discipline Act* 1982.

⁷² Art. 188 AA idem. El nuevo *Chief Military Judge* es nombrado por el Gobernador General de Australia de entre aquellos Oficiales del servicio jurídico de la *Defence Force* con empleo de General de Brigada y ya se encuentre en situación de servicio activo o pertenezca a los cuadros de la Reserva, aunque debe tener la condición de *legal practitioner* (profesional reconocido por la Administración corporativa correspondiente).

⁷³ Arts. 188 AP y 188 AX idem. Los *Military Judges* son nombrados por el Gobernador General de entre Oficiales del servicio jurídico de la *Defence Force* en situación de servicio activo o pertenecientes al componente de la Reserva y cuyo empleo no sea inferior a Teniente Coronel. Por disposición de la ley durante su permanencia en el cargo no pueden ser evaluados bajo ningún concepto por lo que se refiere al ejercicio de sus funciones, aunque de conformidad con su condición militar ascienden automáticamente una sola vez a los

signo quizás de los nuevos tiempos, aunque el cargo de *Judge Advocate General* se mantiene atribuyéndole ciertos cometidos institucionales relacionados con la Administración de justicia militar⁷⁴.

También es de destacar la creación de una nueva fiscalía militar cuyo personal o *staff* depende del *Director of Military Prosecutions*⁷⁵ y cuyos cometidos son los tradicionales de este instituto en cuanto al ejercicio de la acción acusatoria o la representación procesal de las altas autoridades militares en la tramitación de recursos de apelación. De acuerdo con la nueva legislación el Ministerio Público puede ahora, a la vista del resultado de las investigaciones, decidir el archivo de las actuaciones, ordenar su remisión a la Autoridad militar para el enjuiciamiento sumario de los hechos o instar la apertura del procedimiento judicial correspondiente.

Asimismo se crea un cargo análogo al español de Secretario Relator que se denomina *Registrar* y que es ocupado igualmente por letrados militares⁷⁶, encargado de la gestión y administración del *Australian Military Court*.

Son características del nuevo sistema, además: la potestad que se reconoce al Gobernador General de Australia para la declaración, a efectos penales y disciplinarios, del especial estado de *servicio activo* –situación equivalente al estado de guerra– de una fuerza en particular o de determinados contingentes sirviendo en una zona geográfica determinada⁷⁷; la remisión del propio código militar a los principios generales de responsabilidad criminal previstos en la legislación penal común⁷⁸; la clasificación

cinco años de recibir su nombramiento. Se ha huido así de la antigua denominación de *judge advocates* por su carácter un tanto obsoleto («...in lieu of the outmoded «*Judge Advocate*»»), tal y como consta en el dictamen del *Judge Advocate General* de la ADF emitido con motivo del estudio del proyecto de ley de 2006 en «SUBMISSION ON THE PROVISIONS OF THE DEFENCE LEGISLATION AMENDMENT BILL 2006» JAG 206/06, Ministry of Defence, Canberra, Australia, 2006.

⁷⁴ Art. 179 *idem*. El *Judge Advocate General* es nombrado por el Gobernador General de Australia de entre magistrados pertenecientes a los tribunales del orden federal o del orden particular de los Estados. Su cometido principal es la emisión de informes anuales sobre el funcionamiento de la Administración de la Justicia Militar ante el Ministro de Defensa o el Parlamento federal.

⁷⁵ Arts. 103, 188 G a 188.GQ y 196.B *idem*. El *Director of Military Prosecutions* es nombrado por el Ministro de Defensa de entre Oficiales del servicio jurídico de la *Defence Force* con empleo no inferior a General de Brigada, pertenezca a los cuadros permanentes o de la Reserva, y siempre que además de esto se encuentre colegiado como letrado en ejercicio o *legal practitioner*.

⁷⁶ Arts. 188.F a 188.FM *idem*. El *Registrar* es nombrado por el Ministro de Defensa de entre el personal del servicio jurídico de la *Defence Force* con el empleo de Coronel, debe hallarse inscrito ante el colegio profesional correspondiente y es indistinta su pertenencia a los cuadros permanentes o de la reserva.

⁷⁷ Art. 4 *idem*.

⁷⁸ Art. 10 *idem*.

de los delitos dada su gravedad en tres clases según corresponda su enjuiciamiento únicamente a un juicio con jurado integrado por doce miembros (*Class 1 offence*), a un juicio con jurado integrado por seis miembros salvo que el acusado prefiera comparecer únicamente ante un juez militar (*Class 2 Offences*) o, a la inversa, ante un juez militar en exclusiva salvo que aquel prefiera comparecer ante un jurado de seis miembros (*Class 3 offence*), jurado que deberá emitir veredicto de culpabilidad o inocencia así como, llegado el caso, pronunciarse sobre el grado de imputabilidad del acusado; se regula, por último, un sofisticado sistema de comparecencias y práctica de prueba testifical o documental obtenida por videoconferencia dando lugar así al concepto de *persona remota*⁷⁹.

También resulta de interés la incorporación de toda la legislación penal federal al código militar mediante la consideración de delito *militar* la comisión igualmente por parte de aquellas personas sujetas al código y donde quiera que ello tenga lugar, de hechos previstos como tal en la legislación vigente en el distrito especial de la capital del Estado o *Jervis Bay Territory*⁸⁰.

La competencia del nuevo *Australian Military Court* se declara universal para el enjuiciamiento de todo aquel sometido al código con independencia del lugar de los hechos, aunque si estos se llevan a cabo dentro del territorio australiano y pudieran ser constitutivos de los delitos comunes de traición, asesinato, homicidio o bigamia⁸¹ solo puede procederse contra el culpable con autorización expresa del máximo representante del Ministerio Público o *Director of Public Prosecutions*. Del mismo modo se declara expresamente excluido del conocimiento de este tribunal aquellos hechos que tengan la consideración de *custodial offences*⁸².

⁷⁹ Arts. 122, 124, 132.A y 148.A-F *idem*.

⁸⁰ Art. 61 («*Offences based on Territory Offences*») *idem*. El *Jervis Bay Territory* es un distrito especial que ocupa la capital del Estado y donde impera únicamente la legislación federal. Esto en MITCHEL A. & Voon T., «DEFENCE OF THE INDEFENSIBLE? REASSESSING THE CONSTITUTIONAL VALIDITY OF MILITARY SERVICE TRIBUNALS OF AUSTRALIA», artículo publicado en *FEDERAL LAW REVIEW* Vol. 27, Núm. 3, 1999, en nota 18 pág. 20.

⁸¹ Art. 63 *idem*.

⁸² Las *custodial offences* previstas en el art. 54.A de la ley se refieren a infracciones de carácter más disciplinario (abandonar la celda sin permiso, hablar con otra persona sin autorización, las riñas tumultuarias, etc.) que criminal cometidas específicamente por *detainees*, siendo estos aquellas personas cumpliendo condena en *Detention Centres* operados por la *Australian Defence Force*. Por otro lado, el art. 3 define el *Detention Centre* como aquel lugar militar que, sin ser una prisión, alberga a aquellas personas a las que se ha impuesto la pena de *detention* y siendo esta una forma atenuada de privación de libertad que en el art. 68 (*Scale of punishments*) se sitúa entre la expulsión de las Fuerzas Armadas y la pérdida de empleo. Entendemos que la ley se refiere en este caso a las infracciones de carácter disciplinario cometidas por los que, en definitiva, se encuentran cumpliendo el equivalente a un «arresto» impuesto sin intervención de un tribunal.

En el aspecto administrativo o disciplinario corresponde al *Chief of Defence Force* la designación de los mandos subordinados a los que se atribuyen potestades sumarias para el enjuiciamiento y sanción de las infracciones menos graves, cuyas resoluciones sancionadoras son sometidas en todo caso a un sistema de revisión de oficio⁸³. Se encarga la ley también de regular la figura no judicial del *Discipline Officer* para el castigo específico y expeditivo de las infracciones disciplinarias leves (*minor disciplinary infringements*) cometidas por las Clases de Tropa o los alumnos de centros docentes militares. El *Discipline Officer* ya existía en el Derecho militar australiano desde 1995 y no es ni mucho menos autoridad judicial ni autoridad de carácter sumario⁸⁴, por lo que solo puede imponer sanciones con el *consentimiento* previo del infractor, es decir, renunciando este a que en caso contrario las responsabilidades se depuren sumaria o judicialmente, incluyéndose como comportamientos típicos las ausencias injustificadas inferiores a tres horas, incorporarse tarde a un servicio, las desobediencias leves, el incumplimiento defectuoso de las órdenes recibidas o comportarse de forma tal que perjudique la imagen y prestigio de las Fuerzas Armadas. Las sanciones comprenden desde la reprensión, la pérdida de un día de haberes, pérdida de hasta tres días de permiso oficial o el cumplimiento de trabajos extraordinarios o de instrucción en orden cerrado por periodo de hasta tres días⁸⁵.

En cuanto a los medios de impugnación de las sentencias dictadas en vía judicial permanece intacto el acceso a los órganos jurisdiccionales ordinarios (*Defence Force Discipline Appeal Tribunal* o el *Federal Court of Australia*) por los cauces de la *Courts Martial Appeals Act* de 1955, así como la competencia del *High Court of Australia* como máximo interprete del texto constitucional. También se conserva en la nueva ley las peticiones de clemencia al amparo del derecho de gracia reconocido a la Reina Isabel II por su calidad constitucional de Jefe del Estado australiano⁸⁶.

En abundamiento, además, de todo este proceso de reformas el pasado 20 de febrero de 2008 se inició la tramitación ante el Parlamento de Canberra del nuevo proyecto de ley *Defence Legislation Amendment Bill 2008*, proyecto que en palabras del Ministro de Defensa de ese país el día de su presentación «*representa otra etapa más en la reforma largamente*

⁸³ Arts. 105, 151-155 *idem*.

⁸⁴ Esto en op. cit. HEALY, F. B., «THE MILITARY JUSTICE SYSTEM IN AUSTRALIA», págs. 103 y 104.

⁸⁵ Arts. 169.A-169.J *idem*.

⁸⁶ Art. 189 *idem*. («*Nothing in this Act limits or affects the royal prerogative of mercy.*»).

esperada de la justicia militar en la Fuerza de Defensa Australiana (...). Es precisamente el justo equilibrio entre las necesidades de la disciplina y el respeto a los derechos del individuo lo que produce una fuerza de defensa capaz del usar la fuerza letal sin dejar por ello de reflejar los valores de nuestra nación y sin menoscabo de nuestros compromisos internacionales»⁸⁷.

Persigue el nuevo proyecto de ley⁸⁸ completar todas estas reformas con diversas medidas como la simplificación del procedimiento sumario no judicial; la introducción de un nuevo recurso contra las sanciones impuestas en vía sumaria ante el nuevo *Australian Military Court* a fin de garantizar la tutela judicial en este tipo de actuaciones; la abolición definitiva del antiguo sistema de revisión administrativa de oficio de las todas las sanciones sumarias por parte de la autoridad superior jerárquica a la que impuso la sanción y su sustitución por un nuevo sistema de revisión centrado únicamente en la comprobación en torno a si ha existido o no error de Derecho en la imposición de la misma. Un juez militar será en adelante quien conozca de todas estas apelaciones contra la base fáctica o jurídica de la resolución impugnada, sin que pueda ser agravada la sanción que en su lugar pueda llegar a imponerse.

También se pretende ampliar la aplicación de sanciones en vía no judicial, al contrario de lo que ocurre en otros ejércitos de influencia británica, a todos los militares con independencia del empleo o categoría (hasta ahora solo alcanzaba hasta el empleo de Comandante) contemplándose para estos las sanciones sumarias de reprensión o pérdida de hasta siete días de haberes y sin perjuicio del tradicional derecho a elegir comparecer, en su lugar, ante un juez del *Australian Military Court*.

El plazo máximo de tramitación de expedientes no judiciales se sitúa en tres meses desde que se ha formalizado la imputación contra el infractor, transcurrido este plazo la autoridad sumaria debe remitir las actuaciones necesariamente a la fiscalía militar.

Se amplía a cualquier supuesto el derecho a elegir ser enjuiciado por un juez de la *Australian Military Court* en lugar de por la autoridad sumaria, salvo aquellos delitos estrictamente militares cuya inmediata sanción se considera imprescindible para el mantenimiento de la disciplina como

⁸⁷ Del Diario Oficial de Sesiones «*Votes and Proceedings: Wednesday 20 february 2008*» HANSARD, House of Representatives, Canberra, Commonwealth of Australia, 2008, págs. 6 y 7.

⁸⁸ «*Defence Legislation Amendment Bill 2008*» *Explanatory Memorandum (Circulated by Authority of the Minister For Defence)*, The Parliament of the Commonwealth of Australia, House of representatives, Canberra, Australia, 2008.

las ausencias injustificadas, la insubordinación o las conductas contrarias a la buena imagen de las Fuerzas Armadas.

Se establece un catálogo de derechos y deberes de los Oficiales pertenecientes a los servicios jurídicos, con independencia de la función que tengan encomendada, a fin de garantizar el correcto ejercicio de sus cometidos siempre de acuerdo con los derechos y obligaciones generalmente reconocidos a los profesionales del Derecho y sin perjuicio del cumplimiento de las órdenes legítimas que reciban en cumplimiento de sus deberes militares, así como de las instrucciones técnicas que les sean impartidas por sus superiores en el desarrollo del servicio específico que desempeñen.

Otras medidas propuestas son la potenciación del cargo de *Provost Marshal* al frente del Servicio de Investigación como autoridad a la que se encomienda la dirección de todas las investigaciones criminales; ampliar la competencia del *Disciplinary Officer* para incluir incluso a militares con empleo de Capitán, aunque a estos solo se les puede sancionar con pérdida de haberes o reprensión y siempre que la autoridad sancionadora en este caso sea un empleo superior al sancionado y reconocer al *Director of Military Prosecutions* legitimación para formular consultas relativas a la aplicación de la Ley ante la superior instancia del *Defence Force Discipline Appeal Tribunal* en cuestiones que se susciten durante la tramitación de procedimientos ante el *Australian Military Court*.

En Australia, del mismo modo que en los EE. UU.⁸⁹, parece ser desde siempre objeto predilecto de la doctrina discutir en torno a la naturaleza judicial o administrativa de los tribunales y órganos judiciales militares. La cuestión ya fue zanjada por la propia Corte Suprema de este país admitiendo su carácter netamente judicial como excepción al principio de separación de poderes sobre la base –un tanto malabar– de distinguir entre el Poder Judicial descrito en el Capítulo III de la Constitución y el ejercicio de poder judicial reconocido por la misma Constitución⁹⁰ a otras instancias (tribunales castrenses) siempre que dicho ejercicio esté íntimamente relacionado con la finalidad de salvaguardar la disciplina militar⁹¹. Criterio que recibe, finalmente, una especie de bendición legislativa en la nueva reforma cuando, excluyendo expresamente que sea un tribunal de los descritos en el citado Capítulo III, se establece que el *Australian Military*

⁸⁹ Lo cual ya expusimos también en nuestro anterior trabajo «LA AMBIGUA NATURALEZA...» vid. pág. 178, en nota 78.

⁹⁰ En su artículo 51 la Constitución australiana reconoce al Parlamento de la *Commonwealth* potestad exclusiva para dictar leyes relativas a la creación y control de una fuerza militar encargada de velar por los intereses nacionales.

Court es un tribunal militar (*service tribunal*) creado específicamente al amparo y para los fines propios de la *Defence Force Discipline Act* ⁹².

Así queda el diseño de la nueva jurisdicción castrense australiana. Algunos, desde su génesis misma hasta su primera implantación con la creación del *Australian Military Court*, no han dudado en calificarlo como el *sistema más justo e imparcial del mundo*⁹³; (...) *la existencia, al mismo tiempo, de jurisdicción, jueces militares, jurados militares y medios de impugnación en apelación no la hallamos en ninguno de los sistemas disciplinarios de las restantes fuerzas aliadas*⁹⁴.

4.3. NUEVA ZELANDA

Las islas que integran Nueva Zelanda, lugar común de emigración europea desde finales del siglo XVIII, no se constituyen en Estado hasta la firma del Tratado de Waitangi en 1840. En virtud a este tratado con las tribus maories la Corona británica establecía un gobernador general a quien se confiaba la administración y defensa militar del territorio. El peculiar *status* jurídico de este país hasta que accede gradualmente a la independencia definitiva en los años 50 del pasado siglo impide hablar de una legislación militar que no sea la aplicable indistintamente a las fuerzas británicas. Ello sin perjuicio de los vínculos jurídicos de carácter constitucional que aun se mantienen con la antigua metrópoli⁹⁵.

⁹¹ Sentencias del *High Court of Australia* en los precedentes *Tracy* (1989), *Nolan* (1991) y *Tyler* (1994). Lo cual no ha impedido que en fecha relativamente reciente todavía haya quien cuestiona la legitimación de todo el sistema incluso desde el seno mismo de la institución militar: véase «*Officer takes military justice to High Court*» en *The Sydney Morning Herald* edición de 07/02/07.

⁹² Art. 114 *Defence Force Discipline Act*: «*The Australian Military Court is not a court for the purposes of Chapter III of the Constitution. (...) The Australian Military Court is a service tribunal for the purposes of this Act.*»

⁹³ «*The provisions in the legislation will provide the ADF with the fairest and most impartial military court in the world. The combination of confined jurisdiction, military judges, military juries and rights of appeal are not found in any other Defence Force justice system*» en la nota de prensa (Media Release) del Ministro de Defensa Sr. Bruce Billson de fecha 07/12/06.

⁹⁴ En declaraciones a la prensa de altas autoridades militares en la ceremonia de apertura del *Australian Military Court*: «*Much progress had been made to create a world's best practice military justice system*» sic. (*Chief of the Military Justice Implementation Team*); «*The blend of jurisdiction, military judges, military juries and rights of appeal is not found in other allied defence force discipline system*» sic. (*Air Chief Marshal*) en «*Australian Military Court opens*» *The Daily Telegraph* edición 03/10/07.

⁹⁵ La Constitución neozelandesa de 1986 continúa la tradición establecida en 1701 (*Act of Settlement*) en declarar como monarca y Jefe del Estado a quien quiera que en cada momento histórico lo sea, a su vez, del Reino Unido de Gran Bretaña.

Fuerza militares neocelandesas han participado junto a las británicas en prácticamente todos los hechos bélicos en que participaron estas a lo largo del siglo XX. No extraña, por consiguiente, que el Derecho militar de este país, al igual que sucede con el australiano, se asemeje mucho al británico. Afirmación que hacemos no sin cierta reserva dado el carácter del soldado neozelandés, considerado, a juicio de los cronistas⁹⁶, más ciudadano metido a soldado que militar y el cual, por esta razón quizás, parece no adaptarse con facilidad al estilo británico de disciplina castrense.

A poco de proclamarse la independencia en este país fueron promulgadas distintas leyes para el gobierno de las Fuerzas Armadas. En particular, *The New Zealand Army Act* y *The Royal New Zealand Air Force Act* en 1950 y poco después *The Navy Act* en 1954. Estas leyes no hacían más que remitir a efectos penales y disciplinarios a lo que dispusiesen las leyes militares británicas vigentes en cada momento.

En 1953 y en armonía con leyes similares adoptadas en los Estados Unidos de América, Canadá o el Reino Unido, se promulgó la *Court Martial Appeals Act* estableciéndose un recurso de apelación ante un tribunal ordinario frente a las sentencias dictadas en consejo de guerra. Entraba así la jurisdicción ordinaria a revisar las resoluciones de los órganos judiciales militares, posibilidad hasta entonces inédita⁹⁷.

⁹⁶ En STEVENS, W. G., «PROBLEMS OF THE 2ND NEW ZEALAND EXPEDITORY FORCE», Historical Publications Branch, Wellington, N. Z., 1958, hemos encontrado algunas alusiones al particular carácter del soldado neozelandés y a su difícil adaptación al régimen de disciplina de los británicos durante la Segunda Guerra Mundial: «El código de disciplina estaba diseñado para un ejército regular. A pesar de los cambios experimentados tras la Primera Guerra, todavía al principio de la Segunda seguía sin adecuarse a un ejército de ciudadanos movilizadas; y si no se adaptaba al ejército del Reino Unido mucho menos al de uno de los Dominios. Desgraciadamente, en tiempo de paz nadie se había encargado de promulgar un código propio, manteniendo todos los principios del británico pero adaptándolo a las necesidades y temperamento neozelandés.» (pág. 214); «Algunas propuestas se discutieron como el nombramiento de magistrados militares, oficiales que actuasen del modo que lo hace un juez de faltas en Nueva Zelanda. Otras como la de crear juzgados permanentes o, al menos, que los presidentes de los consejos de guerra fuesen nombrados con carácter permanente a fin de garantizar una cierta uniformidad en la aplicación del código. Todas ellas fueron rechazadas, nadie estaba dispuesto a quebrantar el principio de que todo acusado debe ser juzgado por los mandos de su propio regimiento o de aquellos otros con los que comparte una misma zona en el frente. Solo ellos conocen las peculiares circunstancias en que tienen lugar los hechos que se juzgan y la personalidad del delincuente.» (pág. 217); «Para bien o para mal la mayoría de los neozelandeses no consideran que saludar a los oficiales siempre y en toda circunstancia sea una parte esencial de la disciplina militar, o por lo menos de la disciplina entendida como se entiende en Nueva Zelanda.» (pág. 220); «El tamaño reducido de la Fuerza Expedicionaria nos llevó a utilizar los calabozos británicos a lo largo de toda la campaña, pero ningún oficial neocelandés sentía predilección por ello. Pensábamos que estaban regentados con demasiada rigidez.» (pág. 222).

⁹⁷ En ENDERBY, K. A., op. cit., pág. 66.

El primer antecedente de un Derecho militar de estricta factura neozelandesa se remonta a la *Armed Forces Discipline Act* de 1971, minuciosa ley cuyo articulado no acabó de entrar en vigor en su totalidad hasta 1983⁹⁸. El sistema de jurisdicción imperado por esta ley no difiere en mucho del vigente por aquellos tiempos en otros países anglosajones. Se trata de una jurisdicción solapada con la común, de competencia por estricta razón de la persona y basada en torno a instituciones como el consejo de guerra constituido *ad hoc* o la jurisdicción sumaria no judicial de los mandos y autoridades militares, aunque con penas y sanciones no tan severas como en otros códigos.

La promulgación en 1990 de una nueva ley relativa a la Defensa nacional, la *Defence Act*⁹⁹, y la declaración de derechos y libertades contenida en la *New Zealand Bill of Rights* de ese mismo año, llevaron en 2001 al entonces Gobierno del conservador *National Party* a formular una propuesta de reforma de la jurisdicción castrense en su memoria «*A Modern, Sustainable Defence Force Matched to New Zealand's Needs*». Programa político que tras los diversos estudios y análisis desarrollados entre 2002 y 2006 dio lugar a la presentación en el Parlamento del proyecto de ley «*Armed Forces Law Reform Bill*» en 2007¹⁰⁰. En líneas generales el proyecto abarca todo el sistema penal y disciplinario, siendo de tal amplitud que posteriormente ha tenido que ser fragmentado y aprobado en leyes separadas, aunque referidas todas a la *Armed Forces Discipline Act* y a la *Defence Act*.

Se introduce un plazo máximo de detención preventiva de cuatro días a partir del cual el sospechoso ha de ser puesto a disposición de la autoridad judicial; se establece la libertad bajo fianza como medida cautelar de orden procesal; se crea la nueva fiscalía militar o *Director of Military Prosecutions*; se simplifica y armoniza el sistema de jurisdicción disciplinaria de acuerdo con los principios generales de carácter procesal vigentes en la declaración *Bill of Rights* de 1990; se crea una nueva corte, la *Summary Appeal Court of New Zealand*, para el conocimiento por un magistrado de los recursos interpuestos contra las sanciones sumarias; se crea el nuevo

⁹⁸ Esto en la memoria legislativa redactada para las reformas llevadas a cabo recientemente: «ARMED FORCES LAW REFORM BILL 2007» *Bills Digest* No. 1490, NZ Parliamentary Library, Wellington, N. Z., 2007, pág. 1.

⁹⁹ El artículo 5 de la *Defence Act* reconoce potestad al Gobernador General de las islas para el establecimiento de un ejército, en nombre de Su Majestad británica, al que se encomienda la defensa del territorio y de los intereses nacionales.

¹⁰⁰ «*Bill sets out to overhaul military prosecutions*» artículo que anuncia dicha presentación parlamentaria en The New Zealand Herald edición 01/03/07.

tribunal militar permanente *The Court Martial of New Zealand* y se declara abolido el antiguo sistema de revisión de oficio de las penas o sanciones privativas de libertad llevado a cabo por la instancia administrativa *Reviewing Authority*, sustituyéndose ahora por la nueva autoridad judicial *The Reconsidering Authority* (entidad presidida por un magistrado y por altas autoridades militares)¹⁰¹.

Un proyecto que en su segunda lectura en el Parlamento fue calificado como el mejor posible sobre la base de los *siete elementos vitales* de la justicia militar: *que sirva para el mantenimiento de la disciplina, que sea aplicable en todas las situaciones estratégicas, que se pueda poner en práctica en cualquier lugar, que sea expeditivo, justo, eficaz y sencillo*¹⁰². Aunque su tramitación parece no haber estado exenta de polémica, al menos por parte de grupos minoritarios –*Maori Party* o el *Green Party*– que en su tercera lectura parlamentaria en unión de otro proyecto de ley de medidas antiterroristas lo tacharon como *especie de conspiración*, intervención que les costó una vehemente contrarréplica por parte del portavoz del *National Party*¹⁰³.

Consecuente con todo esto el pasado día 13 de noviembre de 2007 recibían sanción regia (*royal assent*) las nuevas *The Court Martial Act* y *The Court Martial Appeals Act* relativas a los aspectos orgánicos y procesales, así como *The Armed Forces Discipline Amendment Act* relativa a la Parte general y especial de Derecho penal y *The Defence Amendment Act* en materia de tramitación y resolución de agravios, quejas y reclamaciones (*redress of complaints*).

El nuevo tribunal permanente tiene carácter de «*court of record*» –tribunal de verdadero carácter judicial de acuerdo con la más pura ortodoxia del

¹⁰¹ En op. cit. *Bills Digest* No. 1490, págs. 2-4.

¹⁰² En el Diario de Sesiones «*Armed Forces Law Reform Bill*» *Second Reading* 09 October 2007, «Order Papers, Debates (Hansard), Questions, Daily Progress, Journals & Debates», House of Representatives, Wellington, N. Z., 2007.

¹⁰³ «Y les digo al Partido Maori, al Partido Verde y, para mi sorpresa, también al Partido Liberal que la legislación sobre terrorismo que ha sido debatida hoy aquí era, de hecho, legislación contra el terrorismo internacional. (...) Cuesta creer que determinados partidos presentes hoy en este Parlamento estén insinuando que Nueva Zelanda debiera hacer dejación de sus obligaciones internacionales. El debate de hoy es uno de aquellos en los que el público espera que sus representantes estén a la altura de las circunstancias. Pienso en el Partido Maori, representante de los pueblos indígenas de este país, y también pienso en algunos asuntos de estos pueblos respecto de los cuales existe mucha sensibilidad. Pero de ahí a hablar de una supuesta conspiración por haberse discutido conjuntamente hoy aquí varios proyectos de ley... Todos estos proyectos no forman parte de ninguna conspiración; simplemente han coincidido todos en este preciso momento.» Diario de sesiones de 24 de octubre de 2007 «*Armed Forces Discipline Amendment Bill* (No. 2); *The Court Martial Appeals Amendment Bill*, *The Defence Amendment Bill* (No. 3); and *the Court Martial Bill* (No. 4)» *Third Reading*, «Order Papers, Debates (Hansard), Questions, Daily Progress, Journals & Debates», House of Representatives, Wellington, N. Z., 2007.

Common Law— y está presidido e integrado por magistrados procedentes de la carrera judicial ordinaria o del ejercicio privado del Derecho, elegidos y nombrados por el Gobernador General de las islas. Quien preside este tribunal ocupa al mismo tiempo el cargo de *Judge Advocate General* como autoridad que ostenta superiores competencias de gobierno y representación en asuntos de justicia. Se trata de un modelo semejante al británico donde el juez es un magistrado civil y el jurado está integrado por militares. La competencia de esta jurisdicción está diseñada al modo típicamente anglosajón de contemplar en serie abigarrada tanto las faltas como los delitos militares, a lo que se añade además la tradicional remisión genérica a la legislación penal común.

Tal y como ya ha quedado dicho, el establecimiento de órganos judiciales independientes y permanentes, así como la introducción, en definitiva, de un sistema de revisión judicial de la actividad sancionadora del mando o la universalización del derecho a comparecer ante un tribunal en los casos de infracciones de escasa gravedad, representa una evolución de la justicia militar de este país dirigida a lograr una mayor especialización técnica de sus órganos¹⁰⁴ y no hace sino confirmar, en este como en los otros países examinados, la evolución de la justicia militar neozelandesa hacia coordenadas muy semejantes a la española, que es, al fin y a la postre, una de las más representativas del modelo europeo. Al menos del modelo seguido en aquellos países de Europa que no han decidido abolir esta jurisdicción definitivamente.

Atrás parecen haber quedado definitivamente en Nueva Zelanda los días en que la justicia militar mereciese por algunos crítica tan mordaz como que debido a su carácter corporativo o administrativo: *se percibe como una justicia integrada por juristas de segunda categoría que, por consiguiente, solo puede impartir justicia de segunda categoría*¹⁰⁵.

4.4. INDIA

Al igual que ocurre con la mayoría del resto de los países de la *Commonwealth*, el Derecho militar de la India puede ser considerado producto histórico de los años de colonización británica.

¹⁰⁴ El proyecto de reforma de la justicia militar recibió muy buena crítica por parte de la asociación gremial de abogados de Nueva Zelanda, tanto por su acomodo con la legislación relativa a la protección de derechos y libertades como por el establecimiento de órganos judiciales permanentes. («*Submission on the Armed Forces Law Reform Bill*», The New Zealand Law Society, Wellington, N. Z. 2007).

¹⁰⁵ TAGGART, M., «THE STRUGGLE FOR SIMPLICITY IN THE LAW» *Essays for Lord Cooke of Thorndon*, Butterworths, Wellington, N. Z., 1997, pág. 218.

Resulta curioso que el antecedente remoto de las Fuerzas Armadas de este país –y por consiguiente, el de sus normas y reglamentaciones– se sitúe en una milicia privada constituida por comerciantes británicos para la vigilancia de fábricas y almacenes conocida con el nombre de *East India Company* en la primera mitad del siglo XVII¹⁰⁶. Con el paso del tiempo esta fuerza irá creciendo gradualmente hasta convertirse en la *East India Company's European and Indian Troops*, mestizaje de tropas coloniales y europeas a sueldo. La primera legislación conocida en torno a esta curiosa fuerza paramilitar data de 1754, ley con el pomposo título: «*An Act for Punishing Mutiny and Desertion of Officers and Soldiers in the Service of the United Company of Merchants of England trading to the East Indies*» y por la que quedaba definitivamente militarizada y sometida a la obediencia de las autoridades británicas en esta zona del país. A falta de legislación propia los gobiernos de Bengala, Madras o Bombay acabaron también por adoptar los preceptos de esta ley para sus propias milicias¹⁰⁷.

En 1833 la ley constitutiva del Gobierno colonial atribuyó al Gobernador General británico la máxima autoridad sobre todas las milicias y fuerzas en suelo indio. Su correlato fueron las diversas ordenanzas promulgadas para los «*oficiales y tropas de origen nativo donde quiera que se encontrasen sirviendo*». Esto dará lugar a la pintoresca existencia de tres ordenamientos aplicándose indistinta y simultáneamente según el destinatario fuese un militar británico, un europeo sirviendo en la *East India Company* o un súbdito de origen nativo¹⁰⁸.

En 1895 una ley (*Act XII*) vendrá a constituir el primer ejército indio de carácter genuinamente nacional a base de integrar todas estas tropas y fuerzas paramilitares nativas. A esta amalgama de tropas les seguirá siendo de aplicación sus propias ordenanzas hasta que en 1911 se promulgue la *Indian Army Act*. Esta ley había sido promulgada para una mejor organización del ejército indio y como no podía suceder de otro modo seguía escrupulosamente el modelo británico de jurisdicción y Justicia militar.

Durante la Primera Guerra Mundial fue aprobada una ley relativa a la suspensión o remisión de las penas impuestas a quienes formaban parte de las fuerzas indias colocadas bajo mando británico. Esta ley era conocida como la *Indian Army (Suspension of Sentences) Act*.

¹⁰⁶ Esto en MANGALA, A. C., «COMMENTARY ON MILITARY LAW IN INDIA» Eastern Law House, Calcutta, India, 1992, pág. 1.

¹⁰⁷ MANGALA, A. C., op. cit., pág. 2.

¹⁰⁸ MANGALA, A. C., op. cit., pág. 2.

En 1949 se presentó ante la Asamblea Constituyente de la India un proyecto de ley de revisión y refundición de toda la legislación militar pre-existente, dando lugar así a la posterior aprobación en 1950 de la vigente (*India*) *Army Act*¹⁰⁹. También data de ese mismo año la (*India*) *Air Force Act* y de 1957 la (*India*) *Navy Act*.

Las tres leyes tienen el común denominador de consagrar las instituciones propias del Derecho castrense británico, aunque las potestades atribuidas al mando son mucho más discrecionales y donde no existe –a día de hoy– la posibilidad de recurrir en apelación las sentencias ante un tribunal del orden común. El carácter sumamente restrictivo y severo de estas leyes no debe extrañar en una legislación concebida para garantizar *la estricta obediencia de un ejército nativo*¹¹⁰ y en el que *hasta 1945 no se aceptaba la presencia de oficiales indios en los consejos de guerra cuando el acusado era británico*¹¹¹.

Más allá de repetir los caracteres de la jurisdicción castrense en este país, algo que resultaría redundante debido a su similitud con el sistema británico, sin embargo sí que son destacables rasgos como el de su estricta preferencia sobre la jurisdicción ordinaria en caso de conflicto; las limitadas competencias del *judge advocate* en los consejos de guerra y la inexistencia de una instancia judicial ordinaria (más allá de la competencia encomendada a la Corte Suprema de la India como máximo interprete de la Constitución) encargada del conocimiento de los recursos de apelación frente a las sentencias dictadas en consejo de guerra, al menos hasta hace muy poco como más adelante se expone.

En relación al carácter preferente de la jurisdicción militar sobre la ordinaria, y no olvidemos que la legislación militar india contiene un artículo por el que se *militarizan* los delitos comunes cometidos por aquellos a quienes resulta de aplicación¹¹² (como es habitual en los países anglosa-

¹⁰⁹ MANGALA, A. C., op. cit., pág. 3.

¹¹⁰ JAIN, D., «SUMMARY COURT MARTIAL AND THE INDIAN JUDICIARY», National Law Institute University, Bhopal, India, 2007, pág. 1. En este artículo el autor critica la naturaleza arbitraria de la legislación militar india, cuya justificación histórica se encuentra en la rebelión del ejército bengalí en 1857 y el temor de las autoridades a que la indisciplina de ese ejército se extendiese al resto de las tropas coloniales. Lo que llevó en 1869 a modificar las ordenanzas para convertir a los Jefes de regimiento en verdaderos comandantes militares y a un tiempo políticos y judiciales de sus subordinados, a imagen y semejanza de los gobernadores de zonas fronterizas que por aquellos tiempos existían en la India. Esta sería la causa que explica la atribución de amplias potestades al mando en la legislación india. Ello más aun comparada con la británica, la cual había sido adoptada como modelo.

¹¹¹ SEN, D. M. «JUSTICE ON JUSTICE», Sainik Samachar Vol. 50, January 2003, New Delhi, India, 2007.

¹¹² Arts. 69 (*India*) *Army Act* 1950; 71 (*India*) *Air Force Act* 1950; 77 y 78 (*India*) *Navy Act* 1957.

jones), la ley estipula que siempre y en todo caso corresponderá a la autoridad militar del Cuerpo o Brigada en que sirva el sospechoso decidir qué tribunal, militar o civil, debe instruir y fallar la causa que se siga por los hechos¹¹³.

La intervención del *judge advocate* militar en los consejos de guerra, preceptiva en algunos casos y simplemente potestativa en otros¹¹⁴, se limita estrictamente a la de prestar asesoramiento en Derecho con carácter no vinculante, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiesen incurrir los miembros del tribunal de apartarse injustificadamente del criterio expuesto por aquel en cualesquiera cuestiones de Derecho¹¹⁵.

Los medios de impugnación de las sentencias dictadas en consejo de guerra se limitan, por así preverlo expresamente la Constitución india¹¹⁶, a un intrincado sistema de revisión estrictamente administrativa, bien por la autoridad militar que ordenó la constitución del tribunal, ante quien se acude en petición de revisión, bien, agotada esta instancia, ante y hasta el Gobierno central de ese país¹¹⁷.

Enlazando con lo anterior, y quizás sea esta la repercusión que en la India ha tenido el proceso de reforma de la legislación militar llevado a cabo en otros países de influencia anglosajona, en la actualidad se discute en el Parlamento de Nueva Delhi un proyecto de ley relativo a la creación del *Armed Forces Tribunal*¹¹⁸. Algo que supone la incorporación definitiva de la justicia castrense india al modelo de los países de su entorno jurídico-cultural con cerca de cincuenta años de retraso¹¹⁹.

El nuevo tribunal permanente está previsto sea competente con carácter exclusivo y excluyente en relación a todos los *asuntos militares*¹²⁰, englobándose dentro de esta ambigua expresión todo litigio o controversia relativa a remuneraciones, pensiones, nombramientos, ascensos, enseñan-

¹¹³ Art. 125 («*Choice between criminal court and court martial*») (*India*) *Army Act* 1950. Art. 33: «*Power of Parliament to modify the rights conferred by this Part in their application to Forces*» *Constitution of India*.

¹¹⁴ Art. 129 (*India*) *Army Act* 1950: «*Every general court-martial shall, and every district or summary general court-martial may be attended by a judge advocate...*».

¹¹⁵ MANGALA, A. C., op. cit., pág. 158.

¹¹⁶ Art. 136 Constitución de la India.

¹¹⁷ «Chapter XII» («Confirmation and Revision») Arts. 153-165 (*India*) *Army Act* 1950.

¹¹⁸ «*The Armed Forces Tribunal Bill 2007*».

¹¹⁹ Tribunales de la jurisdicción ordinaria a modo de instancia de apelación con competencia para revisar tanto la valoración de los hechos, la responsabilidad del reo o la aplicación del Derecho por parte de los órganos jurisdiccionales militares ya existían en los Estados Unidos de América (1950), Canadá (1950), el Reino Unido (1951), Nueva Zelanda (1953) y Australia (1955); ENDERBY, K. A., op. cit., págs 65 y 66.

¹²⁰ Art. 3 *The Armed Forces Tribunal bill* 2007.

za, antigüedad, sanciones de separación del servicio impuestas en vía sumaria, así como los recursos de apelación que se interpongan contra las sentencias dictadas en consejo de guerra y ello tanto en relación a los hechos que se declaren probados como en la pena que se imponga¹²¹.

El tribunal se compone de un Presidente o *Chairperson* y por aquellos vocales «judiciales» (*judicial member*) y «administrativos» (*administrative member*) que se designen por el Gobierno central indio. Para ser nombrado Presidente es necesario haber sido magistrado de la Corte Suprema o de cualquiera de los tribunales superiores territoriales de la India y para los cargos de vocal *judicial* se designa a quien sea o haya sido magistrado de uno de los tribunales superiores antedichos. El cargo de vocal *administrativo* se designa indistintamente entre militares con empleo de general de división que lleven, al menos, tres años en el ejercicio de sus funciones o un año si pertenecen al departamento del *Judge Advocate General*¹²². Su funcionamiento es a base de salas (*Benches*) integradas por un vocal *judicial* y un vocal *administrativo*, y aunque su sede oficial se fija en Nueva Delhi nada impide que puedan constituirse válidamente estas salas en cualquier lugar que determine el Gobierno central¹²³.

La competencia en materia de recursos de apelación contra las sentencias dictadas en consejo de guerra incluye la posibilidad de decretar la libertad bajo fianza como medida cautelar de quienes ya estuvieran cumpliendo condena, así como la potestad para pronunciarse tanto sobre los hechos como sobre la argumentación jurídica de la sentencia, pudiendo acordarse incluso la anulación de lo actuado y la constitución de un nuevo consejo que conozca de los hechos¹²⁴. Finalmente se instituye un recurso ulterior ante la Corte Suprema de la India en aspectos relativos a la interpretación o aplicación del Derecho que se consideren de interés general¹²⁵, algo que en términos relativos ya existía con ocasión de acudir ante esta instancia quienes habiendo sido condenados en consejo de guerra alegaban posteriormente la infracción de algún derecho o libertad constitucional, pero formulando la demanda contra el Estado (!) y no contra la Justicia militar¹²⁶.

¹²¹ Arts. 14 y 15 *idem*.

¹²² Art 5 *idem*.

¹²³ Art. 5.2 *idem*.

¹²⁴ Art. 15.1, .2 y .3 *idem*.

¹²⁵ Arts. 30-32 *idem*.

¹²⁶ Astucia procesal que perseguía, en resumidas cuentas, obtener algún tipo de resarcimiento sobre la base un tanto accidental de alegar, bien a sabiendas que las sentencias de los consejos de guerra no eran susceptibles de revisión por este tribunal, la lesión de algún derecho fundamental por parte de las autoridades militares. Es así como por esta vía incidental la Corte Suprema se pronunció en reiteradas ocasiones sobre el carácter arbitrario de

Sin embargo y en nuestra particular opinión, el nuevo *Armed Forces Tribunal* no puede homologarse a los tribunales de apelación existentes en el Reino Unido, Canadá o Australia. Y no puede serlo precisamente por tratarse de un tribunal administrativo más que judicial (pese a estar integrado por magistrados). Si se prefiere, estamos ante una *ficción* de tribunal judicial e independiente. El Gobierno central de este país es, en definitiva, quien establece el tribunal en sí, selecciona y nombra a sus miembros, y determina con cargo a qué fondos perciben sus salarios y emolumentos¹²⁷. Antes al contrario, quizás no sea la creación de este tribunal un logro tan plausible en aras a la vigencia del afianzamiento del Estado de Derecho en este país, habida cuenta que una vez quede establecido cualquier controversia relativa a los asuntos de su competencia queda vetada a los juzgados y tribunales del orden común (!)¹²⁸.

No sabemos en cómo y en qué medida quedará satisfecha con esta reforma la crítica doctrinal¹²⁹ y mediática¹³⁰ que parece existir actualmente hacia la jurisdicción militar en este país. Aunque haya quien desde dentro también reproche el tradicional desprecio de las clases intelectuales hacia los asuntos militares en general y el Derecho militar en particular¹³¹.

4.5. ÁFRICA DEL SUR

El asentamiento definitivo de Gran Bretaña en el extremo meridional de África tiene lugar tras la Segunda Guerra Bóer y la firma del Tratado

la jurisdicción militar. Los pronunciamientos no han sido pocos, sobre todo desde la década de los 80 a través de resoluciones como (nótese que el demandado es el Estado y no el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas) la de *Ranjit Thakur vs. Union of India* (1988), *Sivaraman Nair vs. Union of India* (1989), *Umar Shankar Pathak vs. Union of India* (1989), *Chaudhry M. R. vs. Union of India* (1990), *Duralbabu R. vs. Union of India* (1992), *Balkan Singh vs. Union of India* (1992) y *Naik Sardar Singh vs. Union of India* (1992). Un análisis pormenorizado de estas sentencias en JAIN, D., op. cit., págs. 2-4.

¹²⁷ Arts. 4, 7 y 10 *The Armed Forces Tribunal bill* 2007.

¹²⁸ Art. 33 idem. Algo también así recogido en el digesto de este proyecto de ley: «*Bill Summary*», Parliamentary Research Service, Centre for Policy Research, Chanakyapury, New Delhi, India, 2006.

¹²⁹ En JAIN, D., op. cit., pág. 5 «(...) *military leadership in India is reluctant to release itself from the psychology of the old british way of life*».

¹³⁰ En artículos de prensa como: «*Reforms in military justice system: Antiquated; Glaring deficiencies*» *The Hindu* 17/05/05; «*Anjali's court martial*» *The Hindu* 08/01/2006; «*Reforming the military justice system*» *The Tribune* 10/09/06; «*Common law for defence forces*» *The Tribune* 07/11/06.

¹³¹ «*It has been my experience that "Matters Military" in general and "Military Law" in particular are an anathema as well as a considerable enigma to legal Puritans and the common intelligentsia as well*». Esto en MANGALA, A. C., op. cit. (Preface, pág. I).

de Vereeniging en 1910. Durante el periodo 1912-1957 el único Derecho militar aplicado en esta república era el británico, aunque con anterioridad en los territorios bajo dominio holandés habían sido aplicadas otras leyes y ordenanzas. No ha de extrañar, por consiguiente, que en el sistema jurídico de este país existan influencias tanto del *Common Law* como de la tradición romano-holandesa¹³².

La ley *Zuid Afrika Verdedigingswet (Number 13 of 1912)* remitía expresamente a la legislación militar vigente entonces en Gran Bretaña (*Army Act 1881*) en todo lo concerniente a disciplina y jurisdicción para el gobierno de las tropas coloniales¹³³.

En 1957 y tras acceder a la independencia, el nuevo Estado de Sudáfrica organizará las distintas fuerzas militares y milicias de la nueva república promulgando la *Defence Act*, ley por la quedaba constituida la *South African Defence Force*¹³⁴.

La historia reciente del Derecho militar sudafricano está ligada al régimen de *apartheid* implantado en el país tras la Segunda Guerra Mundial y la posterior abolición definitiva de este sistema social, creado a base de divisiones raciales, a principios de los años 90¹³⁵. Por esta particular circunstancia histórica, la legislación aplicada en el país a lo largo de gran parte del siglo XX era, en realidad, reflejo de la vigente en Gran Bretaña a finales del siglo XIX¹³⁶.

La promulgación de una nueva Constitución en 1996 propició, paradójicamente, la adopción de una serie de medias legislativas impuestas en

¹³² SMART, D., «THE REVISION OF SOUTH AFRICAN DEFENCE LEGISLATION: A PERSONAL VIEW», *AFRICAN DEFENCE REVIEW*, Issue 18, 1994.

¹³³ VAN DER WESTHUIZEN, H., «AN INTRODUCTION TO THE MILITARY COURTS OF SOUTH AFRICA AND SOME RECOMMENDED CHANGES», *AFRICAN DEFENCE REVIEW*, Issue 14, 1994.

¹³⁴ POTGIETER, D. J., «STANDARD ENCYCLOPEDIA OF SOUTHERN AFRICA» Vol. 7, Cape Town, S. A., 1970, pág. 395.

¹³⁵ La parte penal y disciplinaria de la *Defence Act* contenía algunos preceptos que sólo eran de aplicación a individuos de raza blanca. Algunos de estos preceptos todavía en vigor en 1993. Esto en VAN DER WESTHUIZEN, H., op. cit., pág. 3. Lo cual no debe ser obstáculo al buen nombre y prestigio de la oficialidad de la *Defence Force*: «*The new Constitution prescribes that the National Defence Force is to function (...) upholding the Constitution and in accordance with the law. This principle is not new. It reflects the tradition of the South African Defence Force's corps of regular officers. (...) For eighty four years they have not only acted accordingly but have remain party-politically aloof*» SMART, D., en op. cit. «THE REVISION OF SOUTH AFRICAN DEFENCE LEGISLATION...».

¹³⁶ Esto en VAN DER WESTHUIZEN, H., op. cit., pág. 2: «*It would appear that South African Military Law has fallen behind developments in the Republic itself, as well as developments in other military law systems. (...) South African Military Law is based on the British system of military law as it was at the end of the previous century*».

aras a adecuar el ordenamiento militar a la nueva realidad política y social del país, adelantándose así una década a lo que posteriormente ha sido lugar común en otros de su misma área cultural en el ámbito del Derecho militar.

Partiendo de la nueva realidad impuesta por la desaparición del *apartheid* y la necesidad de modernizar las Fuerzas Armadas, el Gobierno sudafricano surgido tras las primeras elecciones democráticas de abril de 1994 impulsó una serie de estudios y proyectos que dieron como resultado la publicación en 1996, coincidiendo con la entrada en vigor de la nueva Constitución, de un Libro Blanco sobre la Defensa nacional¹³⁷ donde se anunciaba la revisión del régimen penal u disciplinario militar de acuerdo con la Constitución y teniendo en cuenta las peculiares características del sistema de justicia militar¹³⁸.

En 1998 fue presentado ante la opinión pública un nuevo documento oficial conocido como «*South African Defence Review*»¹³⁹ en cuyo Capítulo XIV («*Revision of Defence Legislation*») se daba cuenta de los progresos y dictámenes formulados por los equipos de trabajo encargados de cuestiones legislativas y judiciales.

Al año siguiente es promulgada la *Military Discipline Supplementary Measures Act/Wet Op Aanvullende Maatreëls Vir Militêre Dissipline Act of 1999*. Ley dictada para el mantenimiento de la disciplina y la recta administración de la justicia; la creación de tribunales militares cuyo objeto es el mantenimiento de la disciplina y garantizar un juicio justo y el acceso del acusado a la Corte Suprema de Sud África¹⁴⁰.

La ley no hace sino seguir el patrón británico de justicia militar, tal y como no podía suceder de otro modo. Se encuentra ahora toda materia penal y disciplinaria fragmentada entre la Ley de 1999 y aquellos preceptos penales, disciplinarios y de orden procesal material que aun subsisten en la *Defence Act* de 1957.

Por lo que se refiere a la jurisdicción de los tribunales militares esta de se declara de estricta aplicación por razón de la persona se encuentre

¹³⁷ «*It is therefore no exaggeration to say that this White Paper is a historic document (...). For the first time in our history, a White Paper on Defence reflects the interests of our people and represents a national consensus on this crucial function of government*».» «DEFENCE IN A DEMOCRACY», White Paper on National Defence for the Republic of South Africa, Department of Defence, Pretoria, Republic of South Africa, 1996, (*Foreword*, pág. 3).

¹³⁸ «*Chapter 3: Civil-Military Relations*» en «DEFENCE IN A DEMOCRACY», op. cit., pág. 16

¹³⁹ «SOUTH AFRICAN DEFENCE REVIEW», Department of Defence, Pretoria, Republic of South Africa, 1998.

¹⁴⁰ Art. 2 *Military Discipline Supplementary Measures Act* 1999.

esta dentro o fuera del territorio nacional¹⁴¹. A cuyos efectos debe ser tenido en cuenta que los delitos comunes cometidos por aforados ante la jurisdicción militar son siempre competencia de esta si se cometen fuera del territorio nacional¹⁴² o de la militar y la ordinaria indistintamente si se cometen dentro de los confines sudafricanos¹⁴³ dejando a salvo los delitos de traición, asesinato, homicidio y violación, los cuales son siempre de la ordinaria¹⁴⁴.

El principio de *non bis in idem*, de importancia vital en los sistemas de *Common Law*, queda garantizado de forma un tanto ambigua al establecerse por ley que nadie con fuero ante la jurisdicción castrense que haya sido absuelto o condenado por un tribunal, común o militar, podrá ser juzgado de nuevo *por un tribunal militar* por el delito del que fue condenado la primera vez. De los tribunales comunes nada se dice¹⁴⁵.

Los nuevos órganos judiciales militares, de carácter predominantemente técnico, son ahora: *The Court of Military Appeals*, con competencia para la resolución de recursos de apelación o de revisión dictados por los órganos inferiores, el enjuiciamiento en única instancia de los delitos de traición, asesinato, homicidio y violación cometidos fuera del territorio nacional o los delitos militares consistentes en la puesta en peligro de fuerza militar o los cometidos por persona al mando de tropas, buque o aeronave. Está integrada esta corte por cinco magistrados nombrados por el Ministro de Defensa, tres son procedentes de la carrera judicial ordinaria, de entre los cuales se elige al presidente, y dos son militares, uno de ellos debe ser licenciado en Derecho y tener, al menos, diez años de experiencia profesional acreditada y el otro ser experto en el mando de tropas. La Corte se sienta en salas de tres o en pleno, según la naturaleza de los asuntos, y puede constituirse válidamente en cualquier lugar. El Ministro de

¹⁴¹ Art. 3 *idem*.

¹⁴² Art. 47 *Defence Act* 1957.

¹⁴³ Art. 56 *idem*.

¹⁴⁴ Arts. 56 *Defence Act* 1957 y 3.3 *Military Discipline Supplementary Act* 1999. Estas excepciones a la competencia general de la jurisdicción militar en materia penal común, presente de manera casi obsesiva en los sistemas de *Common Law*, parece ignorar aquellos supuestos de guerra civil o estados de excepción en que no funcionan regularmente los órganos judiciales ordinarios. En igual sentido, citando las revueltas londinenses de 1780, véase SMART, D, op. cit. «THE REVISION OF SOUTH AFRICAN DEFENCE LEGISLATION...». Aunque como ya tenemos dicho en la nueva legislación británica desaparece definitivamente esta limitación.

¹⁴⁵ Art. 55 *Defence Act* 1957: «No person who has been convicted or acquitted by a civil or military court of any offence shall be tried again by a military court for any offence of which he might have been found guilty by the court which tried him in the first instance».

Defensa puede constituir tantas cortes de este tipo como estime y celebrar vistas todas ellas indistintamente¹⁴⁶.

A continuación en orden decreciente de importancia está:

– *The Court of a Senior Military Judge*, competente para el enjuiciamiento cualquiera de los delitos previstos en la legislación militar o común, en cuyo caso está compuesta por un militar experto en Derecho con, al menos, cinco años de ejercicio profesional y empleo no inferior a coronel (*senior military judge*) y de los asesores militares que se designen (*military assessors*)¹⁴⁷.

– *The Court of a Military Judge*, competente para el enjuiciamiento de cualquiera de los delitos previstos en la legislación siempre que el acusado sea de empleo comandante o superior hasta coronel. El tribunal lo componen el juez militar y aquellos asesores militares que se determinen, teniendo limitada su competencia a cualquiera de las penas previstas en la legislación militar con el límite, si se trata de pena de prisión, de hasta dos años¹⁴⁸.

– *Commanding Officer*: Se refiere la ley en este caso a los castigos sumarios típicos del Derecho castrense anglosajón cuando son impuestos directamente por el jefe o comandante del infractor en el supuesto de infracciones de orden penal de escasa gravedad. Normalmente se reserva esta potestad a quienes ostentan mando de Unidad tipo batallón, al menos, y pueden imponerse, tras un acto de audiencia al infractor exento de formalidades, *penas* de multa, arresto de hasta 21 días, servicios extraordinarios o reprensión¹⁴⁹.

La función que cumplen en el procedimiento los *asesores militares* se limita a formular opinión, con derecho a voto, en cuestiones de hecho, las de Derecho corresponden en exclusiva al juez militar y son nombrados a partir de una terna confeccionada por el *Adjutant General* de entre Oficiales y *Warrant Officers* (género medio entre aquellos y los Suboficiales) habida cuenta del entorno sociocultural del acusado y la gravedad del delito¹⁵⁰.

Por lo que se refiere a los cargos y servicios relacionados con la jurisdicción militar en este país señalar que normalmente es al Ministro de Defensa a quien corresponde el nombramiento de jueces así como de aquellos militares que, siendo expertos en Derecho, se encuentren al frente de los servicios relativos a jueces, fiscales, defensores y revisiones judiciales¹⁵¹.

La gestión de personal de quienes ejercen funciones judiciales está encomendada al *Adjutant General*, también militar y experto en Derecho,

¹⁴⁶ Arts. 7 y 8 *Military Discipline Supplementary Measures Act* 1999.

¹⁴⁷ Art. 9 *idem*.

¹⁴⁸ Art. 10 *idem*.

¹⁴⁹ Art. 11 *idem*.

¹⁵⁰ Art. 20 *idem*.

¹⁵¹ Art. 14 *idem*.

a quien se atribuyen algunas de las funciones propias de un Secretario Relator español. A estos fines cuenta a su vez una plantilla de ayudantes que le asisten en el desarrollo de sus cometidos¹⁵².

Existe, sin perjuicio del derecho a interponer recursos ante la corte de apelación, un sistema de revisión judicial de los procedimientos, una vez dictada sentencia, por parte del servicio específico de revisiones, al frente del cual se encuentra igualmente un militar experto en Derecho.

El acusado tiene derecho a la asistencia y representación letrada; nadie puede permanecer arrestado preventivamente por plazo superior a cuarenta y ocho horas, transcurridas las cuales ha de ser puesto a disposición judicial; las investigaciones preliminares las dirigen tanto el mando militar como el juez militar, aunque tienen siempre lugar a presencia del acusado, de su letrado y del Ministerio Público¹⁵³.

En el sistema sudafricano el derecho normalmente existente en otras legislaciones a elegir comparecer ante un tribunal militar, conocido como el «*right to elect court-martial*», se produce precisamente a la inversa, esto es, una vez formulados los cargos y dada la gravedad de la acusación se ofrece al sospechoso el derecho a elegir ser sancionado directamente por el mando, sin intervención judicial alguna¹⁵⁴. La antinomia juzgamos que parte de la costumbre que existe en legislaciones como esta que solo conocen de delitos, leves o graves pero delitos al fin y a la postre, buscándose como solución la ulterior sustanciación de los de escasa entidad a través de un procedimiento expeditivo muy similar a nuestras actuaciones disciplinarias. Ello no obstante, el problema radicaría en que para la legislación sudafricana el «*Commanding Officer*» es autoridad judicial a todos los efectos, razón por la cual ha tenido que optarse por una solución a la inversa.

Otra cosa es la vieja disputa doctrinal en torno a la naturaleza penal o administrativa de lo disciplinario. El legislador anglosajón parece estar todavía a la espera de una respuesta adecuada¹⁵⁵.

¹⁵² Arts. 27 y 28 idem.

¹⁵³ Arts. 23, 29, 30idem.

¹⁵⁴ Arts. 11, 23.b y 29.3 y .4.c idem.

¹⁵⁵ El profesor universitario BOTHA, C., en su artículo «JUNGLE JUSTICE AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS: MILITARY COURTS IN A FUTURE CONSTITUTIONAL DISPENSATION», AFRICAN DEFENCE REVIEW, Issue 17 (1994) ya formuló, con ocasión de los congresos y ponencias que se desarrollaron antes de la reforma de la legislación militar en este país, interesantes propuestas como la de formular los delitos militares con separación de lo que se considerase pequeñas infracciones disciplinarias, dejando la represión de aquellos a los órganos judiciales y la de estas a un acto de audiencia intramuros. También proponía dejar el enjuiciamiento de los delitos de estricta naturaleza militar a los tribunales castrenses y los delitos comunes a la jurisdicción ordinaria para acabar con la doble sujeción del militar a unos y otros. ¿Se inspiró en la legislación española...?

El 23 de mayo de 2003 entró en vigor un nuevo texto modificado de la *Defence Act* relativo a cuestiones orgánicas del Ministerio de Defensa y a la introducción de nuevas figuras delictivas o a dar redacción de algunas de las ya existentes. Sin embargo no deroga en su totalidad la todavía vigente de 1957, lo que ha de ser tenido muy en cuenta¹⁵⁶.

La Corte Suprema de Sudáfrica ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la jurisdicción militar o de algún aspecto relacionado con la misma en varias ocasiones. De todas ellas destacan las sentencias *Potsane* de 2002 y *Mbambo* de 2005¹⁵⁷. En la primera se resolvía un recurso formulado no contra la jurisdicción militar en sí, ni contra la condición militar de jueces y asesores, sino contra la existencia misma de una fiscalía militar (*Director Military Prosecutions*) en vista a que la Constitución sudafricana sólo reconoce «una única» Autoridad nacional, y no varias, encargada de las funciones atribuidas a este instituto. La Corte desestimó la demanda –no sin circunloquios– por entender que la Constitución utiliza la expresión «una única» no en el sentido que esta haya de ser de «exclusiva» o de «solo», sino que simplemente se refiere a «una única» en el sentido de tratarse de una Autoridad en «singular» (en oposición a una pluralidad de ellas) dentro de la cual se entenderían incluidas la ordinaria y la militar (!)¹⁵⁸. En el segundo recurso se discutía el derecho de acceso en apelación ante la Corte Suprema misma por parte de quienes habían sido condenados por la jurisdicción militar. La única base argumental utilizada por el recurrente era el *derecho a un juicio justo y al acceso ante la Corte Suprema* reconocido por la legislación militar¹⁵⁹. El recurso fue igualmente desestimado por entender este tribunal que lo que la ley garantiza en este caso es el acceso a la Corte Suprema en tanto que instancia supervisora y unificadora de doctrina de todas las demás instancias judiciales del país, pero no en tanto que una instancia más a la que de ordinario se pueda acudir en apelación o por los motivos específicos del recurso de revisión.

¹⁵⁶ *Defence Act 42 of 2002*.

¹⁵⁷ Ambas sentencias analizadas con rigor y a la luz de la jurisprudencia canadiense y británica en CARNELLEY, M., «THE SOUTH AFRICAN MILITARY COURT MARTIAL SYSTEM-INDEPENDENT, IMPARTIAL AND CONSTITUTIONAL?, SOUTH AFRICAN JOURNAL OF MILITARY STUDIES, Vol. 33, No. 2, Stellenbosch University, Saldanha, S. A., 2005, págs. 55-77.

¹⁵⁸ CARNELLEY, M., op. cit., pág. 72.

¹⁵⁹ Art. 2.c *Military Discipline Supplementary Measures Act 1999*.

4.6. IRLANDA

Prescindiendo de consideraciones críticas para las que estás páginas no son espacio adecuado, del Derecho militar irlandés bien puede afirmarse que sigue muchos de los patrones adoptados por los países de raigambre anglosajona. Tal y como ocurre con muchas de sus instituciones jurídico-políticas, el sistema judicial vigente en Irlanda en la actualidad es reflejo de los siglos de hegemonía británica y de la rebelión que habría de llevar a la independencia en 1921¹⁶⁰.

Al igual que en otros países del área de influencia del *Common Law* inglés, el sistema contemporáneo de justicia militar data de la década de los 50 y se encuentra regulado por la *Defence Act* de 1954. *Esta ley es reflejo de los sistemas que por entonces se implantaron en Canadá o el Reino Unido*¹⁶¹.

En efecto, en sus más de trescientos artículos se reproducen con fidelidad todas las instituciones con origen en el Derecho militar británico. En lo que aquí interesa: establecimiento, organización y estatuto profesional de los efectivos de las Fuerzas de Defensa (*Defence Forces/Óglaigh na hÉireann*); aplicación de la ley a efectos penales y disciplinarios por estricta razón de la persona aunque se encuentre fuera del territorio irlandés o a bordo de buque o aeronave y competencia extraterritorial de los órganos jurisdiccionales; descripción indistinta de infracciones militares graves y leves e incorporación de la legislación penal común a la ley militar; jurisdicción disciplinaria del mando y derecho a comparecer ante un consejo de guerra y consagración del principio *non bis in idem* en relación al enjuiciamiento de un delito militar por los órganos jurisdiccionales ordinarios¹⁶².

Esta ley resultó complementada en 1983 con la creación de un tribunal de apelaciones militares (*Court-Martial Appeals Court*) y en 2003 con la entrada en vigor de la *Human Rights Act*, la cual incorporó formalmente al Derecho interno irlandés el catálogo de derechos y libertades previstos en la Convención Europea de 1950.

¹⁶⁰ KEANE, R., «THE IRISH COURTS SYSTEM IN THE 21ST CENTURY: PLANNING FOR THE FUTURE», JUDICIAL STUDIES INSTITUTE JOURNAL, Vol. 1, No. 1, Judicial Studies Institute, Smithfield, Dublin, Eyre, 2001, pág. 1.

¹⁶¹ Discurso parlamentario del Ministro de Defensa de ese país con ocasión del debate en torno a la *Defence (Amendment) Act* de 2006. «Minister for Defence Opening Statement Defence Amendment bill 2006, Second Stage, 06/02/2007» Media Release, Department of Defence Speeches, Parkgate, Dublin, Ireland.

¹⁶² Arts. 3, 122-169, 177-180, 185 *Defence Act* 1954.

El reciente proceso de reforma de la legislación militar en este país tiene su origen en las distintas sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en los años 90 –en particular las que afectaban a Gran Bretaña– y en *procesos similares puestos en práctica en países con sistemas basados en el «Common Law»*¹⁶³.

El precedente de la actual reforma se remonta a 2001, con la creación por parte del Ministerio de Defensa de un equipo de trabajo (*Military Law Review Board*) encargado de revisar la legislación penal y disciplinaria. Las conclusiones de este equipo de trabajo fueron tenidas en cuenta por el Departamento en su informe anual de 2005¹⁶⁴ y, posteriormente, hechas suyas por el Gobierno mediante la presentación en el Parlamento de sendos proyectos de ley en 2006 y 2007¹⁶⁵.

El resultado de estos proyectos fueron la *Defence (Amendment) Act de 2006*, relativa al envío de contingentes militares fuera del país; y la *Defence (Amendment) Act de 2007*, relativa a la modificación de la *Defence Act* de 1954 en numerosos preceptos de Derecho penal, disciplinario y procesal.

Se establece ahora una distinción en la ley entre las infracciones disciplinarias que pueden ser sancionadas sumariamente (*scheduled offences*) y aquellas otras, disciplinarias y penales, que solo pueden ser vistas en juicio. Ello sin perjuicio del derecho tradicional a elegir esto último¹⁶⁶.

La nueva organización judicial, sin perder su carácter militar e integrada por expertos en Derecho, incluye:

La creación de un órgano de administración con funciones propias de Secretaría Relatoría (*Court-Martial Administrator*), dirigida por un militar que ejerce sus funciones con carácter independiente aunque subordinado a la autoridad del *Judge Advocate General*, de quien recibe el nombramiento¹⁶⁷. Un magistrado militar (pueden designarse en número indefinido) con intervención decisiva a lo largo del procedimiento (*Military Judge*), en sustitución de las más limitadas funciones del histórico *judge advocate* –designación esta que ahora solo conserva la alta autoridad ya citada–, y que es nombrado con carácter vitalicio por el Presidente de la república, a propuesta del Gobierno, de entre aquellos Oficiales con empleo no infe-

¹⁶³ Idem. en pág 2, 3, 5 y 6.

¹⁶⁴ Annual Report 2005, Department of Defence/Ann Roin Cosanta, Parkgate, Dublin, Ireland.

¹⁶⁵ «*Military justice system set for major overhaul*» The Irish Times 23/12/2006; «*Minister updates code of discipline for Defence Forces*» The Irish Times 02/03/2007.

¹⁶⁶ Arts. 20, 21, 22, 24 y 27 *Defence (Amendment) Act* 2007.

¹⁶⁷ Art. 32 idem.

rior a coronel que tengan una experiencia en la práctica del Derecho de, al menos, diez años¹⁶⁸. Una fiscalía militar (*Director of Military Prosecutions*) al frente de la cual se encuentra un *Director* nombrado por el Gobierno de entre aquellos Oficiales con empleo no inferior a Coronel que tengan una experiencia en el ejercicio colegiado del Derecho de, al menos, diez años y con autoridad para nombrar a otros Oficiales que le asistan¹⁶⁹.

La jurisdicción disciplinaria o *sumaria* solo alcanza a militares con empleo de comandante (empleos superiores son siempre remitidos a consejo de guerra toda sanción impuesta sumariamente es susceptible de recurso judicial; por ultimo, la sanción de arresto queda abolida definitivamente¹⁷⁰.

Los juicios en consejo de guerra –procedimientos judiciales– solo pueden iniciarse a instancias del fiscal militar, en cualquiera de los tres tipos de actuación:

– *Summary Court Martial*¹⁷¹: órgano unipersonal y permanente en que un juez militar conoce y falla los procedimientos por delito instados por el fiscal militar o resuelve recursos interpuestos contra sanciones sumarias. En este último caso sus decisiones son definitivas y solo cabe recurso ante el tribunal de apelaciones (*Courts-Martial Appeals Court*) en cuestiones relativas a la aplicación del Derecho que sean de interés general.

– *General/Limited Court Martial*¹⁷²: son los dos tipos de consejo de guerra que puede presidir el juez militar a instancias del fiscal militar, se compone además de un jurado integrado por militares en número de no menos de cinco o tres, respectivamente, que deciden únicamente cuestiones de hecho.

5. A MODO DE EPILOGO

El resultado de esta evolución generalizada de la justicia castrense en el mundo anglosajón, con todas sus circunstancias de carácter local y respecto de la cual la acción del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos no ha sido ajena, es, sin embargo, un fenómeno que hemos considerado digno de estudio porque evidencia la valiosa labor de dicho tribunal y por-

¹⁶⁸ Arts. 34, 38, 47 y 48 idem. «*Defence Forces Judge sworn in*» The Irish Independent 27/09/07.

¹⁶⁹ Art. 33 idem.

¹⁷⁰ Arts. 22, 23, 24, 26, 28 y 38 idem.

¹⁷¹ Art. 38 idem.

¹⁷² Arts. 32, 37 y 48 idem.

que representa, al menos, un paso adelante en el desarrollo de esa *gramática común* de la que habla FLETCHER cuando alude a la búsqueda de los principios universales del Derecho penal entre las tradiciones jurídicas anglosajona o angloamericana y romano-germánica, principios aplicables a unos y a otros porque universales son también los valores en que se sustentan¹⁷³.

¹⁷³ FLETCHER, G. P., «THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW: AMERICAN, COMPARATIVE, INTERNATIONAL» (3 vols.), Oxford University Press, New York, U. S. A., 2007.

EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Emilio Fernández-Piñeyro Hernández

Doctor en Derecho

Teniente Coronel Auditor

SUMARIO

I. Caracterización del contrato de suministro. II. Exclusiones. A. Exclusiones derivadas de lo previsto en el artículo 4.1 LCSP. B. Contratos de suministro que afectan a la industria de la defensa y tengan algún elemento extranjero o les sea de aplicación el art. 296 TCE. B.1. El artículo 267.2 LCSP. B.2. La Disposición Adicional 24 LCSP. B.3. Estudio especial sobre la aplicación actual de artículo 296 del TCE. B.3.1. Criterio general. B.3.2. Criterios a valorar cuando se invoque la aplicación del art. 296 TCE. B.3.3. Últimas tendencias a tener en cuenta para los contratos a los que sea de plena aplicación el artículo 296. B.3.3.1. Procedentes de la Agencia Europea de la Defensa (AED). B.3.3.2. Procedentes de la Comisión Europea. III. La adquisición de bienes muebles. IV. El arrendamiento. A. Arrendamiento de bienes muebles con o sin opción de compra. a. Mantenimiento. b. Duración del contrato. B. Arrendamiento financiero. V. Contratación de bienes informáticos. VI. Contrato de fabricación. VII. Umbral de los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada. VIII. Solvencia técnica y profesional en los contratos de suministro (Especialidades de este tipo de contrato en cuanto a los medios para acreditarla). 1. Relación de suministros efectuados. 2. Indicación del personal o unidades técnicas. 3. Instalaciones, medidas y medios. 4. Control de la capacidad y medios. 5. Muestras, descripciones y fotografías de los productos. 6. Certificados y evaluación. IX. Formas de adjudicación. A. Supuestos generales. B. Supuestos especiales que permiten el procedimiento negociado sin publicidad en el contrato de suministro. X. Ejecución del contrato de suministro. A. Entrega y recepción material. B. Pérdidas, averías y perjuicios. C. Fuerza mayor. XI. Pago del precio. Abono de los suministros recibidos. Revisión de precios. Pago en metálico y en otros bienes. XII. Modificación del contrato. XIII. Resolución del contrato de suministro. Causas de resolución. Efectos de la resolución. XIV. Vicios o defectos durante el plazo de garantía. XV. Motivos por los que la Comisión Europea considera que el régimen de modificación de contratos ya adjudicados, mantenido por la Ley de Contratos del Sector Público, sigue siendo incompatible con las Normas Comunitarias sobre Contratación Pública.

I. CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

La configuración esencial que caracterizó inicialmente al contrato de suministro presentaba tres elementos fundamentales: La periodicidad, el factor del tiempo y la indeterminación contractual de la cantidad objeto del suministro¹.

Por su parte, la STS de 3-11-93² definió el contrato de suministro como *aquél en el que una de las partes se obliga a realizar a favor de otra, prestaciones periódicas o continuas, a cambio de un precio*.

Estos elementos iniciales han ido evolucionando con el tiempo, para abarcar nuevas figuras como las de adquisición y arrendamiento de bienes en general y de equipos informáticos, o el arrendamiento con o sin opción de compra y el arrendamiento financiero.

En realidad, más que de un concepto unívoco, preciso y claro del contrato de suministro, lo que tenemos es un haz de instrumentos contractuales con los que la Administración cubre las necesidades de bienes y servicios que precisa para el cumplimiento de sus funciones³.

El concepto del contrato de suministro en la nueva Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) sigue englobando una serie de figuras contrac-

¹ Sobre la génesis, el concepto y la naturaleza jurídica del Contrato de Suministro nos remitimos a la amplia monografía de FRANCISCO SOSA WAGNER sobre *El Contrato Público de Suministro*. Thomson-Civitas. Madrid, 2003. 2.^a Edición, revisada y puesta al día por Mercedes Fuertes, así como a la extensa bibliografía referida en esta obra.

² R.º 8779/1990 (La Ley)

³ En este sentido se pronuncian E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ en *Curso de Derecho Administrativo* t.1 Madrid, 11.^a ed. 2002, quienes añaden que «lo que en la ley se llama contrato de suministro es pues una figura compleja no identificable en modo alguno con lo que en el Derecho Civil se conoce con el mismo nombre, sino capaz de adoptar modalidades contractuales muy diferentes (compraventa, suministro en sentido civil, arrendamiento de servicios, incluso de obra, etc.) dentro de una común finalidad típicamente instrumental y referida, siempre y en todo caso a bienes muebles, que es el dato último de caracterización, lo cual, como bien se comprende, tiene muy poco que ver con un tipo contractual definido». A similares resultados llegan R. PARADA VÁZQUEZ en *Derecho Administrativo*, t. I, Madrid 13.^a ed, 2002, L. COSCULLUELA MONTANER en *El Contrato de Suministro* publicado en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, dirigido por R. GOMEZ FERRER Madrid, 1996 y M. LÓPEZ BENITEZ en *Contrato administrativo de suministro y centralización de las compras públicas*, Barcelona 2000, que, de manera expresiva, afirma que «el legislador lo ha convertido en una especie de perchero contractual en el que se cuelgan las más diversas figuras y tipologías contractuales, dificultando, en último extremo, su cabal definición». La STS de 17 de febrero de 1992 (RJ 2491) se refiere también a «la compleja e indefinida figura del contrato de suministros» y una crítica de este fenómeno se contiene en L. TOLIVAR ALAS, Capítulo XI del libro colectivo de SOSA WAGNER, TOLIVAR, QUINTANA, FUERTES y SANCHEZ *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Barcelona 1995.

tuales de naturaleza jurídica distinta y, por tanto, tal calificación legal tiene como único objetivo delimitar un procedimiento contractual único para todos ellos⁴.

La LCSP en su artículo 9 dice:

1. Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 3 de este artículo respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.

3. En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:

a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario.

b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.

A través de este precepto se transpone el artículo 1.2.c) de la Directiva 2004/18/CE, que establece lo siguiente:

⁴ Sobre el Contrato de Suministro en la reciente Ley 31/2007, de 30 de octubre, vid. MORENO MOLINA, J. A. Y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*. La Ley. Madrid. 2008. Pags. 850 y ss. ESCRIBUELA MORALES F.J.: *La Contratación del Sector Público*. La Ley. Madrid, 2007, EQUIPO DE DERECHO PÚBLICO DE URÍA MENÉNDEZ, ABOGADOS. *Guía Práctica de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público* Ed. Uría Menéndez. VARIOS AUTORES, Coordinados por MARTÍN OVIEDO J.M. Y PRESEDO REY C.M.. *Memento Práctico de Contratos Públicos 2008-2009*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2007.

«c) Son «contratos públicos de suministro» los contratos públicos distintos de los contemplados en la letra b) cuyo objeto sea la compra de productos, su arrendamiento financiero, su arrendamiento o su venta a plazos, con o sin opción de compra.

Un contrato público cuyo objeto sea el suministro de productos y, de forma accesoria, obras de colocación e instalación se considerará un «contrato público de suministro»».

Respecto a la transposición que se realiza es preciso hacer notar que el legislador no ha querido recoger en el artículo 9 la referencia del segundo párrafo del artículo 1.2.c) de la Directiva. Ello pudo ser debido a la figura de los contratos mixtos que incluye en el artículo 12 de la LCSP, y en función del cual cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase, en este caso del contrato de suministro y del de obras, se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico, es decir, las del contrato de suministro. Por lo tanto, tal y como hace el citado párrafo segundo cuando reconoce que las obras de colocación e instalación serían accesorias al propio suministro de productos.

Por su parte, el TRLCAP regulaba el contrato de suministro en el artículo 172 de la siguiente manera ⁵:

1. «En todo caso, se considerarán incluidos en el artículo anterior los contratos siguientes:

a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía

⁵ En relación a dicho precepto y a sus antecedentes normativos resulta muy interesante tener presente la doctrina de la JCCA concretada en los siguientes informes: Informe 46/96, de 22 de julio de 1996, «*Consulta sobre contratos de arrendamiento con opción a compra*». Informe 51/97, de 2 de marzo de 1998, «*Naturaleza jurídica de un contrato para la construcción de un barco*». Informe 21/98, de 30 de junio de 1998, «*Calificación de un contrato cuyo objeto es la compra de semovientes*». Informe 55/99, de 21 de diciembre de 1999, «*Adquisiciones de bienes culturales; régimen aplicable para la adquisición de bienes muebles que integran el Patrimonio Histórico. Aplicación del procedimiento negociado; valoración por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español o por los órganos o servicios del museo adquirente*». Informe 56/00, de 5 de marzo de 2001, «*Calificación de los contratos que tienen por objeto la redacción de planes generales de urbanismo en los Ayuntamientos*». Informe 61/04, de 12 de noviembre de 2004, «*Efectos de la liberalización del sector de las telecomunicaciones. Contratos de prestación de servicios de telecomunicaciones; exclusión de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. Calificación de los contratos de suministro de energía y de prestación del servicio de telecomunicaciones*».

total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración.

b) La adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión del derecho de uso de estos últimos, así como de equipos y sistemas de telecomunicaciones.

c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.

2. No obstante lo expresado en el apartado anterior, la adquisición de programas de ordenador a medida se considerará contrato de servicios.

3. Por otra parte, también tendrá la consideración de suministro el mantenimiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas cuando se contrate conjuntamente con la adquisición o el arrendamiento».

Comparando las redacciones del artículo 9 de la LCSP y del citado artículo 172, que se acaba de transcribir, se advierte como novedad que aquél incluye la referencia a la adquisición de productos o bienes muebles por medio de arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra.

Pero la novedad es más aparente que real, porque el artículo 171 del TRLCAP ya recogía que *«a los efectos de esta Ley, se entenderá por contrato de suministro el que tenga por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento, con o sin opción de compra, o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo los relativos a propiedades incorpóreas y valores negociables, que se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso».*

Por lo demás, las correspondencias en materia de regulación específica del contrato de suministro entre el anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la vigente Ley de Contratos del Sector Público pueden establecerse, para una mejor comprensión de los cambios efectuados, de la siguiente manera:

Los artículos 171 a 195 del Libro II Título III del antiguo Texto Refundido pasan ahora al artículo 9, a otros artículos sistemáticamente dispersos y a los artículos 266 a 276 del Libro IV, Capítulo IV, de la nueva LCSP. Estos últimos mantienen en líneas generales el mismo régimen jurídico del

Texto Refundido en lo que se refiere a la ejecución, modificación y extinción del contrato⁶.

⁶ Más concretamente, la tabla de correspondencias podría hacerse del siguiente modo:

TÍTULO III DEL LIBRO II DEL TEXTO REFUNDIDO SOBRE EL CONTRATO DE SUMINISTRO

CAPÍTULO I: Disposiciones Generales

Concepto: El art. 171 pasa al 9.1 LCSP

Contratos considerados como de suministro: El art. 172 pasa al 9.2 LCSP

Tratamiento de la información y telecomunicaciones: El art. 173 no tiene correspondiente en la LCSP

Arrendamiento y prórrogas: El art. 174 pasa al 266 LCSP

Contratos de fabricación y aplicación de normas y usos vigentes en el comercio internacional: El art. 175 pasa al 267 LCSP

Contratos menores: El art. 176 pasa al 122.3 LCSP

Supuestos de publicidad: El art. 177 pasa a los arts. 125 y 126 LCSP

Plazos de presentación de proposiciones en el procedimiento abierto: El art. 178 pasa a los arts. 127 y 143 LCSP

Plazos en el procedimiento restringido: El art. 179 pasa a los arts. 127 y 151 LCSP

CAPÍTULO II: De los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos de suministro

Subasta y concurso: El art. 180 no tiene correspondiente en la LCSP

Procedimiento negociado y publicidad comunitaria: El art. 181 pasa a los artículos 154, 157 y 161 LCSP

Procedimiento negociado sin publicidad: El art. 182 pasa a los arts. 154, 157 y 161 LCSP

CAPÍTULO III De las normas especiales de contratación del contrato de suministro

Contratación centralizada de bienes: El art. 183 pasa al art. 190 LCSP

Procedimiento en los contratos para el tratamiento en la información: El art. 184 pasa al art. 191 LCSP

CAPÍTULO IV: De la ejecución y modificación del contrato de suministro

Entrega y recepción: El art. 185 pasa al art. 268 LCSP

Pago del precio: El art. 186 pasa al art. 269 LCSP

Pago en metálico y otros bienes: El art. 187 pasa al art. 270 LCSP

Facultades de la Administración en el proceso de fabricación: El art. 188 pasa al art. 271 LCSP

Modificación del contrato de suministro: El art. 189 pasa al art. 272 LCSP

CAPÍTULO V: De la extinción del contrato de suministro

Gastos de entrega y recepción: El art. 190 pasa al art. 273 LCSP

Vicios o defectos durante el plazo de garantía: El art. 191 pasa al art. 274 LCSP

Causas de resolución: El art. 192 pasa al art. 275 LCSP

Efectos de la resolución: El art. 193 pasa al art. 276 LCSP

CAPÍTULO VI: De la fabricación de bienes muebles por parte de la Administración

Supuestos: El art. 194 pasa al art. 24.2 LCSP

Autorización para la fabricación de bienes muebles: El art. 195 pasa al art. 24.5 LCSP

II. EXCLUSIONES

A. EXCLUSIONES DERIVADAS DE LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4.1 LCSP

Se hallan previstas en los apartados siguientes: e) (Convenios incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la CE), f) (Acuerdo entre Estados o entre Estado y entidades de derecho internacional público), g), h), i) (Estacionamiento de tropas), j) (Procedimiento específico de una organización internacional), m), p) y q).

Según lo establecido por el Art. 4.2 LCSP: *Los contratos negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse*

B. CONTRATOS DE SUMINISTRO QUE AFECTAN A LA INDUSTRIA DE LA DEFENSA Y TENGAN ALGÚN ELEMENTO EXTRANJERO O LES SEA DE APLICACIÓN EL ART. 296 TCE

B.1. El art. 267.2 LCSP

Los contratos que se celebren con empresas extranjeras, cuando su objeto se fabrique o proceda de fuera del territorio nacional y los de suministro que, con estas empresas, celebre el Ministerio de Defensa y que deban ser ejecutados fuera del territorio nacional, se regirán por la presente Ley, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional.

¿Hasta donde puede llegarse con la expresión *normas y usos vigentes en el comercio internacional*? Como límites aplicables en todo caso, deben tenerse en cuenta los siguientes extremos:

- Los principios constitucionales de: Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E.); la objetividad en el servicio de los intereses públicos (art. 103 C.E.); legalidad; respeto a los derechos fundamentales ...
- Los principios generales del Derecho y de la buena administración, especialmente en materia de contratación.
- La necesidad de respetar los cauces esenciales en la formación y manifestación de la voluntad de los órganos administrativos, su competencia así como las reglas del gasto público.

- En consecuencia, la mayor o menor presencia del elemento extranjero no eximirá de que el contrato deba respetar como mínimo los siguientes extremos:
 - La competencia del órgano de contratación.
 - La capacidad del adjudicatario.
 - La determinación del objeto del contrato.
 - La fijación del precio.
 - La existencia de crédito adecuado y suficiente.
 - La tramitación del correspondiente expediente.
 - La fiscalización del gasto.
 - La aprobación del gasto.
 - La formalización del contrato.

Cuando, además, estos contratos se formalicen en el extranjero, el régimen jurídico específico se contenía en el antiguo artículo 117 del TRLCAP. Ahora, es preciso acudir a la Disposición adicional primera de la LCSP, sobre «*Contratación en el extranjero*»⁷, que sigue los criterios generales que, a continuación, se exponen:

- Capacidad: Se aplicarán las leyes del Estado en que se celebre el contrato, sin perjuicio de lo previsto en la LCSP para extranjeras comunitarias.
- Condiciones contractuales: Podrán sustituirse los pliegos de cláusulas administrativas particulares por el propio clausulado del contrato.
- Procedimiento de Adjudicación: Se aplicará el procedimiento negociado sin publicidad, sin perjuicio de la posible utilización de la figura de los contratos menores.
- Garantía: Se fijará de forma análoga a lo previsto en la LCSP, siempre que ello sea posible y adecuado a las condiciones del Estado en que se efectúa la contratación y, en su defecto, la que sea usual y autorizada en dicho Estado o resulte conforme con las prácticas comerciales internacionales, ante las representaciones diplomáticas o consulares.

Excepcionalmente, por resolución motivada del órgano de contratación, y cuando las circunstancias así lo impongan, podrá eximirse de la prestación de esta garantía, siempre que ello sea conforme con las prácticas comerciales internacionales ⁸.

⁷ Artículo 117 del TRLCAP. Sobre este precepto vid. FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, EMILIO en *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*. (Coord. Emilio Jiménez Aparicio). Thomson-Aranzadi. 2002. Pags. 1071 a 1115.

⁸ Novedad introducida en la LCSP.

- Pago: Se efectuará contra entrega por el contratista de la prestación convenida, salvo que se oponga a ello el Derecho o la costumbre del Estado, en cuyo caso se garantizará el anticipo.
- Comunicación de la celebración a efectos estadísticos a la JCCA ⁹ y al Tribunal de Cuentas en el plazo de tres meses siguientes a la fecha de formalización.
- Normas para resolución controversias: En este caso del contrato de suministro-fabricación, toda vez que la empresa ha de ser extranjera, se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. Igualmente se procurará incluir cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales.
- En los contratos sujetos a regulación armonizada, que se formalicen y ejecuten en un país extranjero comunitario, deberán cumplirse las normas de la LCSP referentes a la publicidad comunitaria y a los procedimientos de adjudicación de los contratos.
- Revisión de precios¹⁰: Se atenderá a la legislación y circunstancias socio-económicas del país en que haya de ejecutarse el contrato, y se basará en parámetros objetivos, a ser posible públicos o, cuando menos, fácilmente medibles, pudiendo utilizarse los de Organismos Internacionales.
- Idioma (contrato y documentación)¹¹: Normalmente, con traducción al castellano, aunque excepcionalmente podrán aceptarse, sin necesidad de traducción al castellano, los documentos redactados en inglés o en francés, bajo responsabilidad del órgano de contratación por resolución motivada. En estos casos, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación garantizará la disponibilidad de la traducción al castellano de los documentos redactados en lengua extranjera, a efectos de fiscalización del contrato.

B.2. La Disposición adicional 24 LCSP

Los contratos comprendidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que celebre el Ministerio de

⁹ «Registro Público de Contratos», que ya no se denomina así, artículo 30.

¹⁰ Novedad introducida en la LCSP.

¹¹ Novedad introducida en la LCSP.

Defensa se regirán por la presente Ley, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional.

B.3. Estudio especial sobre la aplicación actual de art. 296 del TCE

Ante la práctica de muchos Estados, denunciada por la Comisión¹², de invocar casi automáticamente el artículo 296¹³ para intentar eximir casi todos los contratos públicos de defensa de la normativa comunitaria, bien directamente o bien de la manera indirecta que, por mutuo acuerdo de las partes, permite esta Disposición Adicional, a menudo, sin tener en cuenta las condiciones definidas por el Tratado y, sobre todo, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, parece adecuado, aprovechar esta D.A. 24 LCSP para detenerse en el estudio del marco jurídico actual en el que se inscribe la aplicación del tan citado art. 296 TCE.

B.3.1. Criterio general

Ante todo, hay que empezar por dejar muy claro que la Directiva 2004/18/CE¹⁴, sobre contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en adelante, *Directiva de contratos públicos* se aplica a los contratos públicos licitados por poderes adjudicadores en el ámbito de la defensa, porque, en principio, este ámbito no está excluido *in toto* de las normas

¹² Cfr. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 6 de diciembre, COM (2005) 626, relativa a los resultados de la consulta puesta en marcha por el Libro Verde sobre contratos públicos de defensa.

¹³ El artículo 296 del Tratado CE establece que:

1) *Las disposiciones del presente Tratado no obstarán a las normas siguientes:*

a) *Ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad;*

b) *Todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.*

2) *El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista, que estableció el 15 de abril de 1958, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1.*

¹⁴ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

del mercado interior. De ahí que su artículo 10 la declare expresamente aplicable *a los contratos públicos adjudicados por los poderes adjudicadores en el sector de la defensa, a reserva del artículo 296 del Tratado*. Lo que existe es solo una previsión de reserva de excepción del régimen ordinario, en principio genérica, pero que jurisprudencialmente se ha ido perfilando mucho en los últimos años, recogida en el artículo 296 del Tratado CE.

B.3.2. Criterios a valorar cuando se invoque la aplicación del art. 296 TCE

En la actualidad, un mínimo rigor jurídico de la cuestión aconseja tener muy en cuenta al menos algunas de las precisiones más importantes contenidas en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa¹⁵.

A tal efecto, se significarán, a continuación, una serie de ideas, distribuidas en los siguientes subepígrafes, en los que se sigue el mismo orden sistemático utilizado por la referida Comunicación para interpretar el, ya transcrito más arriba, artículo 296 del Tratado CE¹⁶.

- i) En cuanto a su ámbito de aplicación tienen especial interés las siguientes ideas:
 - La lista de 1958 incluye únicamente material de naturaleza y finalidad puramente militar. Es cierto que la seguridad se ha convertido en un concepto cada vez más complejo, al existir nuevas amenazas que difuminan la línea divisoria tradicional entre las vertientes de seguridad militar y no militar, externa e interna. No obstante, puesto que las funciones de las fuerzas de seguridad militares y no militares siguen siendo diferentes, normalmente es posible distinguir

¹⁵ Comunicación interpretativa de la Comisión de 7 de diciembre de 2006, COM (2006) 779 final.

¹⁶ En cuanto al valor jurídico complementario (soft law), como avance o anticipo de una intervención imperativa por vía de Reglamentos o Directivas (hard law), de Documentos, como Comunicaciones Interpretativas o Libros Blancos o Verdes, puede verse TRAYTER, J.M. *El efecto directo de las Directivas Comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación*. RAP n.º 125. 1991 y RAZQUIN J.A. *El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003/2004) en el ordenamiento jurídico interno*. Revista Jurídica de Navarra n.º 37. 2004.

entre los contratos públicos de suministro de material militar y no militar.

- La naturaleza de los productos incluidos en la lista de 1958 y la referencia explícita que se hace en el artículo 296 del Tratado CE a «*finés específicamente militares*» confirma que sólo los contratos públicos de suministro de material diseñado, desarrollado y producido para fines específicamente militares pueden estar exentos de las normas comunitarias, de conformidad con el artículo 296, apartado 1, letra b), del Tratado CE.
- En cambio, los contratos de suministro para fines de seguridad no militares están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 296, apartado 1, letra b), del Tratado CE. En el caso de estos contratos, los intereses de seguridad pueden justificar la exención de las normas comunitarias con arreglo al artículo 14 de la Directiva 2004/18/CE de contratos públicos, siempre que se cumplan las condiciones para su aplicación. En efecto, dicho artículo 14 establece que: *La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos cuando sean declarados secretos o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas especiales de seguridad de acuerdo con las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas vigentes en el Estado miembro de que se trate, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de dicho Estado miembro.*
- A diferencia del artículo 296, apartado 1, letra b), el artículo 296, apartado 1, letra a), del Tratado CE puede abarcar también la adquisición de equipo de doble uso para fines de seguridad tanto militares como no militares, si la aplicación de las normas comunitarias obligase a un Estado miembro a revelar información perjudicial para los intereses esenciales de su seguridad

ii) En cuanto a las condiciones de aplicación

- El objetivo que justifica la exención es únicamente la protección de los intereses de seguridad esenciales de un Estado miembro. Otros intereses, en especial industriales y económicos, aunque estén relacionados con la producción y el comercio de armas, municiones y material de guerra, no pueden justificar por sí solos una exención con arreglo al artículo 296, apartado 1, letra b), del Tratado CE. Las contrapartidas (*offsets*) indirectas no militares, por ejemplo, que no sirven a intereses de seguridad específicos sino a intereses económicos generales, no están cubiertas por el artículo 296 del Tratado

CE, aunque estén relacionadas con un contrato de adquisición de material de defensa exento en virtud de ese artículo.

- Además, los intereses de seguridad de los Estados miembros deben considerarse también desde una perspectiva europea, porque la integración europea ha dado lugar a una convergencia creciente de los intereses nacionales entre los Estados miembros.
- El artículo 296 del Tratado CE no se refiere a la protección de los intereses de seguridad en general, sino a la protección de los intereses de seguridad esenciales. Esta especificación subraya el carácter extraordinario de la excepción y deja claro que la naturaleza militar específica del material incluido en la lista de 1958 no es, por sí sola, suficiente para justificar la exención de las normas de contratación pública de la UE. Por el contrario, la formulación especialmente drástica («esencial») limita las posibles exenciones a contratos que sean de la máxima importancia para la capacidad militar de los Estados miembros.
- La redacción del artículo 298 del Tratado CE y la jurisprudencia pertinente, que se refiere en general al artículo 296, confirman que este razonamiento debe aplicarse al uso tanto del apartado 1, letra a), como del apartado 1, letra b), del artículo 296, del Tratado CE.

iii) En cuanto a cómo aplicarlo

- Es prerrogativa de los Estados miembros definir los intereses esenciales de su seguridad, pero para conciliarla con las obligaciones que les incumben en virtud del Tratado las entidades adjudicadoras han de evaluar para cada caso si esta justificada o no la exención de la Directiva de contratos públicos, mediante la ponderación minuciosa de las siguientes cuestiones:
 - ¿Qué interés de seguridad esencial está en juego?
 - ¿Cuál es la relación entre este interés de seguridad y la decisión específica de contratación?
 - ¿Por qué la inaplicación de la Directiva de contratos públicos es necesaria en este caso específico para la protección de este interés esencial de seguridad?

iv) En cuanto al papel de la Comisión

- La Comisión puede verificar si se cumplen las condiciones para eximir contratos públicos al amparo del artículo 296 del Tratado CE.

En tales casos, son los Estados miembros los que deben facilitar, a instancias de la Comisión, la información precisa, y demostrar que la exención es necesaria para proteger los intereses esenciales de su seguridad. El Tribunal de Justicia ha dictaminado reiteradamente que *según el artículo 10 CE, los Estados miembros están obligados a cooperar de buena fe en cualquier investigación efectuada por la Comisión al amparo del artículo 226 CE y a facilitar a ésta toda la información solicitada al respecto*¹⁷.

- La Comisión podrá también recurrir directamente ante el Tribunal de Justicia si considera que un Estado miembro abusa de las facultades previstas en el artículo 296 del Tratado CE. En este caso, la carga de la prueba de que una exención está justificada incumbe a los Estados miembros.

*B.3.3. Últimas tendencias a tener en cuenta para los contratos a los que sea de plena aplicación el art. 296*¹⁸

B.3.3.1. Procedentes de la Agencia Europea de la Defensa (AED)

Se derivan del denominado ***Régimen intergubernamental para promover la competencia en el mercado europeo de equipos de la defensa (comúnmente llamado Código de conducta de la Agencia Europea de Defensa*** y, por ende, de los contratos a los que se aplique dicho régimen para la adquisición de material de defensa, al que España se incorporado recientemente.

En efecto, por Decisión n.º 09/2005 de 21 de noviembre la Agencia Europea de Defensa adoptó este Régimen (Código de Conducta en la adquisición de material de defensa) para los Estados miembros de la misma que consideran conveniente sujetarse a un régimen competitivo aun tratándose de ciertos contratos del sector de defensa claramente no sujetos a la Directiva de contratos públicos y, por tanto, exentos de las normas ordinarias sobre competencia del mercado único de la UE por serles de aplicación la reserva prevista en el artículo 296 del Tratado.

¹⁷ Sentencia 82/03 de 13 de julio de 2004. Apartado 15

¹⁸ Con mayor detalle y extensión acerca de esta concreta materia, vid. FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ E. *Nuevos Actores y Reglas de Juego. La incipiente Política Europea de Armamento*. En la Obra conjunta con otros autores «La Industria y la Tecnología en la Política Europea de Seguridad y Defensa». Monografías del CESEDEN 105. Ministerio de Defensa. Madrid, Marzo 2008. Págs. 57 a 86.

Entrada en vigor

- Entró en vigor el 1 de julio de 2006. España se adhirió el 1 de julio de 2007.

Ámbito subjetivo

- En la fecha de entrada en vigor se adhirieron 22 Estados, todos ellos miembros de la Unión Europea. Dinamarca, según su Protocolo de adhesión a la UE, no participa en los asuntos de defensa, por lo que no es miembro de la AED, ni está tampoco, lógicamente, en este régimen intergubernamental al que España se ha incorporado oficialmente a partir del 1 de julio de 2007.

Ámbito objetivo

- Se aplica los proveedores que tienen una base tecnológica e industrial en el territorios de otros Estados miembros.
- Solo rige para los contratos.
- De valor igual o superior a 1 millón de euros (excluido el IVA).
- Que cumplan las condiciones para la aplicación de la reserva prevista en el artículo 296 del Tratado UE.
- Excepcionalmente, puede no aplicarse, previa presentación del caso a la Agencia Europea de la Defensa, en los siguientes supuestos:
 - urgencia,
 - trabajos de seguimiento,
 - razones de seguridad nacional.
- No se aplica en ningún caso para los contratos que impliquen una actividad de colaboración o adquisiciones en materias de:
 - Investigación y tecnología,
 - armas nucleares,
 - sistemas de propulsión nuclear,
 - bienes y servicios químicos, bacteriológicos y radiológicos, y
 - equipo criptográfico.

Contenido

Se ajusta a la aplicación de los siguientes principios y reglas:

- 1) Adhesión y permanencia voluntaria. Por tanto, los Estados se unen al Régimen si quieren y cuando quieren y son libres de abandonarlo cuando lo estimen oportuno.
- 2) La decisión final de las adjudicaciones es competencia de las autoridades nacionales de los Estados miembros.

- 3) Trato igual y equitativo para los proveedores. Con el fin de maximizar las oportunidades de todos los proveedores establecidos en el territorio de los otros Estados participantes y de incrementar la transparencia e igualdad de la información, todas las nuevas oportunidades pertinentes de adquisición de material defensa anunciadas por los Estados miembros se notificarán en un portal único. Se asegurará un trato igual y equitativo en los: a) criterios de selección, b) especificaciones y requisitos, c) criterios de concesión (solución económicamente más ventajosa aunque cabe que se tengan en cuenta otras consideraciones como las relativas a compensaciones industriales. En todo caso, se exige que los criterios estén definidos desde el principio) y d) información.
- 4) Transparencia mutua y responsabilidad. Para analizar los datos completos sobre el impacto del nuevo régimen en las prácticas de adquisición de material de defensa, la AED adoptará un sistema efectivo de supervisión e información con informes periódicos al Comité de dirección del organismo. Los Estados miembros tendrán que comunicar cualquier uso del artículo 296 en relación con la concesión de ayuda estatal o en asuntos de concentraciones y adquisiciones.
- 5) Apoyo mutuo. El funcionamiento plenamente efectivo del régimen dependerá de una sólida confianza mutua y de la interdependencia. Por lo tanto, los Estados miembros que suscriban el Código harán todo lo posible para prestarse asistencia mutua y agilizar al máximo los requisitos de los contratos de defensa, y facilitarán las transferencias y el tránsito de material y tecnologías de defensa entre ellos.
- 6) Beneficio mutuo. Este régimen sólo funcionará si todos los signatarios se benefician del mismo, para lo cual se considera esencial el desarrollo de oportunidades para que las PYME nacionales puedan vender en un mercado de ámbito continental.

Para potenciar el logro de este último principio de beneficio mutuo, la propia Agencia Europea de Defensa impulsó el denominado «**Código de buenas prácticas en la cadena de suministro**» que analizamos a continuación:

a) Ámbito de aplicación y objetivos

Fue aprobado el 27 de abril de 2006 por los Estados miembros de la UE que participan en la Agencia Europea de Defensa.

Se trata también de un régimen voluntario que debe ser entendido como una parte del Régimen estudiado en el apartado anterior, por lo que

tiene los mismos ámbitos subjetivo y objetivo y pretende coadyuvar a la consecución de principios similares.

Asimismo, ha de entenderse como régimen complementario y siempre subordinado a los procedimientos nacionales de cada Estado que resulten de aplicación.

Específicamente, pretende contribuir a establecer las condiciones para conseguir la mayor transparencia y competencia posible así como la igualdad de oportunidades para todos los proveedores, incluyendo las pequeñas y medianas y empresas (PYMES), de modo que el incremento de valor y las buenas prácticas se produzcan desde el principio mismo de la cadena de suministro del material de defensa y tanto para contratistas como para subcontratistas.

Los objetivos generales son la mejora de la calidad, de la eficacia, de la puntualidad y de la consistencia de las relaciones en la cadena de suministros para la adquisición de bienes en el sector de la defensa.

b) Contenido

Consiste en la implantación y observancia dentro de los procedimientos incluidos en sus ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de los siguientes principios y reglas:

- 1) Las poderes adjudicadores y los suministradores se atendrán a los principios de imparcialidad, honradez, transparencia, eficiencia, eficacia y profesionalidad. Procurarán mantener los niveles más altos de integridad, imparcialidad y objetividad. Se esforzarán en cumplir sus obligaciones eficientemente y con arreglo a los más altos estándares de profesionalidad, trato recíproco transparente y correcto. El primer contratista es responsable último de la selección y de la gestión de su propia cadena de suministradores
- 2) La libertad de contratación en la cadena de suministros debe mantenerse salvo que la ley o la costumbre exigieran lo contrario. Se reconoce la libertad de los poderes adjudicadores para establecer cláusulas de resolución de los contratos. Sin embargo, tales cláusulas deben hacerse constar desde el principio, deben redactarse de manera inequívoca y deben tenerse en cuenta en las valoraciones de modo que puedan preverse fórmulas para compartir los riesgos.
- 3) El Código de buenas prácticas en la cadena de suministro ha de tener en cuenta:
 - a) La relación entre poderes adjudicadores y proveedores.
 - b) Los comportamientos esperados de todos los poderes adjudicadores y proveedores, tanto grandes como pequeños.

- c) El comportamiento transparente y equitativo en la selección de los suministradores por parte de los poderes adjudicadores.
- 4) El Código de buenas prácticas en la cadena de suministro viene a promover las condiciones para que pueda haber una competencia eficiente a un nivel práctica, económica y tecnológicamente apropiado para proveedores cualificados y competentes tanto nacionales como extranjeros. En interés de ambas partes contractuales, podrá limitarse el número de invitados a presentar ofertas para asegurar una economía óptima, aunque respetando el estatuto del proveedor y sus alianzas estratégicas si existieran. Esto se incluirá en las cláusulas del contrato y subcontratos tan pronto como sea posible, mediante su publicación en el Boletín Oficial correspondiente del poder adjudicador competente, en la publicidad electrónica de la AED o en la página web del proveedor que corresponda.
- 5) Los poderes adjudicadores harán posible que los criterios para la valoración de las ofertas estén disponibles y que el resultado de la misma se notifique a todos los licitadores en el mismo día. Asimismo, respetando los límites del secreto comercial, se podrá solicitar conocer los motivos por los que una oferta ha sido la seleccionada o no al objeto de poder conseguir mejores resultados en ocasiones futuras.
- 6) En la valoración económica del procedimiento de licitación de los suministros se tendrá en cuenta que, tanto los poderes adjudicadores como los suministradores licitantes, estén condicionados por factores estratégicos más amplios que los estrictos requerimientos del contrato o programa concreto de que se trate en cada caso.
- 7) En la valoración de las ofertas, los poderes adjudicadores considerarán, entre otras cosas, cómo se estén teniendo en cuenta por parte de los licitantes los principios de este Código especialmente respecto de los procedimientos que utilicen para seleccionar a sus propios proveedores.
- 8) Es competencia del poder adjudicador resolver en cada momento toda reclamación de cualquier miembro de la cadena de suministradores en relación con el presente Código. Para asegurar la transparencia, debe designarse el órgano competente que sirva de punto de contacto.

Finalmente, todos los procedimientos de adquisición de suministros deben ceñirse al mismo espíritu de buenas prácticas de modo que, en cualquiera que se elija, exista la necesaria transparencia, claridad y certeza.

B.3.3.2. Procedentes de la Comisión Europea

Estriba en la Propuesta de Directiva de 11 de diciembre de 2007 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos públicos de obras, de suministros y de servicios en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

Lo más relevante de esta última iniciativa se condensa en los procedimientos aplicables (artículos 17 a 20) para la selección de contratistas y que son:

- En general: Procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación. Puede ser por fases (para reducir el número de ofertas a negociar) o no. Puede ser con o sin diálogo competitivo en función de la complejidad del contrato.
- En supuestos tasados: Procedimiento negociado sin publicidad. Dichos supuestos tasados serían, en apretada síntesis:
 - Programa de cooperación entre dos o más Estados.
 - Urgencia por situaciones de crisis o de conflicto armado.
 - Razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos de exclusividad que obligan a la adjudicación a un operador económico determinado.
 - Servicios o productos de investigación, desarrollo...
 - Entregas complementarias efectuadas por el proveedor inicial si el cambio de proveedor obligara a incompatibilidades o dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionado. No más de 5 años.
 - Suministro por un Gobierno a otro de armas, municiones y/o material de guerra.

III. LA ADQUISICIÓN DE BIENES MUEBLES

El art. 9.1 LCSP considera contratos de suministro, *los que tienen por objeto la adquisición de bienes muebles.*

Añade que no tendrán la consideración de contratos de suministro los relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables, y los programas de ordenador desarrollados a medida.

Y en el apartado 3 del referido precepto establece que, en todo caso, tendrán la consideración de contratos de suministro *aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud*

a) tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario.

Este tipo de suministro comprende una obligación contractual de tracto sucesivo, con entregas a lo largo de un período de tiempo, cuya cuantía total no se encuentra determinada, por estar supeditada a las necesidades duraderas homogéneas del órgano adquirente.

Hay que advertir que, conforme a lo establecido en el art. 1543 del CC al hablar de arrendamiento, el tiempo de duración del contrato deberá estar determinado o al menos, establecer en los pliegos o en el contrato, los elementos o criterios que permitan dicha determinación.

El sistema a utilizar para la adjudicación de este tipo de contratos, sería el acuerdo marco fijando las condiciones a que deberán ajustarse los contratos que hayan de celebrarse durante el período de tiempo fijado en el pliego.

La adjudicación se realizará a tenor de lo previsto en los artículos 180 a 182 de la LCSP, relativos a la utilización de «acuerdos marco» celebrados con un único empresario.

En este párrafo el legislador reconoce una modalidad del contrato de suministro que es especialmente funcional para el órgano de contratación. Se conoce, por parte de los citados órganos, con la denominación de «*suministro abierto*», y a través de ella se puede ir acompasando la ejecución del contrato a las necesidades del contratante. Su funcionamiento es bien sencillo. El órgano de contratación promueve la celebración de un contrato con el fin de determinar el precio unitario de un producto que debe ser suministrado por el contratista. Lo habitual es que la forma de elegir al adjudicatario sea por medio de la utilización de varios criterios objetivos, es decir, lo que conocíamos en el TRLCAP como la forma de adjudicación por concurso. Una vez determinada la oferta económicamente más ventajosa y concretadas las características del bien a suministrar y, lo más importante, su precio unitario, el órgano de contratación ya está en condiciones de mostrar paulatinamente sus necesidades una vez que se formalice el correspondiente contrato.

Ahora bien, ello no quiere decir que no exista límite de gasto ni que, por supuesto, se pueda formalizar su compromiso sin que llegase a existir crédito adecuado y suficiente para satisfacer al contratista el precio de los productos que vaya suministrando a lo largo de la vida del contrato. Podríamos pensar que la expresión del artículo 9.3.a) de la LCSP «...sin que la

cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente», permitiera que el órgano de contratación no contase con ningún límite en el gasto mientras persistiese la necesidad.

Nada hay de esto. A pesar de que el contrato busca fijar un precio unitario que responda al producto que mejor se adapte a las necesidades a satisfacer, teniendo muy presente el criterio de adjudicación del valor precio, el anuncio de licitación ha de referirse a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en éstos es dónde precisamente ha de contenerse el límite máximo de gasto¹⁹. Asimismo, aunque referido al compromiso de gasto²⁰, debe contenerse la referencia al citado límite en el documento de formalización del contrato que hemos denominado de *«suministro abierto»*.

Por lo tanto, es un contrato en el que el contratista puede suponer que el órgano de contratación agotará la ejecución del crédito comprometido, pero en el que, de no ser así, no tendrá derecho a reclamar el pago de la totalidad so pretexto de que está en condiciones de suministrar bienes suficientes en función del precio unitario adjudicado. En este caso, como ya ha quedado expuesto, lo que prima es la subordinación de las entregas a las necesidades que tenga el órgano de contratación.

Además, es preciso señalar que hasta ahora, con el RTRLCAP, era obligatoria ²¹ la constitución de las correspondientes garantías en referencia al límite máximo de gasto, lo que de entrada llevaba aparejados unos gastos financieros que giraban sobre la totalidad del importe dispuesto aunque no se conocía si el mismo sería o no comprometido y abonado al contratista. Este inconveniente en la LCSP podría resolverse, ya que la constitución de las garantías queda en los contratos de suministro a la consideración motivada del órgano de contratación ²². Ahora bien, de no acordarse la exención, la garantía definitiva o, en su caso, complementaria debería constituirse sobre el presupuesto base de licitación, ya que el artículo 83.3 establece que *«cuando la cuantía del contrato se determine en función de precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación»*.

¹⁹ Artículo 67.5.c) RTRLCAP.

²⁰ Artículo 71.6.b) RTRLCAP.

²¹ El artículo 39.a) solamente eximía de la constitución de garantía provisional o definitiva en los contratos de suministro del artículo 172.1.a) cuando los mismos se concertaran con empresas concesionarias de servicios públicos.

²² Solamente se establece como obligatoria la constitución de la garantía definitiva en los contratos de obras y de concesión de obras públicas (artículo 83.1.párrafo segundo).

Como se señalaba con anterioridad, el legislador añade, en el artículo 9.3.a) de la LCSP, que los contratos que hemos denominado de «*suministro abierto*» deberán de celebrarse por medio de «*acuerdos marco*» que se concierten a través de un único proveedor. A través de la figura de los «*acuerdos marco*» la Directiva 2004/18/CE incorporó uno de los instrumentos que pudieran aportar simplificación al proceso de la contratación pública, junto con otros tales como la «*subasta electrónica*», los «*sistemas dinámicos de contratación*» y las «*centrales de contratación*». Esta idea de simplificación para los contratos celebrados por entidades públicas tuvo su origen en el proceso de construcción de la normativa comunitaria de la contratación pública, que surgió de la adhesión de la Comisión Europea al Acuerdo de Contratación Pública surgido en el seno de la Organización Mundial del Comercio ²³. Después de dicha adhesión y a través, primero, del Libro Verde sobre «*La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones de Futuro*» ²⁴, y, posteriormente, de la Comunicación de la Comisión sobre «*Contratos Públicos en la Unión Europea*» ²⁵, se adoptaron una serie de conclusiones entre las que se recogía la necesidad de instaurar procedimientos más simples y flexibles, tales como el «*Diálogo sujeto a competencia*» y los «*acuerdos-marco*».

Sin embargo, el legislador comunitario no estableció en la Directiva 2004/18/CE como obligatoria la transposición de ninguna de las figuras de «*simplificación*» a las que se acaba de hacer referencia. Tampoco lo había hecho respecto del procedimiento extraordinario de adjudicación por «*diálogo competitivo*», que se había constituido con el fin de facilitar la flexibilidad de los procesos de contratación. Así, el Considerando 16 de la mencionada Directiva se manifestaba en unos términos tan claros como los siguientes:

«*Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva*».

Esta incorporación facultativa de los instrumentos de «*simplificación*» por parte de cada Estado miembro en el momento de transponer la Directiva 2004/18/CE, se volvió a remarcar dentro del texto de la citada misma. Así

²³ Acuerdo sobre Contratación Pública de 15 de abril de 1994 (con entrada en vigor el 1 de enero de 1996) con adhesión por medio de la Decisión de la Comisión 94/800/CE, de 22 de diciembre.

²⁴ Comunicación de la Comisión de 27 de noviembre de 1996.

²⁵ Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 1998.

en los artículos 11 («centrales de contratación»), 29 («diálogo competitivo»), 32 («acuerdos marco»), 33 («sistemas dinámicos de contratación»), y 54 («subasta electrónica»), se reproduce dicha aplicación facultativa. Sin embargo, en contra de lo que en un principio pudiera suponerse, el legislador nacional ha incorporado a la LCSP todos los instrumentos citados.

En los artículos 180 a 182 de la LCSP se regulan los «acuerdos marco». En el artículo 182.3 se regula la realización de un acuerdo marco en el que se concierte la adjudicación con un sólo empresario. Dicho precepto establece que *«cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con un único empresario, los contratos basados en aquél se adjudicarán con arreglo a los términos en él establecidos. Los órganos de contratación podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta»*. Es decir, en este caso los términos del suministro se encuentran perfectamente definidos en relación al empresario seleccionado por lo que, durante la vigencia del acuerdo marco que, en ningún caso, podrá ser superior a cuatro años, se procederá a adjudicar a éste todos los contratos que sean precisos. Éste es el caso al que se refiere el artículo 9.3.a) de la LCSP para el caso de un contrato de suministro en el que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. Respecto de la publicidad de la adjudicación de los contratos derivados del «acuerdo marco», se deberán observar las normas previstas en los artículos 135 y 138 de la LCSP.

IV. EL ARRENDAMIENTO

El art. 1543 del CC, que rige como supletorio en la contratación pública, establece que en el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa, por tiempo determinado y precio cierto.

El contrato de arrendamiento de bienes muebles realizado por las Administraciones Públicas, está sometido a los preceptos de la LCSP.

En cambio, cuando se trate de arrendamiento de bienes inmuebles será de aplicación la legislación del Patrimonio de las Administraciones Públicas contenida en los artículos 122 y siguientes de la Ley 33/2003.

Si bien la revisión de precios de los contratos de suministro ha de acomodarse a lo dispuesto en los artículos 77 y siguientes de la LCSP, sin embargo, por mandato expreso del apartado 2º de este precepto, no tendrá lugar la revisión de precios en los contratos cuyo pago se concierte

mediante el sistema de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción a compra²⁶, con lo que sí quedarían incluidos, dentro de la revisión de precios, los contratos de arrendamiento de bienes muebles, sin opción de compra, debiendo preverse, en todo caso, en los pliegos o pactarse en el contrato, la fórmula o sistema de revisión.

A. ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES CON O SIN OPCIÓN DE COMPRA

Dentro del concepto legal del contrato de suministro, el artículo 9 de la LCSP, incluye el arrendamiento con o sin opción de compra de productos o bienes muebles.

El contrato de arrendamiento de bienes muebles es de tracto sucesivo, temporal y oneroso con precio cierto, que otorga al arrendatario la posesión, uso y disfrute de los mismos y que le permite, incluso, ejercitar acciones contra terceros.

Se excluyen del ámbito del arrendamiento las cosas consumibles, sin embargo hay que entender que cuando los bienes consumibles forman parte del elemento o equipo arrendado, dichos bienes quedarían implícitos en el contrato principal, como elemento accesorio.

En el ámbito civil, las obligaciones del arrendador y del arrendatario, vienen establecidas en los artículos 1554 y siguientes del CC, de aplicación supletoria conforme a lo dispuesto en el art. 19.2 de la LCSP.

El arrendamiento con opción de compra que, en definitiva, es un *leasing* operativo impropio, sin intermediario financiero, tiene como finalidad básica la financiación de equipos que, al finalizar el arrendamiento, pueden ser adquiridos por la Administración, ejercitando la opción por la cantidad pactada. En el arrendamiento con opción de compra, la Administración registra las cuotas del arrendamiento como gasto económico y presupuestario del ejercicio correspondiente, como cualquier otro arrendamiento y, caso de ejercitar la opción, habrá de registrarse como adquisición onerosa por el importe de dicha opción.

a. Mantenimiento

De acuerdo con el art 266 de la LCSP, que no es precepto básico, en el contrato de arrendamiento, el arrendador asumirá durante el plazo de

²⁶ Lo mismo que ya preveía el artículo 103.2 del TRLCAP.

vigencia del contrato la obligación del mantenimiento del objeto del mismo. Este precepto es consecuencia de lo establecido en el art. 1554 del CC, que obliga al arrendador a hacer todas las reparaciones necesarias para conservar la cosa en estado de servir para el uso a que ha sido destinada. Las cantidades que, en su caso, deba satisfacer la Administración en concepto de canon de mantenimiento se fijarán separadamente de las constitutivas del precio del arriendo.

b. Duración del contrato de arrendamiento

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RDL 2/2000, derogada, establecía en su art. 14 la prohibición del pago aplazado y el límite máximo para el pago en los contratos de arrendamiento, con o sin opción de compra, de cuatro años, salvo acuerdo del Consejo de Ministros.

La LCSP en su art. 75.7 prohíbe el pago aplazado, salvo que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o con opción de compra, estableciendo en el art. 292, la exigencia de la autorización del Consejo de Ministros cuando estos contratos se concierten por un período superior a cuatro años²⁷; en todo caso, deberán tenerse en cuenta las normas contenidas en la LGP que, en su art. 47, señala que podrán adquirirse compromisos de gastos plurianuales, sin que el número de ejercicios a que puedan aplicarse los gastos excedan de cuatro, y ello, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Consejo de Ministros.

La Ley, por tanto, no establece un plazo de duración del contrato de arrendamiento, en general; precisamente, al regular el cálculo del valor de los contratos, el art. 76 establece que en los contratos de arrendamiento de duración igual o inferior a doce meses, el valor será el correspondiente al total del contrato y, si es superior a doce meses, su valor total; y si no se fija en relación con un tiempo determinado, será el valor mensual multiplicado por 48. De este modo la propia Ley está admitiendo plazo superior a doce meses en la duración del contrato, e incluso que el mismo venga determinado por otros factores distintos al tiempo.

El contrato de arrendamiento de naturaleza temporal, tendrá la duración determinada por el Órgano de Contratación, teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación, las características de su financiación y la nece-

²⁷ Se sigue aquí el artículo 12.2.b) del TRLCAP.

sidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, como expresamente señala el art. 23 de la LCSP.

En consecuencia, cuando se trate de contratos plurianuales en los que se modifiquen los porcentajes o el número de anualidades establecidas en el art. 47 de la LGP, se precisará de la autorización del Consejo de Ministros, previa a la aprobación del expediente, conforme determina el art. 292.1 b) de la LCSP.

En cuanto a la prórroga de estos contratos, el art. 23 establece con carácter general que el contrato podrá prever una o varias prórrogas, debiendo figurar el número máximo de prórrogas en el pliego o en el contrato; como norma especial para el contrato de arrendamiento, el art. 266 determina que no se admitirá la prórroga tácita y la prórroga expresa no podrá extenderse a un período superior a la mitad del contrato inmediatamente anterior. Por tanto, si en el contrato celebrado no se ha previsto la prórroga de modo expreso, no podrá prorrogarse el contrato y la Administración se verá obligada, en su caso, a iniciar un nuevo procedimiento contractual.

B. ARRENDAMIENTO FINANCIERO

El arrendamiento financiero es un contrato por el que una parte, entidad financiera, cede el uso de bienes muebles adquiridos con tal finalidad, a la otra parte, arrendatario o usuario, mediante el pago, por éste, de determinadas cuotas pactadas, y durante el tiempo convenido, pudiendo el usuario ejercitar la opción de compra.

La diferencia con el renting o leasing operativo es que este último no precisa que la sociedad arrendadora adquiera la propiedad del bien, ya que aquí dicha sociedad asume el riesgo de la inversión cediendo única y exclusivamente el uso del bien.

Por otra parte, no debemos confundir el arrendamiento financiero con los contratos de suministro que tengan por objeto la venta a plazos de productos, que tienen un tratamiento jurídico y régimen fiscal distinto, aun cuando puedan tener apariencias semejantes. En efecto, al regular el cálculo del valor estimado de los contratos, el art. 76.4 de la LCSP admite la posibilidad de su existencia al mencionar expresamente los contratos de suministro que tengan por objeto la venta a plazos de productos.

La jurisprudencia ha establecido pautas interpretativas derivadas del propio contrato, señalando que si el precio de la opción de compra es poco relevante, se estaría ante un contrato de compra venta con precio aplazado.

No obstante, la STS de 28-11-97, R.º 1308/1993, añade que en la interpretación de los contratos hay que tener en cuenta los preceptos del CC y, entre ellos, los arts. 1281 y siguientes, y otros factores interpretativos como la naturaleza de la sociedad financiera cedente y el propio contenido del contrato que pone de manifiesto la verdadera naturaleza del mismo, sin que pueda establecerse la conclusión de que se trata de un contrato de compraventa a plazos por el hecho de que la opción no supere una cuota mensual de amortización.

Caso de ejercitarse la opción y a diferencia del contrato de arrendamiento con opción de compra, debería incorporarse el bien como propio desde el inicio del arrendamiento, es decir como inversión.

En virtud del contrato de arrendamiento financiero, la entidad financiera ha de presentar su oferta relativa a un bien concreto, que tiene en su poder o que deberá adquirir, para ceder su uso y disfrute a la Administración contratante, caso de resultar adjudicatario, estableciendo la posibilidad de ejercer la opción de compra; como precio del contrato, percibirá durante la vigencia del mismo y en la forma determinada en los pliegos, las cantidades que hayan sido objeto de adjudicación.

No existe en nuestra legislación de contratos una regulación general del arrendamiento financiero, habiéndose incorporado esta figura por Ley 53/1999, de 18 de diciembre y posteriormente en la LCAP y, por tanto, hay que tener en cuenta las disposiciones recogidas en la propia LCSP²⁸ y las restantes normas de derecho privado. En este sentido la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, define el contrato de arrendamiento financiero, en su DA séptima:

Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario. Cuando por cualquier

²⁸ Art. 9, que lo incluye en el concepto del contrato de suministro; art. 75.7 admitiendo el pago aplazado del precio para estos contratos; el art. 77 prohibiendo la revisión de precios; y el art. 292 c) que exige la autorización, previa a la aprobación del expediente, del Consejo de Ministros, cuando su duración exceda de cuatro años.

causa el usuario no llegue a adquirir el bien objeto del contrato, el arrendador podrá cederlo a un nuevo usuario, sin que el principio establecido en el párrafo anterior se considere vulnerado por la circunstancia de no haber sido adquirido el bien de acuerdo con las especificaciones de dicho nuevo usuario.

La LCSP se refiere al arrendamiento financiero en su art. 9, considerándolo como contrato de suministro, a cuyas normas generales y a las específicas del art. 266, deberá ajustarse.

Hay que recordar que en los Pliegos no podrán mencionarse marcas, patentes o tipos, salvo que no sea posible hacer una descripción técnica precisa e inteligible, en cuyo supuesto habría que añadir la palabra «o equivalente».

En consecuencia, en los pliegos deberá definirse el objeto del contrato mediante características genéricas y prestaciones diversas.

Teniendo en cuenta que la capacidad de obrar de las personas jurídicas se mide por su objeto social y que sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas entre sus fines, objeto o ámbito de actividad, como determina el art. 46.1 de la LCSP, el contrato de arrendamiento financiero habrá de concertarse con una entidad financiera de las mencionadas en la Ley, únicas que tendrán capacidad de obrar y objeto social adecuado al contrato.

En este sentido la citada DA séptima de la citada Ley 26/1988, señala:

Las Sociedades de arrendamiento financiero tendrán como actividad principal la realización de operaciones de arrendamiento financiero. Con carácter complementario, y sin que les sea de aplicación el régimen fiscal específico previsto en esta disposición, también podrán realizar as siguientes actividades:

- a) Actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos.*
- b) Concesión de financiación conectada a una operación de arrendamiento financiero, actual o futura.*
- c) Intermediación y gestión de operaciones de arrendamiento financiero.*
- d) Actividades de arrendamiento no financiero, que podrán complementar o no con una opción de compra.*
- e) Asesoramiento e informes comerciales.*

Se faculta al Gobierno para regular, en lo no previsto en esta disposición, el régimen al que deban ajustar su actuación las Sociedades de Arrendamiento Financiero.

A partir del 1 de enero de 1990, las operaciones de arrendamiento financiero previstas en este artículo también podrán ser desarrolla-

das por las entidades oficiales de crédito, los Bancos, las Cajas de Ahorro, incluida la Confederación Española de Cajas de Ahorro, la Caja Postal de Ahorros y las Cooperativas de Crédito, cumpliendo en todo caso las condiciones previstas en esta norma legal y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen.

V. CONTRATACIÓN DE BIENES INFORMÁTICOS

La LCSP distingue en su art. 9.3 b) diversos contratos dentro del concepto de bienes informáticos, comprendiendo tres categorías fundamentales:

- a) La adquisición o arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información;
- b) la adquisición o arrendamiento de dispositivos y programas;
- c) la cesión del derecho de uso de los programas, a excepción de los programas desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

Según el art.191.1 LCSP, la competencia para adquirir equipos y sistemas para el tratamiento de la información y sus elementos complementarios o auxiliares, en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, tanto si se trata de contratación centralizada, como si los bienes no han sido declarados de adquisición centralizada, corresponde a la Dirección General de Patrimonio del Estado, oídos los departamentos u organismos interesados, salvo que el Ministro de Economía y Hacienda atribuya la competencia a otros órganos de la Administración General del Estado, y demás del sector público estatal, cuando el volumen o especiales circunstancias así lo aconsejen.

En consecuencia, los organismos que estimen que la contratación en un momento o circunstancias determinadas reúne alguna de estas exigencias, podrán iniciar procedimiento ante el Ministro de Hacienda, con las justificaciones pertinentes, solicitando la competencia para efectuar la contratación correspondiente.

Una excepción importante a la competencia concentrada en la DGPE, viene recogida en la DA cuarta de la Ley, que atribuye la competencia para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y elementos complementarios y auxiliares, que no hayan sido declarados de contratación centralizada, en sus ámbitos respectivos, al Ministro de Defensa y a las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social.

VI. CONTRATO DE FABRICACIÓN

El art 9 3 c) de la LCSP, dispone que el contrato de fabricación de cosas o bienes elaborados para la Administración, con arreglo a características peculiares fijadas por la entidad contratante, tendrá la consideración de contrato de suministro, con o sin aportación de materiales, efectuada conforme a las características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante²⁹.

En su art. 267, que tiene carácter básico, la Ley remite a las normas generales y especiales del contrato de obras para la regulación de estos contratos, pero dicha remisión tiene una primera limitación, ya que el Órgano de Contratación debe fijar en el pliego las normas específicas que, de entre las reguladoras del contrato de obras, vayan a serle de aplicación; y una segunda, porque las normas referentes a publicidad serán las establecidas en la Ley para el contrato de suministro, cuyos umbrales son menores y, en consecuencia, más exigentes, que en el contrato de obras, tanto en lo relativo al anuncio previo (art. 125 LCSP), como al umbral para delimitar los contratos sujetos a regulación armonizada (arts. 14 y 15 de la Ley) y la procedencia o no de su publicidad en el DOCE (art 126).

Los materiales aportados por la entidad contratante, quedarían bajo la custodia y responsabilidad del contratista, salvo que el pliego o el contrato dispongan lo contrario, y, en consecuencia, sería responsable de las pérdidas, averías y perjuicios sufridos por los mismos. La Administración podrá exigir garantías especiales, al amparo de lo establecido en el art. 83.2 de la LCSR.

Los contratos de fabricación que se celebren con empresas extranjeras, tal como recoge el art. 267.2 de la LCSP, siempre que su objeto se fabrique o proceda de fuera del territorio nacional o cuando se trate de suministros que celebre el Ministerio de Defensa con estas empresas, para ser ejecutados fuera del territorio nacional, se regirán por la LCSP, sin perjuicio de lo que pueda convenirse entre las partes, de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional.

En cuanto a los contratos menores de suministro de fabricación, resulta necesario delimitar el régimen jurídico ya que, si se aplican las normas

²⁹ Este precepto tiene su antecedente en los arts 83 y 84 de la Ley de Contratos de 8 de abril de 1965, que lo configuraba como un contrato de suministro en el que las cosas a entregar por el empresario debían ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas por la Administración, estableciendo que dichos contratos se regirían por las normas generales y especiales del contrato de obras determinado en los pliegos, por el Órgano de Contratación.

relativas al contrato de obras, el límite cuantitativo para calificar el contrato como contrato menor sería de 50.000 euros, en tanto que si se consideran aplicables las normas relativas a suministro, el límite máximo sería de 18.000 euros, a tenor de lo establecido en el artículo 122.3 de la LCSP. Si bien es cierto que la LCSP, señala que el régimen aplicable, salvo en lo relativo a publicidad, será el relativo al contrato de obras, la JCCA, ha señalado que el art. 176.1 de la Ley (hoy art. 267.1), superando su dicción literal, ha de ser objeto de una interpretación ajustada a su finalidad y a los antecedentes del precepto, en el sentido que las normas del contrato de obras aplicables al contrato de fabricación, serán sólo aquellas que lo permita la semejanza entre ambos tipos de contratos.

En este sentido la JCCA, con criterio restrictivo, entiende en su Informe 19/1999 de 30-6-99, que no es posible aplicar a los contratos de suministros menores de fabricación los límites del contrato de obras, porque habría de incorporarse necesariamente al pliego de cláusulas administrativas particulares inexistente en los contratos menores y, además, porque dicha aplicación sería contraria a la finalidad perseguida por el art. 176.1 de la antigua LCAP (hoy 267.1 LCSP) y supondría una desnaturalización del contrato de fabricación como verdadero contrato de suministro³⁰.

En cuanto a las facultades especiales que la Administración tiene para esta modalidad del contrato de suministros, es de significar que las facultades de dirección se extienden aquí, conforme establece el art. 271 de la LCSP, que no es precepto básico, a la inspección del proceso de fabricación o de la elaboración del producto; a ser informada de dicho proceso; a ordenar o realizar por sí misma los análisis, ensayos y pruebas de los materiales que se vayan a emplear; a establecer controles de calidad; y a cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido.

Asimismo respecto de la revisión de precios existe un régimen que resulta aplicable a ambos contratos en lo relativo a procedimiento, práctica y fórmula aplicable³¹. Respecto a la relación entre este contrato y el contrato de obras, existen en el RTRLCAP una serie de previsiones que

³⁰ Sin embargo, cabe entender que la LCSP se manifiesta en su literalidad de modo que no parece dejar dudas al establecer expresamente que a los contratos de fabricación *se les aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego*, por tanto, de no existir pliego, como sucede en los contratos menores, habría que aplicar las normas para determinar la cuantía del contrato menor de obras, de sentido mas congruente que la aplicación de las normas del contrato de suministro que solo son aplicables para regular la publicidad.

³¹ Artículos 104.1, 105.3, 106 y Anexo X del RTRLCAP.

se han de considerar vigentes a la vista de la LCSP en cuanto no se oponen a su contenido. El artículo 71.6. a), c) y e) establece la necesidad de que en el documento de formalización del contrato de suministro-fabricación se haga expresa referencia al proyecto o prescripciones técnicas que han de ser observadas en la fabricación, a la conformidad del contratista con el proyecto aprobado por el órgano de contratación, y al modo de llevar a cabo el órgano de contratación la vigilancia del proceso de fabricación.

En este apartado tendrá especial relevancia todo lo relativo a la ejecución del contrato de suministro-fabricación y a la posible responsabilidad del contratista en el desarrollo del mismo. A tal fin se aplicarán las normas especiales que, en relación al contrato de obras, se recogen en los artículos 213 y 214 de la LCSP.

De acuerdo con dichos preceptos, el contrato se ejecutará con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato, y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieren al contratista el Director facultativo, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia. Asimismo, cuando las instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible, para que sean vinculantes para las partes. En todo caso, a tenor de lo previsto específicamente para este contrato de suministro en el artículo 198.1 y 2 de la LCSP, será obligación del contratista indemnizar los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma.

Respecto a las prerrogativas de las Administraciones Públicas y como complemento de lo previsto en los artículos 194 y 195 de la propia LCSP, el artículo 271 establece que éstas tienen la facultad de inspeccionar y de ser informadas del proceso de fabricación o elaboración del producto que haya de ser entregado como consecuencia del contrato, pudiendo ordenar o realizar por sí misma análisis, ensayos y pruebas de los materiales que se vayan a emplear, establecer sistemas de control de calidad y dictar cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido.

VII. UMBRAL DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA

Tratándose de suministros en el ámbito de la Administración Pública la importancia de que el contrato esté sujeto o no a esta regulación estriba en la obligación prevista en el art. 126.1 párrafo segundo de que la licitación de los armonizados ha de publicarse obligatoriamente en el DOCE.

El art. 15 de la LCSP señala que están sujetos a regulación armonizada los contratos de suministro cuyo valor estimado, sin incluir el IVA, sea igual o superior a las siguientes cantidades:

a. 133.000 euros cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social.

Cuando los órganos de contratación pertenezcan al Ministerio de Defensa, este umbral sólo se aplicará a los contratos de suministro que tengan por objeto los productos enumerados en el Anexo III de la Ley.

b. 206.000 euros cuando se trate de contratos de suministro, distintos por razón del sujeto contratante o por razón de su objeto, de los señalados en el apartado anterior.

El apartado 2 del citado art. 15, señala que, en el supuesto del art. 76.8, referido al cálculo del valor estimado de los contratos para los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida el suministro iguale o supere las cantidades indicadas anteriormente, se aplicarán las normas de regulación armonizada a la adjudicación de cada lote y que podrá excepcionarse de dicha exigencia a los lotes que no excedan de 80.000 euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados, no sobrepasen el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos.

VIII. SOLVENCIA TÉCNICA Y PROFESIONAL EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO (Especialidades de este tipo de contrato en cuanto a los medios para acreditarla)

Esquemáticamente, los medios para acreditar dicha solvencia en estos contratos son los siguientes:

1. Relación de los principales suministros realizados durante los últimos tres años mediante certificaciones de buena ejecución.
2. Declaración de medios y/o unidades técnicas responsables del control de calidad.

3. Descripción de las instalaciones técnicas.
4. En su caso, control efectuado por entidad del sector público contratante.
5. Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar.
6. Certificados expedidos por los servicios oficiales encargados del control de calidad.

Veámoslos a continuación con más detalle. El artículo 66 de la LCSP, establece que en los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios se acreditará por uno o varios de los siguientes medios:

1. RELACIÓN DE SUMINISTROS EFECTUADOS

a) *Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.*

La relación de suministros deberá efectuarla el licitador, utilizando los modelos que, a tal efecto, puedan establecerse en los pliegos y, en caso contrario, haciendo la necesaria referencia a las fecha del suministro, su importe y separando debidamente los suministros públicos y privados. La norma exige además la acreditación de dichos suministros mediante la presentación de certificados, en el caso de suministros públicos, expedidos por el Órgano de Contratación o representante de la Administración contratante, certificados no exentos de dificultades para su obtención, por lo que debería arbitrarse la posibilidad de suplirlos por otros documentos, como las copias de contratos e incluso por una declaración del licitador que la Administración podría comprobar por procedimientos internos; en el supuesto de suministros privados, bastará un certificado expedido por el comprador o, en su defecto, una declaración formal del empresario.

2. INDICACIÓN DEL PERSONAL O UNIDADES TÉCNICAS

b) *Indicación del personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución del contrato, especialmente los encargados del control de calidad.*

La Directiva 2004/18, recoge en su art. 48.2.b) como medios para comprobar y evaluar la capacidad técnica, la relativa al personal técnico u organismos técnicos integrados o no en la empresa y especialmente la relación del personal responsable del control de calidad.

3. INSTALACIONES, MEDIDAS Y MEDIOS

c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

Se refiere a esta letra, el art. 48.2 c) de la Directiva 2004/18, con igual texto al recogido por la LCSP:

4. CONTROL DE LA CAPACIDAD Y MEDIOS

d) Control efectuado por la entidad del sector público contratante o, en su nombre, por un organismo oficial competente del Estado en el cual el empresario está establecido, siempre que medie acuerdo de dicho organismo, cuando los productos a suministrar sean complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin particular. Este control versará sobre la capacidad de producción del empresario y, si fuera necesario, sobre los medios de estudio e investigación con que cuenta, así como sobre las medidas empleadas para controlar la calidad.

Este apartado del artículo 66 de la LCSP establece el control de calidad como medio de acreditar la solvencia y el artículo 134 señala la calidad como uno de los criterios de valoración de ofertas para la adjudicación del contrato.

Por tanto, para delimitar el concepto entre lo que deba ser criterio de solvencia o de valoración, hay que estar a los propios preceptos y, en tal sentido, la solvencia viene referida al control sobre la capacidad de producción del empresario y, si fuera necesario, sobre los medios de estudio e investigación de conformidad de los productos con especificaciones o normas, así como las medidas específicas empleadas para controlar la calidad y no sobre la propia calidad vinculada al objeto, que constituye criterio de valoración.

En consecuencia, para acreditar la solvencia técnica podrán utilizarse las medidas que el empresario haya podido establecer para controlar y garantizar la calidad de sus productos; en tanto que, como criterio de valo-

ración, podrá utilizarse la calidad misma, determinándolo todo ello en los pliegos con la suficiente precisión.

Utilizar como criterio de adjudicación un mayor número de elementos personales y materiales que los exigidos en el pliego como elemento de aptitud y solvencia no contradice las Directivas comunitarias ni la interpretación de las mismas realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, fundamentalmente en su Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (asunto C-31/1987), porque, según entiende esta sentencia, la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación de los contratos son dos fases diferentes, regidas por normas también diferentes debiendo utilizarse en la primera uno o varios de los criterios de selección cualitativa enumerados en las Directivas y en la segunda criterios objetivos, dado que la enumeración de las Directivas no es exhaustiva y siempre que no atribuyan a los poderes adjudicadores una libertad incondicional de selección.

Además y para que no se produzca discriminación entre licitadores, los criterios de adjudicación deberán ser previamente objeto de publicidad en los pliegos o en los anuncios.

A idéntica conclusión debe llegarse desde el punto de vista de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, dado que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene preceptos idénticos o muy similares a los de las Directivas comunitarias.

También por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que en los contratos de suministro de vestuario y determinado material policial a celebrar por la Dirección General de la Guardia Civil, determinadas características de las muestras exigidas pueden utilizarse como criterios de solvencia técnica y otras distintas de las mismas muestras, como reflejo de la calidad, como criterios de adjudicación siempre que ambos tipos de criterios sean objeto de la debida publicidad en los pliegos o en los anuncios.

5. MUESTRAS, DESCRIPCIONES Y FOTOGRAFÍAS DE LOS PRODUCTOS

e) Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante.

En los pliegos podrá exigirse que el licitador aporte con la documentación o durante el desarrollo del procedimiento, además de las propias muestras, la certificación bastante, que acredite la autenticidad de las muestras, descripciones o fotografías, con los productos a suministrar.

La STJCE de 19-6-03, (C-315/01123) señala la posibilidad de exigir la presentación de muestras o fotografías de los productos que han de suministrarse, que la Directiva sobre suministros 93/36 admite como prueba de la capacidad técnica, pero entiende que excedería de dicha posibilidad la exigencia de que la entidad adjudicadora pueda comprobar los propios productos objeto de adjudicación en un lugar determinado. En definitiva, tal como señala esta sentencia, en el marco de un contrato público de suministro puede exigirse a los licitadores la presentación de muestras, descripciones o fotografías, pero las Directivas se oponen a que los criterios de solvencia puedan utilizarse como criterios de adjudicación, y, singularmente, la exigencia de que el poder adjudicador tenga a su disposición los productos, objeto de la oferta, dentro de un radio determinado alrededor de su sede.

6. CERTIFICADOS Y EVALUACIÓN

f) Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas.

g) En los contratos de suministro que requieran obras de colocación o instalación, la prestación de servicios o la ejecución de obras, la capacidad de los operadores económicos para prestar dichos servicios o ejecutar dicha instalación u obras podrá evaluarse teniendo en cuenta especialmente sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad.

En este sentido y de igual modo, los pliegos deberán determinar las formas y documentos necesarios para acreditar los conocimientos técnicos, experiencia y fiabilidad.

Finalmente, tal como señala el art. 53.1 de la LCSP, en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación. Asimismo, el art. 53.2, faculta a los órganos de contratación a determinar en los pliegos la obligación y el compromiso del contratista de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales o personales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos de resolución de contrato del art. 206 g), o establecer penalidades para el caso de su incumplimiento, conforme al art 196.1, ambos de la LCSP.

IX. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A. SUPUESTOS GENERALES

Conforme se establece con carácter general en el art. 122 de la LCSP la adjudicación del contrato de suministro se realizará ordinariamente por el procedimiento abierto o el procedimiento restringido.

El procedimiento negociado podrá utilizarse en los casos previstos en el art. 154 que regula los supuestos generales³² y en el art. 157 que determina los supuestos especiales para el contrato de suministro.

³² Con carácter general, el procedimiento negociado podrá ser con publicidad o sin publicidad.

Serán objeto de **publicidad** previa (art. 161 LCSP) los contratos que se encuentren en alguno de los dos supuestos previstos en las letras a) y b) del art. 154, es decir:

a) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables, por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el art. 103, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.

b) En casos excepcionales, cuando se trate de contratos en los que, por razón de sus características o de los riesgos que entrañen, no pueda determinarse previamente el precio global.

En el supuesto de ofertas irregulares o inaceptables a que alude el apartado a), no será necesaria la publicación del anuncio cuando se admitan en la negociación a todos los licitadores y solo a ellos, que en el procedimiento precedente hubiesen presentado ofertas que cumplan los requisitos formales.

En los restantes procedimientos negociados establecidos en la Ley, distintos de los anteriores transcritos, no será necesaria la publicidad de la licitación, asegurándose la concurrencia mediante la solicitud de al menos tres ofertas a empresas capacitadas para realizar el objeto del contrato, siempre que ello sea posible (art. 162.1 LCSP).

En estos supuestos de procedimiento negociado sin publicidad, deberán observarse las normas sobre delimitación del objeto de negociación y las de negociación de los términos del contrato, a que luego nos referiremos.

De acuerdo con lo que determina el art. 154 letras c) a g) de la LCSP, los contratos que celebren las Administraciones públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado **sin publicidad**, en los siguientes casos:

c) Cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente. Tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada, se remitirá un informe a la Comisión de las Comunidades Europeas, si ésta así lo solicita.

d) Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato solo pueda encomendarse a un empresario determinado.

e) Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el art. 96.

El diálogo competitivo podrá instrumentarse, conforme al art. 164, en el caso de contratos complejos cuando el Órgano de Contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios o especificaciones técnicas necesarias que permitan satisfacer sus necesidades u objetivos.

B. SUPUESTOS ESPECIALES QUE PERMITEN EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO

La LCSP en el art. 157 señala que, además de los supuestos de carácter general establecidos en el art. 154, los contratos de suministro podrán adjudicarse mediante el procedimiento negociado en los casos siguientes, ninguno de cuyos supuestos está incluido en la excepción establecida para los anuncios de licitación en el art. 161.1, por lo que no están sometidos a publicidad.

a) Cuando se trate de la adquisición de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, previa su valoración por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español u organismo reconocido al efecto de las Comunidades Autónomas, que se destinen a museos, archivos o bibliotecas.

b) Cuando los productos se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo; esta condición no se aplica a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo

El presente apartado se corresponde con el apartado b) del art. 182 de la derogada LCAP, tratando de simplificar las contrataciones de suministros necesarios para investigación, experimentación, estudio o desarrollo llevado a cabo por organismos o Instituciones oficiales, dentro de su ámbito.

c) Cuando se trate de entregas complementarias efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas

f) Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el art. 13.2.d).

g) Cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del art. 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá, por regla general, ser superior a tres años.

Este apartado, que venía recogido en la legislación anterior, atiende a criterios racionales de la propia contratación, por encima de principios que, como el de la libre concurrencia, deben conjugarse con el de la racionalidad. No obstante, a fin de evitar extralimitaciones, se establece que la duración de estos contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá, por regla general, ser superior a tres años.

d) Cuando se trate de la adquisición en mercados organizados o bolsas de materias primas de suministros que coticen en los mismos. Se introduce este nuevo apartado, de acuerdo con el art. 31.2 c) de la Directiva 2004/18, para recoger la realidad de las adquisiciones efectuadas en mercados organizados, mercados de futuros y de opciones y bolsas de materias primas.

e) Cuando se trate de un suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, o con los administradores de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza.

Este apartado tiene su precedente en el art. 31.2 d) de la Directiva 2004/18, y pretende situar al sector público en igualdad de condiciones con otros compradores, a fin de que pueda beneficiarse de condiciones especialmente ventajosas para la adquisición de productos de un empresario que cese en sus actividades o mediante operaciones que puedan concertarse con la administración de un concurso, a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza; de otro modo, el sector público se vería en situación de clara desventaja si, para estas contrataciones, tiene que observar las formas y procedimientos normales de contratación previstos en la norma, pero conviene introducir las necesarias cautelas, principalmente en el supuesto de cese de actividades, dejando constancia en el expediente, a efectos de posible revisión, de las especiales condiciones de la contratación, en relación con las existentes en el mercado.

f) En todo caso, cuando su valor estimado sea inferior a 100.000 euros.

Se trata de un supuesto de contrato no sujeto a regulación armonizada, en razón de su cuantía, que habrá de calcularse, conforme a lo dispuesto en el art. 76 de la LCSP, por el importe total del contrato, sin incluir IVA.

Hay que recordar que de modo singular la Ley establece que si la cuantía del contrato excede de 60.000 euros, deberá anunciarse el procedi-

miento en el *BOE* (art. 126.1), conforme exige el art. 161.2, publicación que podrá ser sustituida por la de los diarios o boletines oficiales respectivos cuando se trate de contratos de las CC.AA., entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas. Como el anuncio de estos procedimientos debe publicarse en el perfil de contratante, esta publicidad podrá sustituir a la que deba efectuarse en el *BOE* o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales, por así disponerlo de modo expreso el art. 126.4 de la LCSR.

X. EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

A. ENTREGA Y RECEPCIÓN MATERIAL

El art. 268-1.º de la LCSP, de carácter básico, ya que no lo son los apartados 2.º y 3.º, señala la obligación del contratista de entregar los bienes objeto del suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas³³.

Ahora bien, la Ley distingue dos momentos en la entrega de los suministros: el de la entrega material de los bienes objeto del contrato del art. 268 y el de la recepción formal, que con carácter general y para todos los tipos de contratos determina el art. 205 de la Ley y que deberá efectuar la Administración dentro del mes siguiente a la entrega de los bienes.

Con la entrega material de los bienes, a que se refiere el art. 268, nacen obligaciones y derechos, con independencia de la recepción formal, que es, en definitiva, una facultad de la Administración limitada en el tiempo.

Por otro lado conviene recordar aquí que si el contratista se encuentra obligado a entregar los bienes en la forma y plazos establecidos, esto supone, consecuentemente, la obligación de la Administración de recibirlos, pudiendo aquél realizar las actuaciones y requerimientos oportunos para que la Administración reciba los bienes³⁴.

³³ Se sigue aquí el criterio general del art. 1091 del CC que determina que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.

³⁴ Como ha señalado la STSJ de Castilla y León de 15-03-OS, R.º 1771/2000, citando la del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1987, a la hora de interpretar y aplicar los preceptos relativos a la entrega y recepción hay que tener en cuenta que no es admisible que los plazos se dilaten, pudiendo indagarse sobre algún hecho concluyente del que pueda deducirse que a recepción tácita se ha producido, porque ni la entrega ni la recepción pueden quedar diferidas a la libre y arbitraria voluntad de la Administración.

El art. 268.3 de la LCSP determina la posibilidad de que la recepción formal sea posterior a la entrega de los bienes, de acuerdo con las condiciones fijadas en el pliego, en cuyo supuesto, la Administración será responsable de la custodia de los mismos durante el tiempo que medie entre una y otra.

La tenencia de los bienes por la Administración, antes de la recepción formal, no puede identificarse con el depósito porque las características exigibles, principalmente la restitución de los bienes, no se cumple en el mismo; y, por otro lado, no estamos ante cosas ajenas, sino de bienes entregados con la voluntad de transmitirlos a la Administración contratante.

Si los suministros se han entregado a la Administración con anterioridad a que esta efectúe la recepción formal, hay que entender que ésta asumirá las responsabilidades por las pérdidas, averías o perjuicios de los suministros materialmente entregados.

Las situaciones, por tanto, en las que podríamos resumir los distintos supuestos de entrega y responsabilidades en los contratos de suministro, a la luz de lo previsto por los distintos apartados del art. 268 LCSP, serían los siguientes:

a) Perfeccionado y formalizado el contrato, sin realizar la entrega de bienes

Los riesgos serán asumidos por el contratista, quien no tendrá derecho a indemnización alguna por pérdidas, averías o perjuicios; si los suministros se pierden por causa de fuerza mayor debidamente probada, sin culpa del contratista y antes de incurrir en mora, no podrá exigírsele al adjudicatario responsabilidades por incumplimiento del contrato.

b) Perfeccionado y formalizado el contrato y ofrecidos formalmente los bienes a la Administración para su entrega en el lugar convenido

Si la Administración no los recibe, dentro del marco de las obligaciones contractuales, podrá incurrir en mora *accipiendi* a partir del requerimiento o intimación del contratista, que exige el art. 1100 del CC. La Administración responderá de las pérdidas, averías y perjuicios de la mercancía, salvo culpa o negligencia del contratista e incluso de los gastos de depósito.

c) Entregados los bienes y pendiente del acta de recepción formal

Los daños sufridos por los bienes objeto del contrato y entregados a la Administración contratante, serán de cuenta de ésta.

d) Entregados los bienes y efectuada el acta de recepción formal

En estos supuestos la responsabilidad del contratista se limitará a los vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía fijado en los pliegos o en el contrato, respondiendo de los mismos la garantía definitiva que, en su caso, se hubiera constituido, conforme determina el art 88 d) de la LCSP.

Si los bienes no se hallan en estado de ser recibidos, el art. 273.2, que no tiene carácter básico, establece la obligación de la Administración de hacerlo constar en el acta de recepción, dando instrucciones al contratista para que subsane los defectos o para que proceda a un nuevo suministro.

De no efectuarse estos reparos u observaciones por la Administración en el plazo establecido, habrá que entender que existe conformidad con el suministro realizado³⁵.

Los gastos de entrega y transporte de los bienes objeto del suministro, salvo que expresamente se haya pactado lo contrario, serán de cuenta del contratista, como determina el art. 273.1 de la LCSP, precepto no básico, coincidente con lo dispuesto en el art. 338 del CCo.

B. PÉRDIDAS, AVERÍAS Y PERJUICIOS

Los riesgos inherentes a la posesión de los bienes objeto del contrato se encuentran regulados en el apartado 2.º del art. 268 de la Ley, al establecer que el adjudicatario no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de su entrega, precepto que tiene su precedente en la legislación común, en el art. 1094 del CC que señala que el obligado a entregar alguna cosa lo está también para conservarla con la diligencia de un buen padre de familia.

³⁵ La STSJ de Valencia de 22-04-05, R.º 1165/2002, entiende que una vez efectuada la entrega material y expedida la factura del suministro, la Administración cuenta con un mes para aceptar o rechazar el objeto suministrado, a través del acta de recepción formal.

Ahora bien, si la Administración no recibe los bienes que le ofrece el contratista dentro de lo establecido en los pliegos o en el contrato, incurrirá aquella en mora *accipiendi*, y será responsable de los pérdidas, averías y perjuicios originados en los suministros no recibidos (art. 268.2). La mora *accipiendi* se rige por los principios generales de la mora; a tal efecto el contratista que dentro de los plazos establecidos, quiera proceder a la entrega de los bienes y no sean admitidos por la Administración, deberá requerir a ésta para que acepte la entrega, a los efectos establecidos en el art. 1100 del CC, iniciándose así, y desde la intimación, la mora de la Administración.

Como caso especial para bienes o productos perecederos, el apartado 4.º del art. 268, que tiene carácter básico, determina la responsabilidad de la Administración respecto a la gestión, almacenamiento, uso o caducidad de estos bienes cuando hayan sido entregados por el contratista sin perjuicio de la responsabilidad de éste por los posibles vicios o defectos ocultos que pudieran tener los bienes entregados y que la Administración deberá constatar y comunicar al contratista, a efectos de que éste pueda alegar, en su caso, lo que considere adecuado a los posibles vicios o a sus causas.

Cuando en los pliegos o en el contrato se establece un plazo máximo de entrega por parte del contratista, quiere ello decir que dentro del mismo el adjudicatario tiene la obligación de entregarlos, pero también tiene el derecho a la entrega, de modo que puede exigir a la Administración la recepción material de los bienes, trasladando a ésta la responsabilidad por dicha tenencia material. Dentro de los posibles perjuicios por la no recepción material, el contratista tendrá derecho a reclamar el importe y los costes de almacenamiento.

C. FUERZA MAYOR

La LCSP no establece para el contrato de suministro un precepto análogo al art. 214 que prevé para los contratos de obras, las situaciones de fuerza mayor y sus efectos, dentro de cuyo concepto se recogen taxativamente, los incendios causados por electricidad atmosférica, los fenómenos naturales catastróficos, y los daños causados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público; o al art. 241, al regular el mantenimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obra pública, cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración originen de forma directa la rotura sustancial de la economía de la concesión.

El problema acerca de la admisibilidad en este contrato de la fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad en los términos en que se encuentra admitida para el contrato de obras ha sido resuelto por la doctrina en el sentido de descartarla toda vez que la inclusión de los supuestos típicos de la fuerza mayor responde a la necesidad de evitar un encarecimiento innecesario de la contratación por vía de repercusión en el precio contractual de las primas de los seguros que, en otro caso, se vería obligado a contratar el contratista para cubrir los riesgos correspondientes³⁶. Sin embargo, por la misma razón, se llega a la conclusión justamente contraria en el supuesto de los suministros de fabricación, pues a éstos se les aplicarán las reglas del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el Pliego.

Por tanto, en el contrato de suministro, no son de aplicación las causas de fuerza mayor establecidas en la Ley para el contrato de obras, o el de concesión de obras públicas, al no recogerlo expresamente el texto legal y, además, porque resulta incongruente con la naturaleza del propio contrato que, generalmente, supone la entrega de bienes, al contrario del contrato de obras o de concesión, en cuyo desarrollo pueden surgir acontecimientos imprevisibles e inevitables que influyan negativamente en la ejecución del contrato y aconsejan indemnizar al contratista por los daños y perjuicios originados.

Con independencia de ello, será de aplicación lo dispuesto en el art. 1182 del CC, antes citado, respecto a la pérdida de los bienes objeto del suministro por causa de fuerza mayor, no entregados por el contratista y sin que éste haya incurrido en mora, que extingue la obligación y, consecuentemente, la Administración no podría exigir responsabilidades, al no tratarse de un supuesto de incumplimiento culpable a que alude el art. 208.4 de la LCSP.

Si el contratista hubiera cumplido con parte del contrato y no con la totalidad del mismo, por la concurrencia de causas de fuerza mayor, tendría derecho a percibir el importe del suministro parcial efectuado a los precios fijados en el contrato, sin que sea admisible, por ser contrario a los principios de la contratación y al enriquecimiento injusto, ampararse en dicho incumplimiento parcial para no pagar los suministros efectuados, salvo que proceda la devolución de los entregados, por responder la totalidad del contrato, a una exigencia o unidad funcional, no divisible.

³⁶ En este sentido se pronuncian SOSA WAGNER en *El contrato de suministro...* Op cit. Pag. 186 y E. GARCÍA DE ENTERRÍA en «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo». *RAP* n.º 50.

En cuanto al contrato de fabricación, siendo así que el art. 267 de la LCSP dispone la aplicación al mismo de las normas generales y especiales relativas al contrato de obras, deberá ajustarse en casos de fuerza mayor, a los supuestos legales establecidos en el artículo 214 citado, para tener derecho a percibir los daños y perjuicios que se le hayan podido originar.

XI. PAGO DEL PRECIO

A. ABONO DE LOS SUMINISTROS RECIBIDOS

El art. 269, de carácter básico, especifica que el adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración, con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato.

La recepción formal es un derecho que permite a la Administración constatar y comprobar formalmente los suministros efectuados, dentro del plazo de un mes, fijado expresamente por la propia Ley en su art. 205, al establecer que la recepción o conformidad se efectuará dentro del mes siguiente a la entrega o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares en razón de las características de aquellos.

Ahora bien, tal como determina el art. 1115 del CC, es nula la obligación cuando el cumplimiento de la condición dependa exclusivamente del deudor y si la Administración no utiliza su facultad dentro del plazo fijado, las consecuencias no pueden recaer en el contratista, por lo que habrá que entender efectuada tácitamente la recepción formal.

Por otra parte, de la interpretación conjunta de los artículos 200.4 y 205.4 así como la DF 7.^a, en los contratos de suministro, la Administración cuenta con el plazo máximo de un mes desde la entrega material, para efectuar el acta de recepción formal; transcurrido éste, tiene otro mes para acordar y notificar al contratista la liquidación del contrato, y proceder al pago correspondiente; y transcurrido éste sin que se haya efectuado el pago, el contratista tendrá derecho además a los intereses de demora y a los costes de cobro, en su caso.

B. REVISIÓN DE PRECIOS

Al contrario de lo que sucedía en la Ley de Contratos del Estado de 1965 y la legislación especial contenida en el Decreto-Ley 2/1964, de 4 de

febrero y Decreto 461/1971, de 11 de marzo, sobre inclusión de cláusulas de revisión de precios en los contratos que sólo la admitía para el contrato de obras, la Ley 13/1993 en su art. 103, generalizó la revisión de precios a todos los contratos regulados en la misma, exigiendo como requisitos la ejecución del 20 por 100 de su importe y el transcurso de un año desde su adjudicación.

La LCSP, en su art. 77 de carácter básico, reconoce esta posibilidad con carácter general para todos los contratos, a excepción de los contratos de arrendamiento financiero o arrendamiento con opción a compra, y de los contratos menores, o cuando la improcedencia de la misma se haya previsto en los pliegos o pactado en el contrato; en los pliegos o en el contrato se determinará la fórmula o sistema de revisión aplicable.

Con las exigencias establecidas en la Ley, el transcurso de un año y el 20 por 100 de ejecución, la revisión de los contratos de suministro sólo podría tener eficacia práctica, en los contratos de tracto sucesivo, en los que, para determinar el importe del contrato al que habrá que aplicar el porcentaje indicado, deberá capitalizarse, en su caso, el importe de la garantías definitivas o aplicar el porcentaje sobre el límite cuantitativo del contrato. El supuesto general lo contempla el art. 9.3 a) de la LCSP, de entrega por el empresario de una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato.

Cuando se trate del contrato de fabricación y sea procedente la revisión de precios, se aplicará la fórmula prevista en el pliego.

C. PAGO EN METÁLICO Y EN OTROS BIENES

El art. 270 LCSP, que no tiene carácter básico, regula la posibilidad del pago en metálico y en bienes, cuando razones técnicas o económicas debidamente justificadas en el expediente lo aconsejen.

En tal sentido podrá determinarse que el pago del precio total de los bienes a suministrar consista parte en dinero y parte en otros bienes, que deberán ser de la misma clase que los que sean objeto de suministro, y cuyo límite cuantitativo no podrá superar el 50 por 100 del precio total³⁷.

³⁷ El CC en su art. 1446 establece que si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención de los contratantes, teniéndose por permuta si el valor de la cosa dada excede al dinero y de venta en caso contrario; de ahí que la LCSP en su art. 270, establezca el límite del 50 por 100 para la calificación del contrato como de suministro, a fin de armonizar el precepto con las exigencias de la legislación civil.

El compromiso de gasto se limitará al importe neto del pago en dinero, estableciendo expresamente el precepto que no será de aplicación lo dispuesto en el art. 27.4 de la Ley General Presupuestaria, ni el art. 165.3 de la Ley de Haciendas Locales o análogas regulaciones contenidas en las normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, alterando así el principio general de universalidad presupuestaria, que determina que los derechos liquidados y las obligaciones reconocidas se aplicarán por su importe íntegro.

Conforme señala el art. 270.2, la entrega de los bienes por parte de la Administración, se acordará por el Órgano de Contratación por el mismo procedimiento que ha de seguirse para la adjudicación del contrato de suministro y dicho acuerdo de entrega, adoptado en el propio acuerdo de adjudicación, implicará, por sí solo, la baja en el inventario y, en su caso, la desafectación de los bienes.

No parece ofrecer dudas que este último aspecto constituye la motivación y una de las verdaderas finalidades que se pretenden con la utilización de esta forma de pago, como esquema válido y nueva vía para permitir de modo automático la baja en el inventario de bienes determinados o de escaso valor residual (inferior al 25 por 100 del precio de adquisición, que es el porcentaje para determinar la obsolescencia de un bien) y su desafectación como bien público, al margen de las exigencias de procedimiento, establecidas en la Ley de Patrimonio para enajenación de bienes muebles y derechos de propiedad incorporal.

Finalmente en el art. 270.3, se introduce, como elemento económico obligado de valoración de las ofertas regulada con carácter general en el art. 134 de la Ley, el importe que del precio total del suministro corresponda a los bienes entregados, y que deberá consignarse expresamente por el licitador en su oferta, debiendo, a tal efecto, el Órgano de Contratación consignar en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, la ponderación de dicho criterio.

XII. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

El art. 272 de la LCSP, de carácter básico, establece como causas especiales de modificación del contrato de suministro, las de aumento, reducción o supresión de las unidades o la sustitución de unos bienes por otros, aunque las modificaciones fueran sucesivas, siempre que los mismos estén comprendidos en el contrato.

Las modificaciones acordadas por la entidad contratante obligarán al contratista. No obstante, como señala el art. 275 c), al que se remite el propio

precepto *in fine*, el contratista no vendrá obligado a aceptar las modificaciones del contrato que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones que superen el 20 por 100 del precio del contrato, con exclusión del IVA, o representen una alteración sustancial del mismo, en cuyos supuestos podrá potestativamente instar la resolución del contrato o aceptar la modificación³⁸.

A las ampliaciones se le aplicarán los precios unitarios del contrato o resultantes del mismo; en la supresión o reducción del suministro, el contratista no tendrá derecho al lucro cesante ni a ser indemnizado; cuando la modificación implique causa de resolución y se resuelva el contrato, tendrá derecho a las indemnizaciones correspondientes y al lucro cesante.

En todo caso, y conforme a lo previsto en el art. 195.3 de la LCSP, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las CC.AA., en las modificaciones de contrato cuando la cuantía conjunta o aisladamente sea superior al 20 por 100 del precio primitivo del contrato y éste sea superior a seis millones de euros.

XIII. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

A. CAUSAS DE RESOLUCIÓN

El art. 275 de la LCSP de carácter básico, determina las siguientes causas especiales³⁹ de resolución del contrato de suministro:

³⁸ En el régimen general la Ley contiene algunos requisitos más para la viabilidad de las modificaciones contractuales que conviene tener en cuenta. En efecto, el art. 202 parte de que el contrato esté perfeccionado y siempre, que afecte a elementos que integran el mismo sin modificar sus condiciones esenciales, que *existan* razones de interés público y que las causas para contratar sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, todo lo cual deberá justificarse debidamente en el expediente y recogerse en los pliegos y en el documento contractual; las modificaciones deberán formalizarse en documento administrativo, dentro de los diez días hábiles a contar desde el siguiente a la notificación de la modificación. A fin de que esta prerrogativa de la Administración tenga un carácter, en cierto modo reglado, el art. 202.2 de la LCSP exige para poder modificar el contrato que tal posibilidad y las condiciones en que podrá producirse, se encuentren recogidas en los pliegos y en el documento contractual, sin cuyo requisito, no podrá modificarse el contrato. La segunda limitación viene contenida en el art. 202.1 al determinar que cuando se trate de ampliaciones del objeto del contrato, que no puedan integrarse en el proyecto inicial, mediante una corrección del mismo, o que consistan en una prestación nueva de aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer necesidades nuevas, deberá contratarse de forma separada, aunque podrán utilizarse el régimen de contratación de obras complementarias, previsto en el art. 155 b) y el régimen de contratación complementaria de servicios del art. 158 b), por el procedimiento negociado sin publicidad.

³⁹ El art. 206 de la LCSP⁶¹, que es precepto básico, establece como causas generales de resolución del contrato:

a) La suspensión, por causa imputable a la Administración, de la iniciación del suministro, por plazo superior a seis meses contados a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega, salvo que el pliego establezca otra menor.

b) El desistimiento o la suspensión del suministro por plazo superior a un año, acordada por la Administración, salvo que el pliego señale otra menor⁴⁰.

c) Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial de la prestación inicial.

Las modificaciones del contrato en más o en menos al 20 por 100 del importe del mismo, constituye una causa de resolución, pero no la resolución misma, por lo que el contratista podrá instar o no la resolución del contrato, facultad que la Ley también otorga expresamente, en este supuesto, a la propia Administración.

Esta facultad en poder de la propia Administración, para instar la resolución del contrato, que le otorga el art. 207.2 de la LCSP, debe utilizarse motivadamente para no convertirla en instrumento de desviación, que permita la resolución del contrato de modo unilateral sin justa o legal causa, porque es precisamente aquella, la que puede introducir o acordar las modificaciones.

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el art. 202.3.

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

d) La no formalización del contrato en plazo.

e) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, y el incumplimiento del plazo señalado en la letra d) del apartado 2 del art. 96.

f) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del art. 200, o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.

g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

h) Las establecidas expresamente en el contrato.

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

⁴⁰ La renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento, vienen regulados con carácter general en el art. 139 de la LCSP.

B. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

El art. 276 regula los efectos de la resolución para el contrato de suministro estableciendo, en su apartado 1, de carácter básico, que la resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, deberá ésta abonar el precio de los bienes entregados y recibidos de conformidad⁴¹.

Conforme establece el art. 276.2 de la LCSP, que no tiene carácter básico, en los supuestos en los que la iniciación del suministro se demore, por causa imputable a la Administración, por más de seis meses y se opte por la resolución, el contratista sólo tendrá derecho a percibir una indemnización del 3 por 100 del precio de la adjudicación.

De este modo, con independencia de lo establecido en su apartado primero, de recíproca devolución de los bienes y pagos realizados, que tiene carácter general, este apartado establece una indemnización de tipo legal que abarcaría tanto el lucro cesante, como el resto de daños y perjuicios, pero limitada al porcentaje establecido y siempre que se haya procedido a la resolución el contrato, por la causa prevista en el apartado a) del art. 275.

Finalmente, en el supuesto previsto en el apartado 3.º del art. 276, no básico, de desistimiento o suspensión del suministro, por parte de la Administración, por plazo superior a un año, el contratista tendrá derecho al 6 por 100 del precio de las entregas dejadas de realizar, en concepto de beneficio industrial.

Determina así la ley una indemnización por lucro cesante, para los contratos de suministro ya iniciados y que, por parte de la Administración, se hayan suspendido o desistidos de continuar, por plazo superior a un año y siempre que se haya resuelto el contrato, en base a lo establecido en el art. 275 b) de la LCSP.

⁴¹ El art. 208 de la LCSP regula con carácter general los efectos de la resolución del contrato según se trate de falta de formalización del contrato, mutuo acuerdo de las partes, incumplimiento por parte de la Administración, o incumplimiento por parte del contratista. Cuando exista mutuo acuerdo, serán las partes las que estipularán los derechos y efectos de la propia resolución; cuando se trate de incumplimiento imputable a una de las partes, deberá indemnizar a la otra los daños y perjuicios ocasionados, debiendo el acuerdo de resolución contener, en todo caso, el pronunciamiento sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida, en su caso.

En cuanto a la posibilidad de exigir de modo simultáneo o acumulativo la indemnización de daños y perjuicios y la penalidad por incumplimiento contractual, hay que recordar lo dispuesto en el art. 1152 del CC, al determinar que la pena sustituirá a la indemnización de daños y perjuicios, salvo pacto en contrario; y en el art. 1153 del CC que impide, salvo acuerdo expreso, la exigencia del cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena.

XIV. VICIOS O DEFECTOS DURANTE EL PLAZO DE GARANTÍA

El contratista responde de los vicios o defectos durante todo el plazo de garantía teniendo derecho la Administración (art. 274.1), no básico, a reclamar del contratista la reparación de los bienes o, si la reparación no fuese suficiente, a la reposición de los mismos. El contratista tendrá derecho, tal como le reconoce el art. 274.2 a conocer y ser oído sobre la aplicación de los bienes suministrados, en evitación de responsabilidades por un mal uso o indebida aplicación de los mismos, en cuyo supuesto, el contratista deberá constatarlo técnica y documentalmente y notificarlo a la entidad contratante.

La Administración tendrá derecho a reclamar al contratista la reparación de los bienes, siempre que ello sea posible y que tal exigencia no resulte desproporcionada en relación con la propia reposición; en su defecto, cuando la reparación no pueda llevarse a cabo o la reparación no sea suficiente para la perfecta utilidad del bien, o resulte desproporcionada, la Administración podrá exigir la reposición de los bienes afectados; en todo caso, tal como establece la legislación común, que regirá en este aspecto como supletoria, los gastos de envío y transporte, en su caso, serán de cuenta del contratista.

Cuando los bienes no sean idóneos, acomodados o adecuados al fin que, establecido en los pliegos, motive la contratación, como consecuencia de los vicios o defectos observados en ellos, e imputables al contratista, el art. 274.3 señala que la Administración podrá, antes de expirar el plazo de garantía, y siempre que exista presunción de que la reposición o reparación no será bastante para lograr el fin pretendido, rechazar los bienes dejándolo a disposición del contratista.

En realidad, esta facultad de rechazar determinados bienes, supone una resolución parcial del contrato, dentro del plazo de garantía y en virtud de una causa recogida con carácter especial, en la propia Ley, cuyos efectos específicos también se determinan la misma.

En este sentido, el art. 274.3 señala que, en el supuesto de rechazo de los bienes, la Administración los pondrá a disposición del contratista para que pueda retirar los mismos, y quedará exenta de la obligación de pago de los bienes afectados, e incluso, teniendo derecho a recuperar la parte del precio correspondiente, caso de haberse efectuado el pago, o parte del mismo, a cuyo fin podrá utilizar la garantía definitiva que hubiera podido constituirse, conforme a lo establecido en el art. 88 de la LCSP; en la medida que tales actos supongan una resolución parcial del contrato, será preciso iniciar el procedimiento de resolución correspondiente con audien-

cia el contratista y del Consejo de Estado u órgano equivalente de las CC.AA., cuando se formule oposición por el contratista.

Finalmente, conforme a lo dispuesto en el apartado 4.º del citado art. 274, una vez finalizado el plazo de garantía establecido en el contrato sin que la Administración haya formalizado alguno de los reparos o denuncias citados en los apartados anteriores, el contratista quedará exento de responsabilidad por razón de los bienes suministrados, con lo que, el transcurso del tiempo fijado para la garantía actúa de modo liberatorio para el contratista, si la Administración no efectúa de modo formal las reclamaciones oportunas y sin que, a tal efecto, puedan tener relevancia las meras advertencias o consideraciones realizadas por la Administración.

XV. MOTIVOS POR LOS QUE LA COMISIÓN EUROPEA CONSIDERA QUE EL REGIMEN DE MODIFICACIÓN DE CONTRATOS YA ADJUDICADOS, MANTENIDO POR LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, SIGUE SIENDO INCOMPATIBLE CON LAS NORMAS COMUNITARIAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Con fecha 8 de mayo de 2008, tuvo entrada en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea una Carta de emplazamiento de la Comisión denunciando que el régimen mantenido en la LCSP por el que se regula la modificación de los contratos ya adjudicados es contrario a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia enunciados en el art. 2 de la Directiva 2004/18/CE y que se derivan también de los arts. 12, 43 y 49 del Tratado CEE.

La Comisión considera que, tras la Sentencia *Succhi di Frutta*, la modificación de un contrato tras su adjudicación no se atiene a los principios anteriormente referidos, salvo que se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes:

- a) Que la modificación no afecte a ninguna condición esencial de la licitación (no del contrato cfr. Art. 202 LCSP).
- b) Que la posibilidad de hacer alguna modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación (los pliegos).

Para la Comisión, hay que presumir la existencia de una modificación esencial siempre que no quepa excluir que las condiciones originales, menos favorables, hayan disuadido a otros prestadores de servicios de participar en la licitación o que, a la vista de las nuevas condiciones contrac-

tuales, podrían estar ahora interesados en la licitación o que, con las nuevas condiciones, podría haberse hecho con el contrato un licitante que, en su día, no lo consiguió.

Este criterio no salva en todos los casos el seguido por el artículo 202.1 párrafo 2.º LCSP en cuya virtud se permiten modificaciones que puedan integrarse en el proyecto inicial mediante corrección.

Por lo que se refiere al caso más concreto de los Suministros, para la Comisión, el régimen de los artículos 272 en relación con el 202 y el 275 c) de la LCSP no respeta los principios tan repetidos por:

- a) La alteración del precio en más o en menos del 20% no obliga a resolver el contrato en beneficio de posibles derechos de terceros. Tan solo faculta al adjudicador o al contratista a hacerlo si conviene a sus derechos
- b) La conjunción «o» del artículo 275 c) permite entender que una modificación inferior al 20% del precio del contrato puede no ser en ningún caso una alteración sustancial lo cual conduce a una interpretación arbitraria por ser meramente cuantitativa del criterio sobre el asunto establecido por la Sentencia *Succhi di Frutta*.

PRINCIPIOS RECTORES Y GARANTÍAS DEL EXPEDIENTADO EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LA GUARDIA CIVIL

M.^a de las Mercedes Rubio Ángel
Capitán Auditor

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL AL ÁMBITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: A) Consideraciones Generales. B) Fundamento de la aplicación de los principios dogmáticos penales y procesales a la potestad disciplinaria militar. III. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS: SUS MANIFESTACIONES EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LA GUARDIA CIVIL: a) Idas generales. B) Principio de legalidad. C) Principio de tipicidad. D) Principio de culpabilidad. E) Principio de proporcionalidad. F) Principio de prescripción G) Principio de irretroactividad de las normas sancionadoras. H) Principio non bis in idem. IV. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS RELATIVAS AL PROCEDIMIENTO: A) Consideraciones generales. B) Defensa. C) Audiencia. D) Asistencia letrada. E) Presunción de inocencia. F) Acceso a la jurisdicción. G) Motivación de las resoluciones sancionadoras. V) CONSIDERACIONES FINALES. VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo realizar un examen de los principios rectores y las garantías del expedientado en el Régimen Disciplinario Militar, no pretende constituir un análisis exhaustivo, dada la amplitud de la materia objeto de estudio, pero sí abordar las cuestiones más tras-

cendentes, sobre todo aquéllas que en la aplicación práctica de la legislación disciplinaria afectan de modo más directo a las garantías del sujeto a un procedimiento disciplinario, todo ello al amparo de la evolución jurisprudencial, tomando como punto de partida:

En primer lugar y tal como señala la Exposición de Motivos de la LO 8/98, de 2 de Diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante LORDFAS), refiriéndose a la LO 12/85, de 27 de Noviembre, el objetivo (de dicha Ley) de lograr un necesario equilibrio entre la protección de la disciplina, esencial para el correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas, y las garantías individuales recogidas en la Constitución, incorporando a la materia disciplinaria un conjunto de derechos constitucionales de inexcusable observancia, inspirándose para ello en la doctrina que sobre esta materia se contiene en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional y, en segundo lugar, la doctrina del Tribunal Constitucional, STC de 29 de Mayo de 1995 (RJ 1995/4435) y de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, así entre otras en Sentencia núm. 59/1997, de 14 de Octubre en la que se señala que es doctrina general del Tribunal Constitucional y de la propia Sala, de ser aplicables los principios del orden penal al orden administrativo sancionador con los necesarios matices, dado el distinto ámbito en que han de desenvolverse.

Además ha de tenerse presente la promulgación de la nueva Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, L.O. 12/2007, de 22 de octubre, (en adelante L.O.R.D.G.C)¹, en la que según su Exposición de Motivos se introducen importantes novedades, ya en la parte sustantiva del régimen disciplinario, ya en la procesal, pretendiendo dar cabida a un modelo disciplinario riguroso, moderno y extraordinariamente garantista, del que son muestras significativas, la supresión de diversas figuras sancionadoras, la modificación de los tipos de infracciones o la incorporación expresa de mayores garantías procedimentales. Dichas innovaciones serán estudiadas en cada uno de los apartados que comprenden el presente estudio.

Partiendo de las anteriores consideraciones la exposición se dividirá en tres bloques principales:

- Aplicación de los principios rectores del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador.

¹ Dicha Ley fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 23 de Octubre y entró en vigor el día 23 de Enero de 2008, según lo dispuesto en su Disposición Final Cuarta, que estableció su entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

- Principios sustantivos y sus manifestaciones en el Régimen Disciplinario Militar.
- Estudio de los principios informadores y garantías del expedientado en los distintos procedimientos, en el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil.

II. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL AL ÁMBITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

A) CONSIDERACIONES GENERALES

La regulación actual de la potestad sancionadora de la Administración es resultado de una profunda e importante evolución cada vez más garantista para el administrado.

Según García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández², la situación determinada por la formación histórica del poder administrativo (sancionador), por su evolución independiente como un simple instrumento de efectividad coercitiva, sin otras consideraciones, por la inexistencia de un cuadro normativo común dentro del cual integrar cada una de sus manifestaciones singulares, intentó ya tardíamente corregirse mediante una entrada en juego de los principios generales del Derecho Penal concebidos como principios generales del Derecho sancionador. Es la jurisprudencia preconstitucional, y fue, según los indicados autores, una de sus mejores aportaciones, la que comienza esta vía (Ss. de 2 y 25 de marzo de 1972, como más significativas, rectificando una postura que en general legitimaba el uso que de la potestad sancionatoria venía haciendo la Administración) que quedará confirmada por la Constitución misma.

Así, manifiestan Garberí Llobregat y Buitón Ramírez³ que es precisamente el tenor del Art. 25 de la CE, el que situando en pie de igualdad las categorías de delitos, faltas e infracciones administrativas, determina primariamente el inequívoco reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración e impone posteriormente la aplicación en dicha esfera sancionadora de todas y cada una de las exigencias inherentes al general principio de legalidad penal.

² García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. «Curso de Derecho Administrativo II». Séptima Edición. Civitas. 2001. Pág. 166.

³ José Garberí Llobregat y Guadalupe Buitón Ramírez. «El procedimiento administrativo sancionador». Tirant lo Blanch. 2001. Págs. 25 y 26.

En consecuencia, la interpretación avanzada y progresiva del enunciado del Art. 25.1 de la CE, ha hecho que carezca de sentido hablar de un genérico reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración por el que queden desconstitucionalizados sus contenidos, límites y manifestaciones, dejándolos así ubicados en el ámbito de libertad del legislador ordinario. Más bien al contrario, en el moderno Estado Social y Democrático de Derecho tan sólo se justifica aquella potestad administrativa sancionadora que se muestre acorde con el global de los principios y garantías, tanto materiales como procedimentales, que el propio Texto Fundamental proclama.

Sin embargo, como apunta Manuel Balado Ruiz Gallegos⁴ durante mucho tiempo se ha negado tal posibilidad, lo que ha dado lugar a que hayamos contado en nuestro ordenamiento jurídico con un derecho Administrativo sancionador «imperfecto», «contrario abiertamente a los postulados elementales del derecho, «pre-becariano»⁵...

En este sentido apunta la Exposición de Motivos de la vigente LORD-FAS que en el aspecto normativo, un importante punto de inflexión en el régimen disciplinario, supuso la LO 12/85, de 27 de noviembre que entró en vigor, simultáneamente con el Código Penal Militar, el día 1 de junio de 1986.

Si bien dicha Exposición de Motivos señala como más importante objetivo de la publicación de ambas normas, lograr una efectiva separación ente la esfera penal y la esfera disciplinaria, cita como otro objetivo también propuesto, hallar el necesario equilibrio entre la protección de la disciplina, esencial para el correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas, y las garantías individuales recogidas en la Constitución, incorporando a la materia disciplinaria un conjunto de derechos constitucionales de inexcusable observancia, inspirándose para ello en la doctrina que sobre esta materia se contiene en las Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, mencionando como objetivos de la nueva Ley Orgánica 8/98, mejorar y perfeccionar el régimen disciplinario, atender y dar respuesta a las exigencias de la disciplina de un Ejército moderno situado en el umbral del siglo XXI, otorgar al mando un instru-

⁴ Derecho Administrativo sancionador; vid.: «El problema jurídico de las sanciones administrativas» R.E.D.A. núm.10, julio-agosto 1976, pág.409, según se manifiesta en la obra citada en la anterior nota.

⁵ Estas son algunas de las expresiones utilizadas por el profesor García de Enterría, para referirse al Derecho Administrativo sancionador; vid.: «El problema jurídico de las sanciones administrativas» R.E.D.A. núm.10, julio-agosto 1976, Pág.409, según se manifiesta en la obra citada en la anterior nota.

mento eficaz, y todo ello sin menoscabo ni merma de las garantías y derechos reconocidos a toda persona.

Al respecto, y en esa línea de evolución, señala la Exposición de Motivos de la L.O. 12/2007 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil que las novedades más importantes introducidas en dicha Ley se enmarcan en el objetivo que impregna la misma de encontrar un equilibrio correcto entre los instrumentos que el Cuerpo de la Guardia Civil precisa para el mantenimiento de un modelo disciplinario eficiente y actual, con la supresión de determinadas figuras jurídicas, tales como la sanción de arresto cuya eventual aplicación queda notablemente restringida –sólo para supuestos en que se lleven a cabo misiones de naturaleza militar, o cuando el personal del Cuerpo integre Unidades Militares, en que será aplicable el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas⁶–.

Dicha jurisprudencia cifra sus inicios en las SSTC 2/81, de 30 de enero y 18/81, de 8 de junio y continúa fundamentalmente en la STC 77/1983, de 3 de octubre, resoluciones todas ellas que proceden a sentar las bases de una doctrina profusamente desarrollada en posteriores decisiones, cuyos más señalados caracteres son los siguientes:

1.º Se ha manifestado por el Tribunal Constitucional, en primer término, que los principios penales derivados del Art. 25 de la CE, son aplicables con ciertos matices a la potestad sancionadora de la Administración (SSTC 18/81, 2/87, 3/98, 212/90, 89/95, 45/97...).

Como señalan García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández⁷, el Tribunal Constitucional ha ido concretando luego esos «matices» que no hacen aplicables en su generalidad esos principios del orden penal al campo de las sanciones administrativas.

Quizás la más significativa de esas excepciones se encontró en las calificadas tanto por el propio Tribunal Constitucional, como por el Tribunal Supremo como «situaciones o relaciones de sujeción especial», supuesto en el cual las exigencias de la legalidad y de la tipicidad se relajarían o «debilitarían» notablemente incluso hasta su desaparición pura y simple. Pero esta tesis, aplicada incluso a situaciones que nada tienen de «especial sujeción», fue superada, como indican los mencionados autores, felizmente por la importante Sentencia de 29 de marzo de 1990, que parece marcar la postura definitiva del Tribunal Constitucional sobre la materia al declarar que «una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan

⁷García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Ob. cit. Pág. 167.

también ser restringidos o perder eficacia y virtualidad. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad del ciudadano».

2.º Indican Garberí LLobregat y Buitón Ramírez⁸ que igual aplicación ha declarado el Tribunal Constitucional en segundo término, deben recibir los principios procesales recogidos en el artículo 24 de la CE, aplicación que ha de efectuarse en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, así como la seguridad jurídica que garantiza el Art. 9 de la CE (vgr. defensa, presunción de inocencia, conocimiento previo de la imputación, derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable...) (SSTC 18/81, 2/87, 190/1987, 181/1990, 145/1993, 120/1996, 127/1996...).

Partiendo de las anteriores consideraciones, y siguiendo a los indicados autores, podemos diferenciar dos conjuntos de garantías: el primero de ellos cuya aplicación al ordenamiento administrativo sancionador ha sido reclamado con ciertos matices por la jurisprudencia constitucional es de índole penal sustantiva, derivada de manera directa de la posición que ocupan delitos, faltas e infracciones administrativas en el enunciado del Art. 25 de la CE, a propósito de la consagración del principio de legalidad penal material. Al amparo de dicha reclamada aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido perfilando las garantías que han de observarse en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, así cabe resaltar, sin perjuicio del estudio separado de estas garantías en el desarrollo del presente trabajo:

En primer lugar la STS 3.ª 10.2.86, que ha destacado la aplicación al Derecho Administrativo Sancionador de las garantías de legalidad, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, en similar sentido se pronuncia la STS 4.ª 30.5.81.

De otra parte la STS 3.ª 14.6.89 ha incidido en el principio de culpabilidad.

A los anteriores principios añaden las STS 3.ª 16.12.86, 13.6.90, 5.10.90 el principio de irretroactividad, prescripción, audiencia del inculpado, y proscripción de la «reformatio in peius».

Finalmente las STS 3.ª 26.2.90, 7.3.96 se han referido a la observancia del principio de proporcionalidad.

En segundo lugar, el otro gran conjunto de garantías constitucionales de obligado cumplimiento en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, viene constituido por los principios de naturaleza proce-

⁸José Garberí LLobregat y Guadalupe Buitón Ramírez. Ob. cit. págs. 28.

sal consagrados en el Art. 24 de la CE, que habrán de ser observados en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, encontrando el respeto a tales garantías su fundamento en la naturaleza propiamente penal de la potestad administrativa sancionadora (STC 29/89, de 6 de Febrero), precepto de cuyo contenido ha destacado la jurisprudencia la necesaria observancia en el ámbito punitivo de la Administración de garantías tales como el derecho de defensa, la prohibición de indefensión, el derecho a la prueba, el derecho a la presunción de inocencia, el principio de legalidad procedimental...; así cabe citar entre otras la STS 4.^a 30.3.88, la STS 3.^a 28.2.89 y 20.6.90, pero, sin duda, la declaración jurisprudencial más clarificadora con respecto a la aplicación de las garantías procesales del art. 24 de la CE, al procedimiento administrativo sancionador, ha sido la recogida en la STC 89/1995 (reiterada punto por punto por la posterior STC 45/ 1997), y en la misma línea la STC 14/99 de 22 de febrero.

Así declara el citado Tribunal en la sentencia 89/95 que «...constituye una doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos... la de que los principios y garantías constitucionales del orden penal y el proceso penal han de observarse, con ciertos matices, en el procedimiento administrativo sancionador y, así, entre aquellas garantías procesales hemos declarado aplicables el derecho de defensa (STC 4/1982) y sus derechos instrumentales a ser informado de la acusación (SSTC 31/1986, 190/1987, 29/1989) y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (SSTC 2/1987, 190/1987 y 212/1990), así como el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 13/1982, 236 y 37/1985, 42/1989, 76/1990, 138/1990), derechos fundamentales que han sido incorporado todos ellos por el legislador a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común (Título IX de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre); e incluso garantías que la Constitución no impone en la esfera de la punición administrativa –tales como, por ejemplo, la del derecho al «Juez imparcial»(STC 22/1990 y 276/1990) o la del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STC 26/1994)–, también han sido adoptadas en alguna medida por la legislación ordinaria, aproximando al máximo posible el procedimiento administrativo sancionador al proceso penal»⁹

E, igualmente emanada del Tribunal Constitucional, no menos clarificadora es la STC 14/1999, de 22 de febrero, donde se resume la jurisprudencia del Alto Tribunal:

⁹La incorporación de tales garantías a la regulación del Régimen disciplinario Militar será estudiada más adelante.

La concreción en nuestra jurisprudencia de este principio general ha sido recientemente resumida en el FJ 5.º de la STC 7/1998, la cual, tras recordar que dicha traslación viene condicionada a que se trate de garantías que resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador»(STC 197/95, FJ 7.º), cita como aplicables, sin ánimo de exhaustividad: «el derecho a la defensa que proscribe cualquier indefensión (SSTC 4/1982, 125/1983, 181/1990, 93/92, 22919/93, 293/1993, 92/1995, 143/95; el derecho a la asistencia letrada trasladable con ciertas condiciones (SSTC 2/1987, 128/1996 y 169/1996); el derecho a ser informado de la acusación (SSTC 31/1986, 29/89, 145/93, 287/1993, 195/1995 y 120/1996), con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados (SSTC 120/1994, 154/1994, 23/1995, 97/1995, 14/1997 y 45/1997), que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración (SSTC 197/95 y 45/1997); o el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados a la defensa (SSTC 74/85, 2/1987, 123/1995, 212//1995, 97/1995, 120/96, 127/96 y 83/1997), del que se deriva que vulnera el art. 24.2 de la CE la denegación inmotivada de medios de prueba (STC 39/1997).»

B) FUNDAMENTO DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DOGMÁTICOS PENALES Y PROCESALES A LA POTESTAD DISCIPLINARIA MILITAR

Como señala Mozo Seoane¹⁰, la potestad disciplinaria militar, encuentra su fundamento en el referido marco constitucional. Incluso cabe traer aquí según el indicado autor –como hizo la pionera STC 21/81, de 15 de junio, al declarar la «singularidad» del régimen disciplinario militar– el reconocimiento constitucional implícito de dicha interpretación derivado «a contrario» del núm. 3 del art. 25 de la CE. La disciplina, la jerarquía, el cumplimiento del deber, en definitiva el funcionamiento de la institución militar, y, por tanto, su propia existencia como organización, constituyen el fundamento inmediato de su ordenamiento disciplinario.

Por lo que respecta a la delimitación en el ámbito militar entre ilícito penal y disciplinario, cabe señalar como apunta Francisco Javier de Mendoza Fernández¹¹ que no es fácil efectuar dicha delimitación, dado que

¹⁰ Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2000. Págs. 34 y siguientes.

¹¹»Nueva tipificación de faltas en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de Diciembre publicado en la obra «La privatización de las empresas públicas en el ámbito de Defensa y otros estudios jurídico-militares.» Ministerio de Defensa. Subsecretaría de Defensa 2000.

ambos órdenes –disciplinario y penal– tienen en la esfera militar una misma finalidad, que es la tutela de todos aquellos valores considerados esenciales para el funcionamiento y eficacia de la organización militar, siendo ambos por tanto manifestaciones del poder punitivo del Estado.

Por tanto, ambos ilícitos participan de la misma naturaleza, siendo su diferencia meramente cuantitativa, según el mayor o menor desvalor que se atribuya a cada conducta constitutiva del injusto, de modo que se puede afirmar que la frontera entre infracción disciplinaria y penal es una decisión de política esencialmente legislativa, y por ello delito militar es el comportamiento previsto como tal en el Código Penal Militar –el art. 6 del Código Penal Militar (en lo sucesivo CPM) señala expresamente que dicho Código no comprende las infracciones disciplinarias militares, que se regirán por sus disposiciones específicas– y falta disciplinaria, el comportamiento previsto en la Ley Disciplinaria, castigado con una sanción disciplinaria, y no subsumible en alguno de los tipos descritos en el Código Penal Militar, postura que ha mantenido la jurisprudencia, así en la STS 5.^a de 21 de Septiembre de 1998 (RJ 1988/10326) –que reproduce la doctrina que y sentara antes la Sala, así en STS 5.^a de 21 de Septiembre de 1988, (RJ 988/10326)–.

Señala Mozo Seoane¹² que no puede hoy defenderse que los ilícitos disciplinarios –y por supuesto, los ilícitos penales– no incorporen bienes jurídicos en sentido propio, sino simples deberes funcionariales, exigencias de la más o menos estricta subordinación propia de una organización jerarquizada o interés privativos de la eficiencia y buen funcionamiento de una institución determinada (el Ejército, la Administración): todo esto es cierto, pero todo esto no interesa sólo al Ejército, sino primordialmente a la sociedad a la que éstos sirven.

En la misma línea de pensamiento, en el sentido de que el Derecho disciplinario militar protege intereses jurídicos de carácter general, afirma Jiménez Villarejo¹³ que el Derecho disciplinario militar no responde, en definitiva, o responde escasamente, al modelo de ordenamiento jurídico de «autoprotección» con que se caracteriza frecuentemente al Derecho disciplinario en general, toda vez que, mediante aquél, no se trata de tutelar úni-

¹² Apunta el indicado autor que la naturaleza del Derecho Disciplinario Militar no presenta una sustantividad propia, esto es, no es distinto sustancialmente del Derecho disciplinario «común», ni protege un sistema de valores distinto del tutelado por cualquier otro régimen disciplinario, aunque sí referido a un ámbito organizativo específico. Por tanto su fundamento es común a todo el Derecho Disciplinario.

«La jurisdicción Militar» Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1992. Págs. 301 a 303.

¹³ Potestad disciplinaria Militar y control jurisdiccional. Colex 1991. Págs. 34 y 35.

camente el orden jerárquico militar, sino, exactamente igual que mediante el Derecho penal militar, todo el conjunto de intereses cuya salvaguarda se reputa necesaria para la subsistencia y eficacia de los Ejércitos. A lo que según el indicado autor debe añadirse lo que no es sino corolario de lo anterior, y es que la funcionalidad del Derecho Disciplinario, como la del Penal, no se agota en la Institución Militar ni recibe de ella todo su sentido, estando referida a bienes jurídicos que las trascienden porque son de interés general, concretamente a las misiones que encomienda a las Fuerzas Armadas el artículo 8 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 21/81, de 15 de junio, declaró: «La Constitución española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. Del artículo 25.3 se deriva «a sensu contrario» que la Administración Militar puede imponer sanciones que directa o indirectamente, impliquen privación de libertad» (F.J. 8). Sin embargo, ni siquiera tal singularidad, permite hablar de sustantividad, esto es, de diferencia sustancial en sentido dogmático jurídico del Derecho disciplinario militar con respecto al Derecho disciplinario general, ni al llamado Derecho administrativo sancionador. Se trata de una especialidad tradicional y prácticamente propia de todos los sistemas sancionadores militares, compatible con las garantías constitucionales.

III. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS: SUS MANIFESTACIONES EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LA GUARDIA CIVIL

A) IDEAS GENERALES:

Señala Rodríguez-Villasante y Prieto¹⁴ que aunque no cabe duda que el Derecho disciplinario reúne especiales peculiaridades que lo singularizan dentro del Derecho administrativo sancionador, en tanto incide sobre «relaciones especiales de sujeción, no puede constituirse en un apartado tan independiente (dentro del sistema sancionador de nuestro ordenamiento jurídico) que justifique la derogación de los principios penales y procesales que conforman la unidad sustancial de garantías, predicable constitucionalmente para todo el Derecho sancionador, penal y administrativo.

¹⁴ Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2000. Págs. 44 y 45.

También la Sala Quinta del Tribunal Supremo se ha manifestado en el sentido de resultar aplicables tales principios penales al orden administrativo sancionador con los necesarios matices¹⁵.

Un paso más en la evolución legislativa en la citada línea cada vez más garantista viene constituido por la nueva L.O. 12/2007 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, que incorpora los principios del procedimiento administrativo general, y los constitucionalmente reconocidos, enfatizando aquellos derechos que han sido objeto de importantes matizaciones jurisprudenciales tales como el derecho de defensa y audiencia.

Así se refiere en su artículo 38 de forma expresa a los principios inspiradores del procedimiento, mencionando como tales: el de legalidad, impulsión de oficio, imparcialidad, celeridad, eficacia, publicidad, contradicción, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad e individualización de sanciones y culpabilidad¹⁶, añadiendo que comprenderá esencialmente los derechos a la presunción de inocencia, información, defensa y audiencia.

A continuación se procederá al estudio particularizado de los indicados principios:

B) PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio, pilar del Estado de Derecho, aparece consagrado en el art. 25 de la CE. El Tribunal Constitucional ha señalado como exigencias derivadas del principio de legalidad y tipicidad en el ámbito de Derecho sancionador STC 246/91: la existencia de una Ley («lex scripta»), que la Ley sea anterior al hecho sancionado («lex praevia») y que la Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado («lex certa») habiéndose pronunciado la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en el mismo sentido, entre otras, en la sentencia de 11 de Mayo de 2000 (RJ 2000/5269).

¹⁵ Así, entre otras, en STS 5.ª de 14 de Octubre de 1997 (RJ 1997/7199) 10 de Mayo de 2000 (RJ 2000/6231), de 24 de noviembre de 1988 (RJ 1998/8483) y 11 de Mayo de 2000 (RJ 2000/5269).

¹⁶ Cabe destacar que la referencia expresa al principio de culpabilidad constituye una novedad del texto vigente que no se encontraba en el Proyecto de la citada Ley (B.O. Cortes Generales-Congreso de los Diputados, 30 de marzo de 2007, núm.123-1), si bien se aludía en su art.19 a la intencionalidad como elemento a considerar para la graduación de la sanción.

El principio de legalidad exige una reserva de ley, que no ha de ser orgánica salvo cuando la sanción tenga por objeto derechos fundamentales (STC 25/84, de 23 de Enero). No obstante, algunos autores han defendido la necesidad de Ley orgánica en base a lo dispuesto en el 81 de la CE, si bien el Tribunal Constitucional sólo ha exigido Ley orgánica para las penas privativas de libertad en base al art. 17 de la CE.

También es posible la colaboración limitada de los reglamentos¹⁷, de modo que se considera necesaria una norma con rango de ley que establezca las infracciones y sanciones, pero se admite un desarrollo reglamentario de aspectos secundarios, frente a la exigencia de absoluta reserva de ley en materia penal, excluyéndose el reglamento independiente, si bien debe tenerse presente que tampoco es aplicable una reserva de ley absoluta, al modo del Derecho Penal¹⁸.

Dicho principio resulta consagrado en el artículo 2 de la LORDFAS, al definir las faltas disciplinarias como las acciones y omisiones previstas en esta Ley y establecer que las infracciones disciplinarias darán lugar a la imposición de las correspondientes sanciones establecidas en esta Ley. En similares términos señala el art. 5 de la LO 12/2007, que constituye falta disciplinaria toda acción u omisión prevista como tal en esta Ley. Tan sólo destacar que si bien la definición meramente formalista de las faltas disciplinarias ha sido objeto de críticas¹⁹, como apunta Rodríguez-Villasante y Prieto²⁰ constituye un evidente acierto de la LO 8/1998 la inclusión entre sus disposiciones generales (Art. 2 que comentamos) del reconocimiento del principio de legalidad de las infracciones y sanciones disciplinarias de las Fuerzas Armadas, al definir éstas y aquéllas en estricta referencia a la citada Ley Orgánica²¹.

¹⁷ Obra Colectiva, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo. Aranzadi 2000 (José María Ayala Muñoz, Francisco García Gómez de Mercado, José Manuel Gutiérrez Delgado, José Ignacio Monedero Montero de Espinosa, M.^a Dolores Ripoll Martínez de Bedoya, Manuel Rivero González, Francisco Sanz Ganda-segui, José Ignacio Vega Labella). Págs. 854 siguientes.

¹⁸ Así en este sentido se pronuncian la STC 83/90, 42/87, 101/1998 y 29/1989.

¹⁹ Así la definición contenida en el artículo 7 de la LO 12/85, fue criticada por Álvarez Roldán y Fortún Esquifino¹⁹, que consideran que el concepto de falta disciplinaria debería referirse a la «infracción ordenancista no delictiva» tachándola de absolutamente formalista y sin pretensión conceptual. «La Ley Disciplinaria Militar». Edit. Aranzadi. 1986

²⁰ Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2000. Págs.40 y siguientes –Rodríguez-Villasante y Prieto–.

²¹ Indica el mencionado autor, en el citado Comentario, que en la Ley Orgánica 12/1985, que se deroga, se establecía el principio de legalidad (en su art. 7, reducido a las infracciones) pero se formulaba con menos precisión técnica y en lugar inadecuado.

Igualmente, Millán Garrido²² afirma que el concepto estrictamente formal de la «falta disciplinaria» comporta el explícito reconocimiento de los principios de legalidad y tipicidad.

El Régimen Disciplinario de las Fuerza Armadas y de la Guardia Civil se regula por Ley Orgánica, dejando aparte la polémica sobre la necesidad o no de que las leyes penales o sancionadoras deban revestir la forma de Leyes Orgánicas²³ y la distinción entre sanciones de autotutela o heterotutela, el rango de orgánica para la ordenación del Régimen Disciplinario de las FAS y de la Guardia Civil viene obligado por la naturaleza de los arrestos en establecimiento disciplinario (por falta grave), que suponen privación de libertad²⁴. En efecto, si bien el artículo 25.3 de la Constitución autoriza, «a contrario sensu», a la Administración Militar para imponer sanciones que, directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad, los artículos 53.1 y 81.1, también de la Constitución, exigen que tal previsión se regule en una Ley Orgánica.

C) PRINCIPIO DE TIPICIDAD

La tipicidad consiste en la posibilidad de subsumir la acción en un tipo, esto es, un hecho descrito y sancionado por la Ley. Dicho principio puede considerarse complementario de principio de legalidad. Garberí Llobregat afirma que la tipicidad y legalidad²⁵ «no son principios similares ni se identifican uno con el otro, puesto que el enunciado en último lugar, en realidad, tiende a ser un modo especial de realización del citado en primer término. Así pues, mientras el principio de legalidad se observa mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la Ley, la exigencia de tipicidad quedará cumplimentada a través de la precisa definición de la conducta que la Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse». En

²² «Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, Pág. 54. Trotta, Madrid. Citado en el Comentario al art. 2 de Villasante Prieto de la Ob. cit. Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2000. Págs.40 y siguientes.

²³ Rodríguez Villasante y Prieto: *Ley Penal y Derecho Penal Militar*, en *Revista General del Derecho*, n.º 524, Valencia, mayo 1988, Pág. 2.289 y siguientes, mencionado en el Comentario citado.

²⁴ La sanción de arresto desaparece del cuadro de sanciones disciplinarias en la LO 12/2007 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, constituyendo, como señala su Exposición de Motivos, una de las innovaciones más significativas del citado texto legal.

²⁵ Citado en Ob. colectiva referida, pág. 878.

esta línea se pronuncia el Tribunal Supremo, entre otras, en la STS, de 20 de Noviembre de 1990 (RJ 1990, 1318).

El principio de tipicidad de las infracciones administrativas, ya de por sí flexibles, admite una mayor flexibilidad en el ámbito de las relaciones de sujeción especial (STC 219/1989, de 21 de diciembre y 61/1990, de 20 de marzo).

En relación a este principio es interesante destacar algunas cuestiones: por lo que respecta a la analogía, Jiménez Ibáñez²⁶ afirma que la transposición de principios penales obliga a admitir también en el campo sancionador administrativo la analogía «in bonam partem» o favorable al inculpado. También el Tribunal Constitucional parece asumir «a sensu contrario», esta analogía benevolente en sus Sentencias 75/1984, de 27 de Junio (TRTC 1984,75) y 182 /1990, de 15 de noviembre (RTC 1990,182) al declarar que el principio de legalidad del art. 25.1 de la CE no admite la aplicación analógica «in peius».

En cuanto al empleo de conceptos jurídicos indeterminados y normas en blanco, son inevitables y admisibles con las debidas matizaciones²⁷.

Si bien la subsunción de un hecho ilícito en un tipo disciplinario en el que no tiene encaje, cuando sí lo tiene, en cambio, en otro tipo legalmente previsto constituye un problema de tipicidad relativa y no absoluta, tratándose por tanto de un problema de legalidad ordinaria no accesible a los procedimientos contencioso-disciplinarios (entre otras en STS 5.^a, 11 de mayo de 2000 –RJ 2000/3385–), sí ha apreciado dicha Sala la infracción de tal principio cuando el sancionado ha realizado un hecho no subsumi-

²⁶ «El derecho Administrativo Sancionador», Revista Jurídica de Castilla La Mancha, núm.18, agosto 1993, Pág.356.

²⁷ La STS de 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989,1940) declara que «el uso de conceptos jurídicos indeterminados en las normas sancionadoras es inevitable y constitucionalmente lícito, como ha tenido oportunidad de señalar la STC, de 20 de abril de 1989 (RTC 1989, 69); pero con el límite de que «su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia (que)...permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada...».

En definitiva, se trata de saber qué dicen las normas y cómo van a ser aplicadas, la suficiencia de la tipificación es una exigencia de la seguridad jurídica que se concreta en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de las conductas, como así afirma la STS 5.^a de 5 de marzo de 2006.

En cuanto a las normas en blanco, en Derecho penal se admiten las llamadas normas penales en blanco, incompletas, con reenvío normativo expreso y justificado, siempre que la ley contenga la pena y la esencia de la prohibición y con el complemento normativo exista suficiente concreción (STC 11/1993, de 29 de Marzo RTC 1993,116)), admitiéndose con mesura, las normas sancionadoras en blanco (SSTC 122/1987, de 14 de Julio, RTC 1987,22.).

ble en la tipología disciplinaria (en este sentido cabe citar la STS 5.^a, 9 de marzo de 2005 –RJ 2005/3358–).

Finalmente el principio de tipicidad es igualmente aplicable a las sanciones, es decir, las sanciones aplicables a las infracciones han de estar adecuadamente previstas en la norma. En este sentido el número 2 del artículo 2, de la LO 8 /98, completa la referencia al principio de legalidad, afirmando que «las infracciones disciplinarias darán lugar a la imposición de las correspondientes sanciones establecidas en esta Ley». El art. 10 de la LO 11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil señalaba las sanciones disciplinarias que podían imponerse por faltas leves, graves y muy graves, estableciendo la vigente LO12/2007 el catálogo de sanciones disciplinarias en su art. 11).

Rodríguez-Villasante y Prieto²⁸ afirma que aunque es laudable la proclamación del principio de legalidad de las sanciones disciplinarias militares, es preciso reconocer que uno de los méritos de la LO 12/1985 fue acabar con el «*numerus apertus*» que, respecto de las sanciones disciplinarias, existía en las Fuerzas Armadas. A lo que hay que añadir que la descripción más concreta de la naturaleza y efectos de las sanciones previstas fue una garantía adicional para el cumplimiento de este principio de legalidad sancionadora²⁹.

D. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

La posición actual tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional (STC 76/1990 de 26 de abril [RTC 1990/76], v.gr.), es la de exigir la culpabilidad en las infracciones administrativas. Si bien la aplicación de dicho principio en el Derecho administrativo sancionador en la actualidad no plantea ningún género de duda, ello ha sido fruto de una continuada evolución que, como declara la Sentencia de la Sala Quinta de 26 de enero de 2004 (RJ 2004/773), corre paralela a la aproximación de este Derecho Penal con los matices que esta Sala se ha encargado de matizar.

Si bien es cierto que tanto la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil como la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (artículos 5 y 6 respectivamente) dispensa una especial atención al principio de proporcionalidad sancionadora, que incorpo-

²⁸ Comentario de Rodríguez Villasante y Prieto. Ob. Cit. Pág. 52.

²⁹ Rodríguez Mourullo, en Comentarios al Código Penal, Civitas, Madrid 1997, págs. 27 y siguientes citado en el Comentario de Rodríguez Villasante.

ra elementos de valoración de la culpa, como declara la STS 5.^a de 23 de octubre de 2000 (RJ 2000/10631) en su FJ 2.^o ni la LO 12/1985, ni LO 8/98 (RCL 1998/2813), efectúan una declaración genérica acerca del elemento culpabilístico de las faltas disciplinarias, aunque a partir de los arts. 6 LO 12/1985; 2 y 6 LO 8/98, de la comparación con lo dispuesto en el art. 5 del CPC y, sobre todo, por aplicación del art. 1 CE, conforme al cual la Justicia constituye valor superior que informa el ordenamiento jurídico (Sentencias de esta Sala 6-6-2000 y 13-6-2000 (RJ 2000/5282)), la culpabilidad ha de ser exigible para sancionar la conducta antijurídica. Tal principio, en cambio, el mencionado de forma expresa en el art.38 la LO 12/2007 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil³⁰.

Aceptada la exigencia de culpabilidad, cabe matizar que ésta opera como última fase y cierre del proceso lógico sancionador según la misma Sala recuerda en varias Sentencias: 22 de octubre de 2001 (RJ 2002/4819), 22 de abril de 2003, 19 de junio de 2001 (RJ 2002/6682) y 24 de febrero de 2003 (RJ 2003/1804). Ahora bien, la consagración de este principio no significa claridad sobre su contenido, dada la variedad de posiciones doctrinales que existen al respecto, incluso en el propio ámbito penal, en cuyo estudio no podemos entrar en el presente trabajo.

En principio, los distintos tipos disciplinarios podrán ser realizados a título de dolo o de culpa salvo que la estructura de los mismos haga impensable su realización imprudente, por lo que habrá de analizarse cada tipo en concreto para determinar si admite o no su comisión a título de culpa³¹.

El principio, de culpabilidad proscribire el llamado «tipo de autor», así lo ha afirmado la Sala Quinta, entre otras, en Sentencia de 19 de febrero de 2002 (RJ 20002/4631) al declarar en su FJ2.^o que «...la punición de un ciudadano en cualquiera de esos ámbitos (penal y disciplinario) se basa inexcusablemente en el principio de culpabilidad, lo que ha llevado al Tribunal Constitucional (SSTC 65/986 [RTC 1986/65], 14/1988 [RTC 1988/14], 150/1991 [RTC1991/150] y 270/1994 [RTC 1994/270]) a proscribir el llamado «tipo de autor» al que acabamos de aludir, y a establecer que para sancionar de acuerdo con los postulados en un Estado Social y Democrático de Derecho han de quedar precisamente concretados los actos externos y determinados que lesionen y pongan en peligro un interés jurídicamente protegido, no bastando con la presencia de un cierto

³⁰ Vid nota 16.

³¹ (en este sentido se ha pronunciado la STS 5.^a de 17 de febrero de 2006 [RJ 2006/701] con referencia a la LO11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, afirmación que se puede entender trasladable a la LORDFAS.

modo de vida, o de una manera de comportarse, por muy censurable que sea, si no va acompañado de actos censurables externos [...], hechos individualizados, determinados y concretos.

E) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como explica Garberí Llobregat en la obra tantas veces citada, el principio de proporcionalidad obligará a que en su aplicación se haga depender la cuantía exacta de la sanción de la concurrencia en la comisión del ilícito de determinados perfiles o circunstancias, porque afirmar lo contrario supondría conferir a la Administración una facultad discrecional para imponer la sanción que estime oportuna.

Este criterio de proporcionalidad opera de dos formas en el derecho Penal y Disciplinario³²: de lege ferenda, como orientación dirigida al legislador en trance de tipificar delitos y faltas (leves, graves y muy graves) y castigarlas con una pena o sanción disciplinaria de mayor o menor entidad y como pauta ineludible de los Tribunales y Autoridades disciplinarias en el ejercicio de su arbitrio (judicial o sancionador) a la hora de individualizar o enjuiciar la individualización de la pena o sanción disciplinaria aplicable a la infracción cometida³³.

En este sentido, la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas reconoce explícitamente la relevancia de la aplicación de dicho principio su artículo 6.

Dicho principio aparecía contemplado en el artículo 5 de la Ley Orgánica 11/91 de Régimen disciplinario de la Guardia Civil y en el actual art. 19 en que contempla los criterios para la graduación de la sanción, a fin de que la sanción guarde proporción con la gravedad y circunstancias de la conducta y a su individualización atendiendo a las vicisitudes que concurren en los autores y al interés del servicio³⁴.

³² Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2000. Págs. 82 y siguientes –Rodríguez-Villasante y Prieto–.

³³ En este sentido la STS 5.ª de 2.ª de Febrero de 2000 (RJ 2006/1559) en su FJ2.º, señala que «...la jurisprudencia reiterada de esta Sala [...] establece la doctrina de que la determinación de la proporcionalidad de la sanción es una función que inicialmente incumbe al legislador que ha creado los tipos disciplinarios y posteriormente a la Administración sancionadora, que elige en cada caso la sanción que considera más adecuada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor. En la misma línea se pronuncia la STS 5.ª 8909/2007, de 21 de diciembre.

³⁴ En su artículo 18 contiene las normas para la aplicación del régimen disciplinario a los alumnos de Centros Docentes de Formación.

Además de una regulación más detallada y precisa de los elementos de graduación de las sanciones comprensivos tanto de los relativos a la conducta como a las circunstancias concurrentes en los autores, a que se refiere la regulación actual, cabe destacar que en consonancia con la proscripción del llamado «tipo de autor», que el historial profesional sólo podrá valorarse como circunstancia atenuante.

Si bien a nivel doctrinal las posturas en orden a la distinción entre proporcionalidad e individualización resultan controvertidas³⁵, la STS 5.^a de 5 de junio de 1990, ha expuesto la doctrina legal sobre esta materia: «El criterio de individualización de la sanción no es más que la singularización del uso o especificación de circunstancias humanas profesionales y ambientales que concurren, ajustando la sanción, ya valorada según criterio de proporcionalidad, al caso particularizado. Frente al carácter objetivo que ha de revestir el principio de proporcionalidad, el de individualización es, por un lado, subjetivo y, por otro, trascendente o de valoración el interés militar afectado. La conjugación de ambos criterios habrá de producir la imposición de la sanción justa» (Fundamento de Derecho Cuarto). En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la misma Sala de 29 de Junio de 1998 con algunas matizaciones.

En cuanto a las circunstancias aludidas en el art. 35 del Código Penal Militar —siguiendo a Rodríguez-Villasante y Prieto— se encuentran prácticamente todas comprendidas en los criterios de individualización disciplinaria derivados del principio de proporcionalidad y de determinación subjetiva y objetiva de la sanción, contenidos en el artículo que comentamos. Cabe preguntarse si son aplicables las circunstancias modificativas (atenuantes y agravantes) establecidas en los artículos 21 y 22 del Código Penal y artículo 22 del código Penal Militar. No existe para Rodríguez-Villasante y Prieto, obstáculo alguno para que la Autoridad disciplinaria gradúe o individualice la sanción valorando la concurrencia o no de las circunstancias modificativas previstas en los textos penales (común y castrense), pues estas descripciones se pueden encuadrar perfectamente en el principio de proporcionalidad y afección al interés del servicio (las que consisten en la ejecución material del hecho y en los medios empleados para realizarla) o en las circunstancias que concurren en los autores (las derivadas de la disposición moral del infractor,

³⁵ Distintas posiciones son las mantenidas por Álvarez Roldán y Fortún Esquifino Ob. cit. Pág.68 y69; Calderón Susín, «Aplicación de las penas», pág.523, citado en el Comentario mencionado. Pág.88, Rodríguez Villasante, véase ``por todos, E.Demetrio Castro: «Prevención general e individualización judicial de la pena» pág. 267 y siguientes, citado en la obra mencionada Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2000.Pág. 89.

en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal), si bien destaca el citado autor la existencia de algunas peculiaridades.

Finalmente, por lo que se refiere al razonamiento de la individualización disciplinaria, considera Calderón Susín³⁶ que la regla del párrafo segundo del artículo 35 del Código Penal Militar («La individualización penal que se efectúe deberá ser razonada en las sentencia») es singular desarrollo de la exigencia de motivación contenida en el artículo 120 de la Constitución.

La Sentencia citada de la misma Sala de 5 de junio de 1990, se pronuncia en el sentido de que los criterios de proporcionalidad e individualización de la sanción –que hay que argumentar, acomodándola a la naturaleza y circunstancias de la infracción– son revisables en vía casacional, por su carácter normado, así como por la jurisdicción contencioso-disciplinaria.

En cuanto a la dosimetría de la sanción, declaró la STS5.^a de 10 de Mayo de 2000 (RJ 2000/6231) que «...» según criterio sustentado por el Tribunal Constitucional, sentencia 22 de mayo de 1986 (RTC 1986/65), del artículo 25.1 de la Constitución, en cuanto consagra el principio de legalidad, no cabe deducir la existencia de un derecho fundamental a la proporcionalidad, y siguiendo esta tesis esta Sala –sentencias 11 de octubre de 1990 (RJ 1990/8094), 19 de mayo de 1998 (RJ 1998/4951) y 19 de abril de 1999 (RJ 1999/5570)– ha venido declarando que el problema dosimétrico de la pena pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria por lo que [...] sólo cabría tratar el aludido principio de proporcionalidad (en el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario) si, como consecuencia de una deficiente utilización del mismo, resultase vulnerado alguno de los derechos fundamentales cuya protección puede llevarse a cabo por el camino procesal del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario³⁷...»

F) PRINCIPIO DE PRESCRIPCIÓN

La prescripción³⁸ es una causa extintiva de la responsabilidad disciplinaria en la que la extinción de la responsabilidad consiguiente a la acción u omisión antidisciplinaria perpetrada se produce en virtud del transcurso

³⁶ Aplicación de las penas. Págs. 542, 543, 544, citado en el Comentario referido.

³⁷ La Sentencia de 28 de octubre de 1988 de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, analiza la individualización de la pena, admitiendo que, en determinados supuestos es factible la revisión en casación de la facultad discrecional que en materia de dosimetría punitiva tienen los Tribunales de instancia. Tesis que confirma la Sentencia de la misma Sala de 22 de diciembre de 1989.

³⁸ Juan Manuel García Labajo. Ob. Cit. Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa. 2000. Págs. 754, 755.

de un lapso de tiempo fijado en la ley, más o menos, en función de la gravedad mayor o menor del ilícito, sin que al cabo del mismo se hayan sancionado todavía los hechos (prescripción de la falta) o se haya ejecutado la sanción ya impuesta (prescripción de la sanción)³⁹.

El Tribunal Constitucional ha señalado en sentencia de 14 de marzo de 2005 (TRC 2005/63) que la razón de la prescripción se asienta en la minoración, cuando no en la eliminación de la alarma social producida, el padecimiento de la resonancia antijurídica del hecho ante el efecto invalidador del tiempo sobre los acontecimientos humanos.

En cuanto a su naturaleza, siguiendo el referido Comentario de García Labajo, la prescripción no supone una mera cuestión de orden procesal, sino que, antes bien, tiene naturaleza material o sustantiva, lo que comporta dos consecuencias: como cuestión de orden público⁴⁰ debe y puede ser apreciada de oficio y su estimación o desestimación entraña una mera cuestión de legalidad ordinaria, sin relevancia constitucional bastante para legitimar el acceso al recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, en base a una hipotética vulneración de las garantías procesales constitucionalizadas en el Art. 24.2 de la CE⁴¹.

El régimen de la prescripción aparece regulado en el Capítulo IV del Título III de la LORDFAS, LO 8/98 titulado «Prescripción» (arts. 22 a 25) y en el Capítulo III del Título II de la LORDGC, LO 12/2007, bajo la rúbrica «Extinción de la responsabilidad disciplinaria» (artículos 20 a 22)⁴².

Ante la imposibilidad de proceder a un estudio exhaustivo del régimen de la prescripción, dada su amplitud, se destacarán algunas cuestiones de

³⁹ En cuanto a la prescripción de la sanción impuesta señalan Álvarez Roldán y Fortún Esquifino que no supone una extinción de la responsabilidad que ya fue declarada, sino la renuncia por la Administración a hacer efectiva la sanción que se impuso y no se llevó a efecto en el momento oportuno. En estos casos, a fin de no mantener indefinidamente la posibilidad de ejecutar una sanción, se opta por su no ejecución. «La Ley Disciplinaria Militar» Edit. Aranzadi. 1986. Pág. 432.

⁴⁰ A este respecto cabe citar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional entre otras en sentencias 152/87, 301/94 de que la prescripción es materia de orden público y de derecho material con un relevante aspecto sustantivo, lo que comporta las consecuencias antes señaladas por García Labajo.

⁴¹ Constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos enseña que la apreciación de la prescripción constituye una cuestión de legalidad ordinaria: entre otras la Sentencias 152/87, 255/1998, 89/99.

⁴² La LO 12/2007 eleva los plazos de prescripción respecto de la regulación anterior contenida en la LO11/91, estableciéndose un plazo de prescripción de tres años para las faltas muy graves, dos años para las faltas graves y seis meses para las leves (art.22). En cuanto a las sanciones: reduce el plazo de prescripción de las impuestas por faltas muy graves, que pasa de cuatro a tres años y eleva los plazos de prescripción de las sanciones impuestas por faltas graves y leves (art.22), que pasa a ser de dos años y un año respectivamente.

importancia práctica relativas a los efectos que produce el agotamiento del plazo de tramitación legalmente establecido:

Sobre esta materia se pronuncia la STS 5.^a de 12 de noviembre de 2004 (RJ 2005/1117), de la que cabe extraer tres conclusiones: primera, que el transcurso del plazo de tramitación trae como consecuencia el que vuelva a contarse íntegramente el plazo de prescripción de la falta: y ello desde que se cumplió el plazo ordenado para la terminación del expediente, momento a partir del cual comienza a computarse de nuevo el período de prescripción.⁴³

En segundo lugar el régimen de caducidad del procedimiento administrativo común no resulta aplicable al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y Guardia Civil⁴⁴,

En tercer lugar y por lo que respecta a la fecha a tener en cuenta a efectos de prescripción, esto es, si se ha de tomar en consideración la fecha de la resolución sancionadora o la de la notificación de dicha resolución, en un primer momento se consideró que la fecha a tener en cuenta era la de la resolución, pero posteriormente la Sala cambió parcialmente su doctrina considerando (FJ 4) que como ya se dijo en la STS 5.^a de Pleno, de 14 de febrero de 2001 (RJ 2001/9305), es la fecha de la notificación, de modo que la resolución sancionadora que pone fin al procediendo disciplinario debe ser notificada dentro del plazo de prescripción⁴⁵.

Finalmente, en cuanto a esta cuestión cabe preguntarse cuál es la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción: la Sala ha considerado, entre otras, en sentencia de fecha de 18 de marzo de 2004 (RJ 2004/2281) que la eficacia interruptiva del plazo de prescripción con motivo de la apertura de un expediente disciplinario ha de llevarse al momento en el que la parte tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento contra él, ello se desprende de la necesidad de que el interesado conozca el momento desde el que pueda controlar eficazmente sus expectativas en orden a la prescripción de la falta⁴⁶.

⁴³ En el mismo sentido se ha pronunciado la STS 5.^a 8909/2007, de 31 de diciembre.

⁴⁴ En este sentido también se pronuncian la STS 5.^a 21 de Febrero de 2000 –RJ 2000/2286–, 10 de Abril de 2000 –RJ 2000/6236– y 14 de febrero de 2001 –RJ 2001/9305–.

⁴⁵ El art. 22. 2 de la L.O. 12/2007 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, incorpora dicho criterio y establece que los plazos de prescripción de las sanciones comenzarán a computarse desde el día en que se notifique al interesado la resolución sancionadora o desde que se quebrantase su cumplimiento si hubiera comenzado.

⁴⁶ Como hemos visto anteriormente el art. 20.2 de la L.O. 12 /2007 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. señala que la notificación al interesado del acuerdo de inicio de cualquier procedimiento disciplinario interrumpirá los plazos de prescripción establecidos en el apartado primero de este artículo, que volverán a correr de no haberse concluido en el tiempo máximo establecido en esta Ley.

G) PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS

La retroactividad⁴⁷ de las leyes penales favorables, reconocida en el Código Penal (art 2.2) y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, es una consecuencia del principio de legalidad, establecido en el artículo 25 de la Constitución, para la imposición de la condena o sanción y del principio de irretroactividad que garantiza el artículo 9, núm. 3 del mismo texto fundamental. Su aplicación al Derecho Administrativo sancionador, resulta, por tanto, de la Constitución, interpretada de esta manera conforme a lo previsto en su artículo 10.2 (STS de 28 de Mayo de 1990). Dicho principio encuentra su manifestación en las tres Disposiciones Transitorias de la LORDFAS y en la Disposición Transitoria de la LO12/2007 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Según este principio⁴⁸, sólo resultan aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. No obstante, las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

Al contrario que el principio de legalidad, este principio no genera un derecho subjetivo con categoría de derecho fundamental. Tampoco goza de la protección del recurso de amparo, pues su encuadre en la Constitución no permite tal posibilidad. Asimismo, no puede decirse que la Constitución reconozca a los ciudadanos un derecho fundamental a la aplicación retroactiva de una Ley penal más favorable que la anteriormente vigente (Art. 25.1 de la CE; STC 8/1981).

No obstante, es posible entender que la infracción de este principio, por su conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24 de la CE) dé lugar a la lesión de éste, que sí es susceptible de recurso de amparo (STC 184/1992). Las tres Disposiciones Transitorias de la LORDFAS y la Disposición Transitoria Primera de la LO12/2007⁴⁹, en cuyo análisis detallado no es posible abordar en el presente estudio, acogen el principio de retroactividad de las normas más favorables, tanto el lo relativo a sanciones, como a la aplicación de las normas de procedimiento.

⁴⁷ Ob. Colectiva cit. Pág. 875.

⁴⁸ Memento Práctico Francis Laefebvre 2002-2003 (790-792).

⁴⁹ La DT 2.ª se refiere al régimen transitorio relativo a la aplicación del Código Penal Militar a los miembros de la Guardia Civil, dado que en la nueva Ley la aplicabilidad del Código Penal Militar, en su integridad, al Cuerpo de la Guardia Civil, como señala su Exposición de Motivos, pasa a quedar circunscrita a aquellas situaciones extraordinarias que, por su propia naturaleza, exigen dicha sujeción, como sucede en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio y en el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal de dicho Cuerpo se integre en Unidades Militares.

H) PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

En virtud del principio «non bis in idem», íntimamente ligado al principio de legalidad del artículo 25 de la CE (aunque éste no lo mencione), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han señalado que no es posible la duplicidad de sanciones (administrativas o penales) en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento⁵⁰.

Es un principio que no aparece contemplado expresamente en la Constitución, pero que, como indica la STS 5.^a de 26 de junio de 1993 (RJ 1993/4659), tiene sus raíces en los principios de legalidad y tipicidad enunciados en su artículo 25, como reiteradamente declara la jurisprudencia constitucional.

El principio «non bis in idem», como afirma la STS 5.^a de 20 de mayo de 2005 (RJ 2005/5178), está reconocido por los Convenios Internacionales sobre derechos humanos. Así, el art. 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos dispone que «nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido absuelto ya en virtud de una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el Procedimiento Penal de cada país». Por otra parte, el art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, reconoce este derecho con un contenido similar.

A los efectos de aplicación de las garantías de un proceso justo (art. 6 del CEDH), el TEDH incluye dentro de los conceptos de infracción y sanción penal también los de carácter administrativo, partiendo de un concepto sustantivo de la materia al no considerar relevante la denominación de la legislación en que se encuentre y equiparando, a los efectos del art. 4 del Convenio, el castigo de un proceso penal con el procedimiento y sanción administrativa (SSTEDH caso Craudinger vs Austria (sic) [TDEH 1995/38] de 29 de mayo de 2001, caso Frau Ficher vs Austria [TDEH 2001/352] de 30 de mayo de 2002(sic) [TDEH 2002/29]).

El principio «non bis in idem» implica en el orden material el derecho a no ser sancionado en más de una ocasión por el mismo hecho, con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores (abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa) o, en el seno de un mismo procedimiento (por todas, STC núm. 159/85 [TRTC 1985/159]).

Dicho principio comporta una doble manifestación: de una parte prohíbe que por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta

⁵⁰ Ob. colectiva cit. Págs. 910 y siguientes.

posibilidad una inadmisble reiteración en el ejercicio del «ius puniendi» y por otra parte implica la prohibición de la duplicidad de sanciones administrativas y penales por los mismos hechos, con excepción de aquellos supuestos, en los que existe una relación de supremacía especial de la Administración, que hace que esté justificado el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y por la Administración, como ocurre con los miembros de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de la Guardia Civil –pero, como toda excepción, debe interpretarse restrictivamente, siendo admisible la duplicidad de sanciones sólo en el caso de que lesione bienes jurídicos distintos (STC 234/1991, de 10 de diciembre, y SSTS de 16 de enero de 1991RJ 1992, 2985)–. En este caso, declara la aludida sentencia en su FJ 3.º, cabe la corrección de ciertos hechos constitutivos de falta disciplinaria aún en el supuesto de que tales hechos hubieran sido o pudiesen ser objeto de punición en la vía judicial correspondiente.

El artículo 4 de la LORDFAS establece los límites al principio «bis in idem.»⁵¹, en similares términos aparece redactado el 4 de la LO 12/07 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, si bien no hace referencia a la necesidad de que para que pueda recaer sanción penal y administrativa por los mismos hechos no ha de existir identidad de bien jurídico protegido, como tampoco lo hacía el art.3 de la LO 11/91, no obstante tal exigencia resulta ineludible al amparo de la interpretación jurisprudencial del principio «non bis in idem».

Debe tenerse presente que la referencia de los artículos 4 de la LORDFAS (y art.3 de la LO 11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil) a expedientes disciplinarios, no puede extenderse a los procedimientos preferentemente orales, por las faltas leves, y debe limitarse a los expedientes escritos que se sigan en el supuesto de faltas graves –expediente disciplinario propiamente dicho– o en aclaración de conductas o hechos de especial gravedad (faltas muy graves en la legislación de la Guardia Civil)– es decir, los llamados expedientes gubernativos... En consecuencia y tal como afirma la Sala Quinta, sentencias de 26 de junio de 1993, RJ 1993/4659), la imposición de una sanción disciplinaria por falta leve,

⁵¹ Dispone dicho precepto que «la iniciación de un procedimiento penal no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismo hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando fuese firme la dictada en aquel procedimiento cuya declaración de hechos probados vinculará a la Administración. Sólo podrá recaer sanción penal y disciplinaria por los mismos hechos cuando no hubiere identidad de bien jurídico protegido. El tiempo transcurrido desde el inicio de un procedimiento penal hasta la comunicación a la autoridad disciplinaria de la resolución firme no se computará para la prescripción de la infracción disciplinaria»

estando vivo un procedimiento penal, no infringe lo dispuesto en los artículos citados. A este respecto debe tomarse en consideración que la nueva Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, L.O. 12/07, introduce también un procedimiento simplificado escrito para la tramitación del procedimiento disciplinario por falta leve.

En cuanto a los efectos del principio en el régimen disciplinario militar, según Mozo Seoane⁵², la regulación de la materia en el mismo concuerda con la formulación que acabamos de exponer. En el tenor literal del artículo 4 de la LORDFAS, antes mencionado, ninguna prohibición existe a la doble sanción –penal y administrativa– de unos mismos hechos, según la comprensión básica del principio non bis in idem; ni tampoco, en rigor, al otro efecto clásicamente ligado a éste, la interdicción del doble enjuiciamiento (o vertiente procesal). Todo lo más unas modestas limitaciones o cautelas impuestas a la administración sancionadora cuando su actuación concurre con una actividad judicial del mismo sentido, resultando la propia sistemática del precepto bastante significativa en ese sentido.

Respecto a sus efectos procesales, el artículo 4 de la LORDFAS (de tenor similar es la dicción de artículo 4 de la LO 12/07, de Régimen Disciplinario de Guardia Civil) permite el doble enjuiciamiento, penal y disciplinario, de unos mismos hechos, con la limitación de que «la resolución definitiva del expediente (disciplinario) sólo podrá producirse cuando fuese firme la dictada en aquel procedimiento» (el penal).

Así pues, cabe la dualidad de procedimientos, debiendo suspenderse la tramitación del expediente administrativo sancionador solo en el momento inmediatamente anterior a la resolución de éste, es decir, puede legítimamente llegarse hasta la propuesta de resolución⁵³. En todo caso, como establece el último párrafo del artículo 4, la prescripción de la infracción disciplinaria se interrumpe desde el inicio del procedimiento penal (en semejantes términos se pronunciaba el art. 68 de la LO 11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil y el actual art. 21.4 de la L.O.12/07 en materia de prescripción), previsión lógica que, sin embargo, no contenía la regulación legal de 1985.

⁵² Comentario al art. 4 de la LORDFAS, Ob. cit, Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2000. Págs. 71 y siguientes.

⁵³ Tal regulación parece admitida por la doctrina del TC, que en su sentencia 77/83, de 3 de octubre se refiere a este efecto o proyección del principio non bis in idem señalando la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos».

Dentro de la vertiente procesal del non bis in idem está también el efecto de la cosa juzgada, aspecto íntimamente ligado al anterior y cuyo alcance preciso es la vinculación de la Administración a los hechos declarados probados por la jurisdicción penal, como así mismo recoge dicho precepto⁵⁴.

Por lo que respecta a la vertiente material del mencionado principio, es decir la imposibilidad de que una misma conducta sea objeto de sanción penal y administrativa, en general en el campo disciplinario, con pocas excepciones, y en el ámbito disciplinario militar, semejante efecto sustancial no es aplicable, sino más bien al contrario, está ampliamente reconocido, en la jurisprudencia y en el mismo derecho positivo, un auténtico bis in idem.

Dicha excepción se encuentra contemplada en el artículo 4 de la LORDFAS que dispone que «Sólo podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de bien jurídico protegido».

A este respecto la Sala Quinta se ha pronunciado, en la ya citada sentencia de 20 de mayo de 2005, FJ 3.º (RJ 2005/5178), en el sentido de que para valorar si se ha producido una vulneración del principio estudiado, procede examinar si entre la primera sanción de que fue objeto el recurrente y la última existe o no identidad de sujetos, hechos y fundamentos jurídicos.

En cuanto a las medidas cautelares adoptadas antes de que recaiga la resolución sancionadora la Sala de lo Militar ha manifestado que no están excluidas por el principio ne bis in idem, en este sentido cabe citar la STS 5.ª de 18 de junio de 2001 (RJ 2002/5554)».

V. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS RELATIVAS AL PROCEDIMIENTO

A) CONSIDERACIONES GENERALES

El procedimiento sancionador, como indica Agúndez Fernández⁵⁵, presenta gran importancia tanto en su regulación normativa como en la aplicación concreta de las sanciones. El procedimiento sancionador se

⁵⁴ En este sentido resultan muy interesantes los criterios apuntados por la la STS de 19 de abril de 1990 (RJ 1999, 3507)

⁵⁵ Citado en la Obra colectiva, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo. Aranzadi 2000 (José María Ayala Muñoz, Francisco García Gómez de Mercado, José Manuel Gutiérrez Delgado, José Ignacio Monedero Montero de Espinosa, M.ª Dolores Ripoll Martínez de Bedoya, Manuel Rivero González, Francisco Sanz Gandasegui, José Ignacio Vega Labella). Págs. 917 y siguientes.

caracteriza, en esencia, por el equilibrio entre la garantía de protección de los intereses públicos, que son los de todos los ciudadanos convivientes en la sociedad, dañados por el hecho infractor, y la garantía de asegurar los derechos del administrado, ecuación de intereses claramente instituida y prevista por los artículos 103.1 y 24.1 de la CE. Es más, como apunta García Manzano⁵⁶, no basta con que se tramite un procedimiento, sino que ha de ser el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, consideraciones que, predicadas del procedimiento sancionador común, resultan también aplicables al procedimiento disciplinario militar⁵⁷.

Así como ya quedó señalado al comienzo del presente trabajo, según constante jurisprudencia, los principios y garantías procesales predicadas en el art. 24 de la C.E. son aplicables con los debidos matices al procedimiento administrativo sancionador y, en concreto, al procedimiento disciplinario militar, este sentido cabe citar la STC 14/99, de 22 de Febrero (Sala Segunda) –RTC– 1999/14.

Ahora bien, puesto que las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos basadas en la existencia de una relación de sujeción especial, entre las que el militar se encuentra, sólo son admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial (STC 21/1981, FJ 15) y habida cuenta que los derechos fundamentales –entre ellos los recogidos en el artículo 24 de la CE– una vez asumidos como decisión constitucional básica han de informar todo nuestro Ordenamiento jurídico, también «el régimen disciplinario militar ha de incorporar este sistema de valores y, en consecuencia en aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, el procedimiento disciplinario legalmente establecido ha de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa, de modo que este derecho no se convierta en una mera formalidad, produciéndose en definitiva, indefensión» (STC 21/1891, fundamento (STC 21/1891, FJ 10.º).

⁵⁶ Ob. Colectiva citada. Págs. 917 y siguientes.

⁵⁷ En este sentido cabe destacar que el la L.O. 12/07 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil regula el procedimiento sancionador en su Título IV, recogiendo dentro de sus disposiciones generales de carácter procedimental las garantías y los derechos que asisten a los interesados en todos los procedimientos disciplinarios, incluyendo los instruidos por falta leve, determinándose el contenido de la orden de inicio para desterrar, como indica su Exposición de Motivos, cualquier atisbo de indefensión y se sustituye el anterior procedimiento oral, para la sanción por faltas leves, por uno nuevo simplificado de carácter escrito.

Dicho contenido básico incluye, al menos, además de la garantía de la contradicción que lo define, el derecho a ser informado de la acusación, el de ser presumido inocente y el de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, así como el derecho a no declarar contra sí mismo, con el contenido reconocido para la potestad administrativa sancionatoria general (sobre el mismo se pronuncia la STC 77/1983 –RC 1983/77–).

Dicha doctrina ha sido recogida por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, así en STS 5.^a de 10 de Mayo de 2000 (RJ 19/1999) se dice que [...] el Tribunal Constitucional ha declarado en tal sentido que «las garantías procesales constitucionalizadas en el artículo 24.2 de la Constitución son de aplicación al ámbito administrativo sancionador, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional» –sentencia 18/1991 (TRC 199/18)–. Asimismo en sentencia 7/1995 (TRC 1995/7) se dice que tal traslación viene condicionada a que se trate de garantías que resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador y se citan como tales los anteriormente citados.

También en dicha sentencia se hace referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 21/81, en la que se manifiesta que la potestad disciplinaria vigente en el seno de la Administración Militar se ejercita en un ámbito en que «la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales», concluyendo que «el procedimiento militar de carácter disciplinario no puede por su propia naturaleza quedar sometido a todas y cada una de las garantías procesales que rigen el proceso penal», añadiéndose por último, por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 22 de febrero de 1999 que «no puede trasladarse si más al ámbito sancionador administrativo la doctrina constitucional elaborada acerca de la imparcialidad de los órganos judiciales», ya que «sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo» –sentencia 22/1990 (RTC 1990/22)–.

A continuación se expondrá la doctrina jurisprudencial sobre los mencionados principios, con referencia, sin ánimo de exhaustividad y por su importancia, a los anteriormente mencionados.

B) DEFENSA

La sentencia del Tribunal Constitucional 18/81, de 8 de junio, nos enseña⁵⁸ que, como consecuencia del derecho de defensa, excluyente de la indefensión, debe afirmarse «la exigencia de que el implicado disfrute de una posibilidad de defensa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el expedientado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga (SSTC 18/81 [RTC 1981, 18], 2/87 [RTC 1987, 2], 229/1993 [RTC 1993, 229] y 56/1998 [RTC 1958, 56], la vigencia del derecho a la utilización de los medios pertinentes para la defensa (SSTC, 212/1995 [RTC 1995, 212] 83/97 [RTC 1997, 83]), del que se deriva que vulnera el artículo 24.2 de la CE la denegación inmotivada de una determinada prueba (STC 39/1997 [RTC, 1997, 39]) así como la prohibición de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (STC 127/1996)». La Sala de lo Militar en sentencia de 6 de julio de 1998 FJ 5.º (RJ 1998/6268) manifiesta que el derecho del encartado a emplear los medios (de prueba) que estime convenientes para su defensa, que se recoge en el artículo 24 número 2 de la Constitución Española, como instrumental del esencial derecho a defenderse, forma parte del que a todo ciudadano corresponde a un proceso –también los procedimientos administrativos sancionadores– con todas las garantías.

La STS 5.ª de 21 de Junio de 2006, en su FJ 1.º, lleva a cabo un estudio sistematizado sobre el indicado derecho, declarando que es doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba (Art.24.2 CE)⁵⁹:

- Que aquel no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes están facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino sólo a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/91, 233/92 y 26/00).
- Que el derecho a utilizar los medios de prueba es un derecho de configuración legal, por lo que es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (STC n.º

⁵⁸ Citado en la Obra Colectiva, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo. Aranzadi 2000 (José María Ayala Muñoz, Francisco García Gómez de Mercado, José Manuel Gutiérrez Delgado, José Ignacio Monedero Montero de Espinosa, M.ª Dolores Ripoll Martínez de Bedoya, Manuel Rivero González, Francisco Sanz Gandasegui, José Ignacio Vega Labella). Págs. 953 y siguientes.

⁵⁹ También en este sentido se pronuncia la STS5.ª 7146/2007, de 19 de octubre.

101/89 y 47/00), siendo sólo admisibles los medios de prueba admitidos en Derecho.

- Es preciso que la falta de actividad probatoria se haya concretado en una efectiva indefensión del recurrente o, lo que es lo mismo, que sea decisiva en términos de defensa (SSTC n.º 219/98 y 45/00).
- La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de razonar la relación entre los hechos que se quisieron y no pudieron probar y, por otro, que, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, la resolución del proceso podría haber sido otra, ya que sólo en tal caso hubiera podido apreciarse el menoscabo efectivo del derecho de defensa (SSTC n.º 69/01 y 45/00).

En la regulación en la LORDFAS y LORDGC el derecho de defensa del expedientado aparece contemplado en sus diversas manifestaciones en el procedimiento por faltas leves, graves y causas extraordinarias, y faltas leves, graves y muy graves en la LORDGC.

Por lo que se refiere al procedimiento por falta leve y a la práctica de prueba (las demás manifestaciones del derecho de defensa serán estudiadas más adelante) el art. 49 de la LORDFAS dispone «La autoridad o mando que tenga competencia para sancionar una falta leve seguirá un procedimiento preferentemente oral, en el que verificará la exactitud de los hechos, oirá al presunto infractor en relación con los mismos, comprobará si están tipificados en alguno de los apartados del artículo 7 de esta Ley y, si procede, graduará e impondrá la sanción correspondiente, ateniéndose a las circunstancias concurrentes en el hecho y en el infractor». De similar dicción era el artículo 38 de la LO 11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil), si bien con referencia expresa a la posibilidad de alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes).

La L.O. 12/07 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, introduce una importante novedad al incorporar en su Título IV relativo al «Procedimiento sancionador» un procedimiento simplificado escrito por faltas leves en el Capítulo II, titulado «Procedimiento por faltas leves,» comprensivo de los artículos 50 y 51⁶⁰.

Como anteriormente se ha dicho en la L.O 12/07 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil la regulación del procedimiento por falta leve

⁶⁰ La resolución que ponga fin al procedimiento debe dictarse conforme a lo previsto en el art. 47 de la Ley, comprendido dentro del Capítulo I del Título IV relativo a «Disposiciones generales», es decir, en igual forma que la resolución que pone fin al procedimiento por faltas grave y muy graves, que en dicha Ley resulta unificado.

resulta sustancialmente innovada, por una parte, el interesado es informado de su derecho de defensa conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley, comprendido dentro de las disposiciones generales del procedimiento y por tanto de la misma forma que en el procedimiento por faltas graves y muy graves y por otra parte, en la regulación del procedimiento por falta leve se introduce una fase diferenciada en el caso de que el interesado proponga prueba, pues ha de resolverse sobre ella de forma motivada, y dar vista de la practicada y demás actuaciones que conformen el procedimiento para que pueda formular alegaciones en el plazo de cinco días.

En cambio en caso de no proponerse prueba podrá resolverse el expediente, sin más trámite (art. 51).

Tanto el art. 56. 3 de la LORDFAS como el art. 57.5 de la vigente LO12/07de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil prevén el traslado al expedientado del pliego de cargos, quien podrá efectuar alegaciones y proponer pruebas (en el plazo de cinco días en la LORDFAS y resulta ampliado a diez días en la nueva LORDGC).

En cuanto a la intervención del expedientado en la práctica de la prueba, venía manteniendo la jurisprudencia que no estando legalmente prevista su intervención respecto de las diligencias anteriores al pliego de cargos, el mismo no podía asistir a su práctica aunque así lo solicitara (STS 5.^a núm. 51/96, de 15 de Octubre –RJ 1996/ 7229–, STS 5.^a de 12 de julio de 1999 –RJ 105/1998–). No obstante, esta doctrina ha sido objeto posteriormente de importantes matizaciones, en los términos que se precisarán al estudiar el derecho de asistencia letrada.

En este sentido constituye una novedad importante la previsión de la LO 12/07 de Régimen disciplinario de la Guardia Civil que garantiza el derecho de asistencia del interesado a las pruebas que se practiquen durante la tramitación del expediente⁶¹.

Siguiendo a Fortún Esquifino⁶² cabe resaltar que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes que puedan hacer efectiva la misma no es un derecho que debe entenderse de modo absoluto o ilimitado, sino que la conjunción de las características de pertinencia y necesidad configuran

⁶¹ Así el art. 46.3, relativo a las disposiciones generales, dispone que la práctica de las pruebas admitidas, así como las acordadas de oficio por el instructor, se notificarán previamente al interesado, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas (inciso este introducido en el precepto en la redacción definitiva de la Ley, que no figuraba en su Proyecto), indicándole el lugar, la fecha y la hora en que deba realizarse, y se le advertirá de que puede asistir a ella; a su vez, en su apartado cuarto, establece que las pruebas que se practiquen durante la tramitación del expediente, se llevarán a cabo, en todo caso, respetando el principio de inmediatez y el derecho del interesado a asistir a las mismas.

⁶² Ob. Cit. Comentario «Admisión y práctica de pruebas». Págs. 962 y siguientes.

una prueba a cuya práctica puede accederse, rechazándose, por el contrario, las que están dirigidas exclusivamente a dilatar el procedimiento, las inútiles que nada aportan al mismo y las innecesarias e irrelevantes que versen sobre extremos no esenciales o ya suficientemente acreditados.

En el supuesto que el expedientado propusiera pruebas en su contestación al pliego de cargos, el Instructor acordará la práctica de aquéllas admisibles en derecho que juzgue pertinentes. En otro caso denegará la práctica de las pruebas solicitadas mediante un acuerdo o resolución motivada⁶³ al que se incorporará una justificación razonable, por breve que sea, de su inadmisión. La trascendencia de la no admisión de prueba radica en que se ocasione una efectiva indefensión por la denegación de pruebas decisivas para la defensa.

Las anteriores consideraciones son predicables también a lo dispuesto en esta materia en los arts. 57 y 58 de la LO 12/07 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, en los que en esencia se mantiene la regulación contemplada en la L.O. 11/91, sin perjuicio de la unificación del procedimiento por faltas graves y muy graves y la desaparición del término gubernativo, como señala su Exposición de Motivos, y de la existencia dentro de las disposiciones generales de normas comunes en materia de prueba (Art. 46). Además debe tenerse presente la posibilidad de que el expedientado muestre su conformidad con la responsabilidad que se le impute en el pliego de cargos y también apunta la mencionada Exposición de Motivos como novedad destacable en la estructura de los expedientes, el principio de contradicción en la práctica de las pruebas en la segunda fase del procedimiento, una vez ha sido formulado el escrito de acusación provisional que constituye el pliego de cargos, en línea con lo mantenido en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. A su vez el art. 47 –disposición común– exigen que en la resolución que ponga fin al procedimiento se haga mención de la prueba practicada, y, en su caso, denegada, señalando respecto a ésta los concretos motivos de su inadmisión.

Por lo que respecta al Expediente Gubernativo, el art. 65 de la LORDFAS contempla la peculiaridad relativa a la prueba cuando el mismo sea iniciado como consecuencia de la comunicación del Órgano Judicial de la condena impuesta al expedientado, en esta caso la posibilidad de proponer pruebas se ciñe a aquéllas que pretendan demostrar la falsedad o inexis-

⁶³ En el Art.58 de la LORDFAS, relativo al procedimiento por falta grave, se dispone que la resolución de negando la práctica de las pruebas solicitadas por el expedientado será motivada y notificada al interesado

tencia de la sentencia notificada o la falta de firmeza de la misma, ya que conforme al art. 65.2 de la citada Ley el Instructor podrá no admitir otras pruebas distintas de aquéllas que no persigan tal finalidad⁶⁴.

C) AUDIENCIA

Una de las manifestaciones de la garantía constitucional del derecho de defensa es el principio de que nadie puede ser sancionado sin ser oído. Indica Fortún Esquifino⁶⁵ que la audiencia tiene por objeto que el interesado pueda adquirir conocimiento de los hechos que se le imputan y alegar en su defensa.

La audiencia debe llevarse a cabo «siempre con carácter previo a la resolución»(S. 6.05.04)[RJ 2004/3704]) y la carencia o la omisión del trámite puede implicar la producción de indefensión en sentido formal y material, en la línea en que se contempla constitucionalmente la proscripción de la misma (STC 273/2001, de 18.12 [RTC 2001/237]), en razón a que la indefensión se caracteriza por una «privación o minoración sustancial del derecho de defensa, menoscabo sensible de los principios de contradicción o desigualdad de la partes, que incide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar o acreditar en el proceso su propio derecho».

Reiteradamente, y desde su Sentencia 18/1981, de 8 de junio, el Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina, reflejada entre otras últimamente en la Sentencia 74/2004, de 22 de abril, que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio aba-

⁶⁴ Señala Matamoros Martínez que puede el Instructor considerar impertinentes y denegar la práctica de todas aquellas pruebas propuestas por el interesado que no se refieran a la falsedad, inexistencia o falta de firmeza de la sentencia condenatoria (Art. 65.2). Nada impide, sin embargo, que declare pertinentes aquellas encaminadas a proporcionar un mejor conocimiento de las circunstancias personales y profesionales del expedientado o de las que puedan afectar al interés del servio, parámetros todos ellos de individualización de los castigos disciplinarios (Art. 6). Cabe, así mismo, que, a la vista de las pruebas propuestas y admitidas, se acuerde la práctica de otras complementarias o de contraste. Considera el citado autor que el interesado puede intervenir en la práctica de las pruebas admitidas y las demás acordadas por el Instructor, si así lo pidió. Comentario «El Expediente Gubernativo Abreviado». Ob. Cit. Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2000. Pág. 1019.

⁶⁴ Ob. Cit. Comentario «El procedimiento en faltas leves» Pág. 911 y 912.

⁶⁵ El art. 38.1 de la LO 11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, se pronunciaba en similares términos aludiendo en el párrafo segundo a la posibilidad de que el expedientado en el trámite de audiencia podrá alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

nico de garantías derivadas del artículo 24 de la Constitución española, siempre que, especialmente por lo que se refiere al procedimiento disciplinario militar, resulten compatibles con su naturaleza (STC 14/1999, de 22 de febrero). Esta Sala ha manifestado respecto de este específico procedimiento sancionador que dada la leve entidad de las infracciones investigadas en él y la finalidad perseguida, aunque muestre una singular sencillez, se impone la salvaguarda del derecho de defensa mediante actuaciones precisas del mando sancionador que han de concretarse en la obligación de informar al presunto infractor de los hechos o de la conducta que se le atribuye y de su posible reproche disciplinario, ofreciéndole el derecho de actuar en su descargo mediante la formulación de alegaciones y la aportación de documentos y justificaciones que estime pertinentes. Como también hemos dicho recientemente, en el procedimiento por faltas leves el derecho a ser informado de la acusación comprende el conocimiento de los hechos imputados que se han de poner de manifiesto al expedientado, mas no se extiende necesariamente al conocimiento de la concreta falta disciplinaria que se atribuya al encartado, lo que puede tener lugar tras la audiencia y verificación de los hechos, al dictar y notificar la resolución sancionadora (Sentencia de 24 de mayo de 2004).

En el procedimiento disciplinario por falta leve el art. 49 de la LORD-FAS dispone que «La autoridad o mando que tenga competencia para sancionar una falta leve seguirá un procedimiento preferentemente oral, en el que verificará la exactitud de los hechos, oír al presunto infractor en relación con los mismos[...]»⁶⁶.

La regulación del procedimiento por falta leve en la LO 12/07 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil como ha quedado dicho es objeto de importantes novedades: ya que se sustituye el anterior procedimiento oral por un procedimiento regulado en el Capítulo II del Título IV, escrito, si bien simplificado en sus trámites, en cuyo acuerdo de inicio el expedientado ha de ser informado de los derechos que le asisten, dándosele traslado del pliego de cargos que podrá presentar un escrito de oposición y proponer pruebas (art. 50), además de ser titular del resto de derechos y garantías reconocidas al expedientado en el procedimiento por faltas graves y muy graves, ya que le son de aplicación las reglas generales que para todos los procedimientos establece la Ley, y por tanto es informado por los mismos principios referidos en el artículo 38 de la misma y del derecho de defensa en todas sus manifestaciones a que alude su art. 42.

⁶⁶La LO 11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil contemplaba la necesidad de declaración del expedientado en su art. 44.1.

De las STS5.^a de 27 de enero de 2006 y 23 de mayo de 2006, entre otras, en relación con el artículo 38 de la L.O 11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, relativo a la audiencia del presunto infractor, se extrae el derecho a ser informado de la acusación exige, para respetar el contenido esencial de tal derecho, que se ponga de manifiesto al expedientado los hechos imputados de manera que éste objetivamente pueda ser consciente de tal imputación y pueda alegar en su descargo y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

Por lo que respecta al procedimiento por falta grave tanto el artículo 56.1 de la LORDFAS como el actual art. 56.1 de la LORDGC, al igual que el anterior art.44.1, establecen la necesidad de que el Instructor tome declaración al expedientado.

Cuestión interesante es la relativa al derecho del expedientado a no declarar contra sí mismo, el Tribunal Constitucional, en sentencias de 197/95, 45/1997 y 161/1997, declaró que no puede suscitar duda que el derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa al que presta cobertura en su manifestación pasiva, rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, sin perjuicio de las matizaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes entre el orden penal y el Derecho administrativo sancionador, pues los valores esenciales que se encuentran en el artículo 24. 2 de la CE no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o la autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o quieran imputar o declarar en tal sentido.

Por lo que respecta a la necesidad de que el expedientado sea instruido del citado derecho la Sala Quinta se había manifestado en favor de la no exigibilidad de la instrucción en tal sentido, dado el silencio de la Ley, y atendida la naturaleza del procedimiento. No obstante con posterioridad, tal postura ha sido matizada y recientemente se ha sostenido que el expedientado debe ser instruido del indicado derecho. Así en la sentencia de 17 de Julio de 2006, la Sala perfila su anterior doctrina y, afirma que resulta de obligada observancia por el mando con potestad sancionadora, para conjurar el riesgo no descartable de que el supuesto infractor se considere obligado a contestar siempre al superior, en un erróneo entendimiento del deber de subordinación que forma parte de estatuto militar.

En cuanto a las consecuencias de la vulneración de la mencionada garantía, a la citada sentencia indica que la infracción del derecho a ser informado a guardar silencio no produce el efecto de anular la audiencia en su conjunto sino su contenido, de manera que deberá excluirse de la

misma lo dicho por el alegante al menos en lo que sea susceptible de causarle perjuicio, subsistiendo la realidad de dicho acto (se refiere al ilícito sancionado en la resolución recurrida) y la posible valoración disciplinaria (del mismo).

En el art 42 de la LO 12/07 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, dentro de las disposiciones generales, siguiendo las pautas marcadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se dispone que el expedientado sea informado en el momento en que se notifique la apertura del procedimiento, del derecho que le asiste a no declarar, a no hacerlo contra sí mismo y a no confesarse culpable, además del derecho a la presunción de inocencia y de asistencia legal en los términos previstos en el citado precepto.

D) ASISTENCIA LETRADA

Una de las manifestaciones del derecho de defensa es el de asistencia letrada, la cuestión más controvertida ante la falta de previsión legal al respecto ha sido la de si es o no necesaria la presencia física del letrado.

Tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente se había venido sosteniendo que la eficacia de la asistencia técnica no queda sustancialmente disminuida por la falta de presencia física del letrado, Esta doctrina sin embargo ha sido objeto posteriormente de importantes matizaciones. Así por lo que respecta al procedimiento por falta leve, el Tribunal Constitucional estimó vulnerado el derecho a la asistencia letrada en la sentencia núm. 74/2004, de 22 de abril⁶⁷.

El Tribunal Constitucional examina la cuestión, tomando como punto de partida el de que las restricciones al ejercicio del derecho de asistencia letrada sólo resultarán admisibles en la medida en que su ejercicio resulte incompatible con la finalidad del procedimiento disciplinario, ya que el acto de los poderes públicos que en el proceso de amparo se impugna tiene su origen en el ejercicio de la potestad disciplinaria vigente en el seno de la Administración Militar, cuya singularidad tiene reconocimiento constitucional ex art. 25.3 CE. Ahora bien, la extensión de los derechos funda-

⁶⁷ En el correspondiente recurso de amparo el expedientado invocó la violación del derecho a la asistencia letrada, ya que estando su Abogada en las dependencias donde había sido citado, se denegó su presencia en el trámite de audiencia; argumentando que el carácter no preceptivo de la asistencia letrada en ciertos procedimientos no impide que el interesado pueda hacer uso facultativo de la misma, [...]; por lo demás la presencia de la Abogada en nada perjudicaba a la finalidad de reponer la disciplina supuestamente quebrantada.

mentales 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 serán admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación de sujeción especial (STC 21/1981, de 15 de junio [RTC 1981/21 F.15]).

Ante la falta de una previsión legal en tal sentido el Tribunal no sienta un criterio general sino que será necesario examinar caso por caso si el ejercicio de la asistencia letrada resulta incompatible con la finalidad del citado procedimiento disciplinario⁶⁸. La L.O. 12/07 en su art. 42, ya antes mencionado, establece como disposición común para todos los procedimientos y por tanto, de modo inequívoco para el procedimiento por falta leve el derecho del expedientado a ser informado en el momento en que se notifique la apertura del procedimiento del derecho de asistencia legal contemplado en el propio artículo.

Por lo que respecta la procedimiento por falta grave en el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, el art. 53 de la LORDFAS relativo al procedimiento por falta grave, dispone, en su párrafo primero, que «el expedientado podrá contar en todas las actuaciones a que de lugar este procedimiento sancionador con el asesoramiento del abogado o el militar que designe al efecto»

Finalmente debe tenerse presente que el expedientado no tiene derecho aun Abogado del turno de oficio. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 12 de julio de 1993, declaró que la plena asistencia letrada sólo es exigible constitucionalmente en los procesos judiciales⁶⁹.

En este sentido el art.42.2 de la L.O. 12/07 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil dispone que los honorarios del letrado designado serán por cuenta del interesado.

⁶⁸ En el supuesto examinado el Tribunal consideró, en atención a dos datos –la proximidad del trámite de audiencia (28.12.2000) a la fecha de los hechos (23.12.2000) y que la abogada cuya presencia pretendía el recurrente se encontraba ya en las dependencias oficiales en el momento en que se iba a practicar el indicado trámite de audiencia, por lo que su realización no hubiera sufrido demora alguna por la circunstancia de que al mismo hubiese asistido la letrada– que la restricción al derecho a la asistencia letrada careció de justificación desde la perspectiva constitucional.

Muy interesantes resultan en este sentido las STS 5.^a de 17 de julio de 2006 y 24 de julio de 2006, en esta últimas se efectúan algunas consideraciones sobre la asistencia de Asesor Jurídico al Mando con potestad para sancionar el cual puede estar asistido si lo considera conveniente de Asesor Jurídico, sin que ningún precepto de la Ley Disciplinaria lo prohíba.

⁶⁹ Ob. Cit. Ob. Cit. «Comentario Asesoramiento» Pág. 932.

E) PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El derecho de presunción de inocencia está consagrado en nuestro sistema jurídico con rango de derecho fundamental en el artículo 24.2 de la Constitución, e implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 6.2 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Esto supone que es preciso que se haya practicado una suficiente prueba de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe esa presunción inicial⁷⁰.

Dicho derecho ha sido declarado aplicable en la esfera del procedimiento disciplinario militar (STC 6/95, de 10 de Enero) con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza (SSTC 120/94 y 23/95) como así se dice en la STS 5.^a de 13 de marzo de 2006 (RJ 2006/5330).

El derecho a la presunción de inocencia presenta el siguiente contenido:

- Implica, en primer término la absoluta necesidad de que toda sanción administrativa se sustente en una actividad probatoria de cargo.
- Requiere que las pruebas tenidas en cuenta merezcan tal concepto y sean constitucionalmente legítimas, al practicarse con todas las garantías (problemática de la prueba prohibida).
- Finalmente, que la valoración efectuada por la autoridad sancionadora de la prueba se acomode a criterios lógicos y racionales, no arbitrarios⁷¹.

Cabe resaltar respecto del valor del parte que, como señala Fortún Esquifino,⁷² desde el punto de vista del procedimiento el parte (a que se refiere el art. 46 de la LORDFAS y el art. 32.3 de la LORDGC) constituye un parte de denuncia que incorpora una declaración testifical cuyo valor probatorio puede variar en razón de las circunstancias concurrentes, y así en algunos supuestos estará en función de la comprobación de su

⁷⁰ STS .^a de 25 de marzo de 2005 (Sala de lo Penal) FJ 4.º –RJ 2005/439–.

⁷¹ En este punto son de especial interés las consideraciones efectuadas por las STS 5.^a de 15 de noviembre de 2004 FJ 4.º (RJ 2005/745) y 11 de diciembre de 2006, sobre que ha de entenderse por prueba de cargo y valoración de la prueba, así como las STS 5.^a 14-11-95, 15-11-04, 20-2-06, 23-10-07, 20-11-07, 21-12-07 sobre valor probatorio del parte y la STC 108/1984 sobre compatibilidad entre la presunción de inocencia y la adopción de medidas cautelares.

⁷² Fortún Esquifino en el Comentario «El parte» en la Ob. citada: Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2000. Págs. 890 y 891.

contenido por medio de otras pruebas, o bien en otros podrá estar dotado de un indiscutible sentido de cargo y constituir por sí mismo base probatoria suficiente para enervar la presunción de inocencia, especialmente cuando el dador del parte es observador directo de los hechos denunciados en el mismo.

Las garantías inherentes al derecho a la presunción de inocencia se encuentran plasmadas en la regulación de los distintos procedimientos disciplinarios: en el procedimiento por falta leve el artículo 49 de la LORD-FAS se refiere a la verificación de los hechos⁷³.

En el procedimiento por falta grave el art. 56.1 de la LORDFAS dispone que «El Instructor tomará declaración al expedientado y ordenará la práctica de cuantas diligencias Sean precisas para el esclarecimiento de los hechos y determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción (en parecidos términos, si bien de forma más detallada, se pronunciaba el art. 44.1 de la LO 11/91 de la LO 11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil)⁷⁴.

La L.O. 12/07 establece de forma expresa en el art. 46.1, relativo a las disposiciones comunes en materia de prueba, que «los hechos relevantes para la decisión del procedimiento deberán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho», estableciendo en su art. 47 la necesidad de hacer mención en la resolución que ponga fin al procedimiento de la prueba practicada, y, en su caso, señalando respecto a ésta, los concretos motivos de su inadmisión. Igualmente la práctica de pruebas

⁷³ Señala Fortún Esquifino que la verificación consiste en una genérica actividad probatoria que el mando competente acuerda por su propia iniciativa o a instancias del interesado en el trámite de audiencia, a la verificación puede procederse también de forma posterior y complementaria a la audiencia –en la que por lo general se concentrará toda actividad de investigación– sin perjuicio de volverse a oír al interesado en el caso de que resultasen sustancialmente alterados los hechos que se le imputaron en aquélla. Comentario «El procedimiento en faltas leves». Ob. Cit. Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2000. Págs. 909 y siguientes.

⁷⁴ Señala Fortún Esquifino que la presunción de inocencia que asiste al interesado impone que no sea éste a quien corresponda la carga de la prueba, pues no se encuentra jurídicamente obligado a demostrar su falta de culpabilidad. Serán los órganos instructores del procedimiento a quienes corresponde enervar la presunción mediante una actividad probatoria suficiente sobre la que fundar una resolución de culpabilidad, y para ello el párrafo 1.º de l art. 56 contempla una primera fase del procedimiento, que podemos calificar como instructora, que se inicia una vez cumplimentados los trámites preliminares y concluye con la formulación del pliego de cargos y su traslado al expedientado, momento a partir del cual, como se ha dicho anteriormente comienza la contradicción. Comentario. «Fase instructora. Pliego de cargos». Ob. cit: Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2000. Págs. 953 y siguientes.

dirigidas a la comprobación de los hechos objeto de imputación, es contemplada en su regulación tanto en el procedimiento por falta leve, como en el procedimiento por faltas graves y muy graves, con las garantías necesarias para que el derecho a la presunción de inocencia resulte plenamente respetado.

F) ACCESO A LA JURISDICCIÓN

En este apartado cabe destacar la problemática que plantea la exclusión del recurso contencioso-disciplinario (ordinario) respecto de las resoluciones sancionadoras por falta leve y su compatibilidad con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa reconocidos en los artículos 24.1 y 106.1 de la CE que le son inherentes⁷⁵.

En una primera etapa la jurisprudencia encontró justificada tal restricción, dada la levedad de dichas sanciones y la necesidad de preservar la disciplina, en este sentido pueden citarse las STC 39/1983 y STC 97/85 y la la STS 5.ª de 11 de mayo de 2000 (RJ 2000/5269); tal postura sin embargo ha sido posteriormente matizada, así la STC 202/2002, de 28 de octubre, declara que el derecho a la tutela judicial efectiva, «prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos; prohibición que se refuerza por lo dispuesto en el art. 106.1 de la Constitución cuando se trata del control judicial frente a la actuación administrativa (...)».

En la citada sentencia se considera además que la disciplina en los Ejércitos, si es que padece por la interposición de un recurso contencioso-administrativo ordinario contra una sanción leve, no puede erigirse en motivo constitucionalmente admisible para cerrar toda posibilidad de impugnación, por motivos de legalidad ordinaria, de una sanción impuesta por falta leve (F.J. 6).

Finalmente, la STC señaló que como la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en las resoluciones judiciales impugnadas tenía su origen en la no adecuación de los preceptos legales de aplicación a dicho derecho fundamental, resulta procedente, en aplicación de lo prevenido en el art. 55.2 LOTC, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 468, ap. b) y del art. 453.2 de la L.O. 2/1989, de 13 de abril, Pro-

⁷⁵ «Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional». José Jiménez Villarejo. Edit. Colex 1991. Pág. 50.

cesal militar, en el inciso «por falta grave», al apreciar que entra en contradicción con lo establecido en los arts. 24.1, 106 y 117.5 CE.

La Sala Quinta se ha pronunciado declarando que su tramitación es posible por los cauces del procedimiento ordinario en sentencia de 24 de febrero de 2006: en el supuesto contemplado el recurrente había interpuesto recurso contencioso-disciplinario ordinario contra una resolución sancionadora por falta leve prevista en el artículo 7.8 de la L.O. 11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, ante el Tribunal Militar Territorial Quinto que dictó providencia acordando dar el trámite previsto para el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

La Sala declara, en el Fundamento de Derecho Primero, que la problemática técnico jurídica que dicho recurso suscita se centra en determinar si puede interponerse contra las faltas leves no sólo el recurso preferente y sumario por vulneración de derechos fundamentales, sino también el recurso ordinario, señalando al respecto que la mencionada Sala ha dicho en sus sentencias de 24 de septiembre y de 22 de noviembre de 2004 y 25 de febrero de 2005, que de conformidad con cuanto expresó el Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de octubre de 2002, resulta a todas luces conforme a Derecho interponer recurso ordinario contra las faltas disciplinarias leves puesto que –reproduciendo las palabras del Tribunal Constitucional– la imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los Tribunales la adecuación a Derecho de la actuación administrativa que le sanciona por una infracción leve choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1.º CE, así como eventualmente, con el contenido del art. 106.1.º CE, que atribuye a los Tribunales el control de legalidad de la actuación administrativa.

Y así en aplicación de esta doctrina, resulta claro que el recurso ordinario interpuesto en su día contra la sanción a la que se refiere esta causa, debió ser admitido por el Tribunal Militar Territorial Quinto y al no hacerlo así, dicho Tribunal conculcó el derecho a la tutela judicial efectiva del hoy recurrente.

En base a las anteriores consideraciones, la Sala acuerda la estimación del recurso al haberse vulnerado por el auto recurrido el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de acceso al proceso.

Así pues por vía jurisprudencial, en la actualidad se va suavizando la exclusión citada mediante una amplia interpretación en la que se va dando cabida dentro de los cauces del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario a la impugnación de resoluciones sancionadoras por

falta leve, dando entrada al enjuiciamiento de cuestiones de legalidad ordinaria⁷⁶.

En la línea de evolución señalada la L.O 12/07 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil introduce en su la posibilidad de interponer el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra las resoluciones sancionadoras por falta leve.

G) MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES SANCIONADORAS

Finalmente y como corolario del reconocimiento en el procedimiento sancionador con carácter general y, en concreto, al disciplinario militar con las peculiaridades expuestas a lo largo del presente trabajo de las garantías previstas en el artículo 24 de la CE., cabe referirse siquiera brevemente, al deber de motivación de las resoluciones sancionadoras en cuanto derecho instrumental para la completa satisfacción del resto de garantías.

Al respecto resulta muy ilustrativa la STC n.º 7/98 de 13 de enero (RTC 1998/7) en cuyo FJ 6 se afirma que si por regla general el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de la legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales. También en relación con actos administrativos que impongan sanciones.

No obstante matiza la citada sentencia que si bien la exigencia de motivación de las sanciones constituye una medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24 de la CE., y las garantías que este propio precepto proyecta sobre los procedimientos administrativos sancionadores, no es posible trasladar, sin más, a esta sede la doctrina constitucional acerca de la motivación de las sentencias judi-

⁷⁶ En la actualidad además del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, antes citada, del art. 468, ap. b) y del art. 453.2 de la L.O. 2/1989, de 13 de abril, Procesal militar, en el inciso «por falta grave», al apreciar que entra en contradicción con lo establecido en los arts. 24.1, 106 y 117.5 CE, han sido admitidas a trámite varias cuestiones de constitucionalidad en el mismo sentido (cuestión de inconstitucionalidad n.º 9156-2006, 11075-2006, planteadas por el TMT 2.º, n.º 10204-2006, 10205-2006, 8783-2006, planteadas por el TMT 4.º, n.º 11075 planteada por el TMT 4.º), encontrándose pendientes de resolución.

ciales, sino que al igual que con los restantes principios del artículo 24 de la CE, debe hacerse «una traslación con matices» (STS 45/1997, FJ3.^a). Lo que, en cualquier caso, debe tenerse en cuenta es que la suficiencia de la motivación de las sanciones administrativas, al igual que la de cualquier otro tipo de resolución, no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para determinar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito.

La LORDFAS, en su artículo 50⁷⁷, no alude de forma expresa a la necesidad de motivación en el procedimiento por falta leve, si bien tal exigencia deriva de la aplicación supletoria de las normas de procedimiento común⁷⁸ y si, en cambio, en el procedimiento por falta grave en el art. 62 de la LORDFAS (y así lo disponía también el art. 51.1 de la L.O.11 /91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil). Dicha exigencia se contiene en el Art. del 47 de la vigente L.O. 11/07 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, como norma común a todos los procedimientos.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como ha quedado expuesto en el desarrollo del presente trabajo, puede concluirse, que, como no podía ser de otro modo, en el moderno Estado social y democrático de derecho, el expedientado en los distintos procedimientos disciplinarios dispone de las garantías constitucionales propias del proceso penal, tanto sustantivas como procesales, contempladas en los artículos 24 y 25 de la CE, que la jurisprudencia ha declarado aplicables a la potestad sancionadora de la Administración con la necesarias matizaciones, y, en concreto, en el ámbito disciplinario militar con las particularidades derivadas de la necesidad de mantener un equilibrio entre la disciplina y los derechos fundamentales del expedientado, todo ello en orden a que las Fuerzas Armadas puedan cumplir satisfactoriamente las misiones que le son encomendadas por el art. 8 de la CE.

Esta situación actual, es fruto de una importante evolución en la que fue fundamental la L.O. 12/85 de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en la que frente, a la regulación contenida

⁷⁷ Tampoco el art. 38.4 de la L.O. 11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil se refería de forma expresa a la necesidad de motivación.

⁷⁸ El art. 54.c) de la Ley 30/92 (LRJPAC) impone el deber de motivar los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.

en el Código de Justicia Militar de 1945, se separan la esfera penal y administrativa y se acogen los principios constitucionales en la regulación del procedimiento disciplinario, la L.O. 11/91, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, en la que se procede a regular de forma específica dicho régimen que hasta entonces y de manera provisional, se regía por la L.O.12/85 y la LO 8/98, de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de mayor perfección técnica y más garantista: destacadamente en lo que se refiere a la introducción del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario respecto de sanciones por falta leve, cuando vulneren derechos fundamentales, a diferencia de L.O. 12/85, que no contemplada la vía jurisdiccional respecto de tales sanciones, avance que pese a reconocer su importancia, fue considerado insuficiente por un sector doctrinal, siendo ésta última postura la mantenida por la jurisprudencia en los últimos años.

No obstante, el importante perfeccionamiento técnico que dichas normas comportan, debe aludirse a la parquedad de su regulación en algunas cuestiones, si bien la interpretación jurisprudencial de las mismas ha facilitado una aplicación acorde con las citadas garantías constitucionales, labor que se ha revelado especialmente importante en relación al procedimiento disciplinario por falta leve, que por su carácter preferentemente oral y la sencillez de su tramitación ha puesto de manifiesto de manera más patente la existencia de lagunas en materias fundamentales como los derechos de los que debe ser instruido el expedientado, y en particular de derechos tales como el de no declarar contra sí mismo o el de asistencia de abogado.

Como también se ha hecho referencia en los distintos apartados del presente estudio, como una manifestación más de esa continuada evolución, ha sido promulgada la Ley Orgánica 12/07, de 22 de Octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, vigente desde el día 23 de enero de 2008, en la que se lleva a cabo una regulación más detallada y de mayor perfección técnica, en el que se incluyen de forma expresa todos los derechos que asisten al expedientado, de los que ha de ser informado desde el momento en que se le notifique la apertura del procedimiento y en el que se contemplan detalladamente las garantías de la defensa y la contradicción.

Ello es especialmente importante respecto del procedimiento por falta leve en el que, a diferencia de la regulación anterior, se establece un procedimiento escrito, si bien de tramitación simplificada, pero al que resultan de aplicación las disposiciones comunes al procedimiento por falta graves y muy graves, que quedan unificados.

Debe destacarse también la desaparición en la misma de sanción de arresto del cuadro de sanciones disciplinarias.

Respecto de la sanción de arresto ha de mencionarse la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 2 de noviembre de 2006, dictada con relación a la demanda dirigida contra el Reino de España, en virtud del artículo 34 del Convenio de salvaguardia de los Derechos del Hombre y de Libertades Fundamentales, contra una sanción de arresto domiciliario impuesta al amparo de los artículos 7.27 y 10 de la LO11/91 del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

La Corte consideró, en consonancia con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sentada en la sentencia 14/99, que el arresto domiciliario constituye una verdadera privación de libertad y que dicha sanción vulneraba el artículo 5.1 de la Convención en base a la siguiente argumentación⁷⁹:

Como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre de 1989, la LO 12/85 sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, cuya aplicación a la Guardia Civil debía ser provisional, fue reemplazada por dos leyes orgánicas, una referida al Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, la LO 11/91, de 17 de junio, y la otra referida al Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, la LO 8/98, de 2 de diciembre.

En el momento del depósito del instrumento del instrumento de ratificación del Convenio de salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, el 29 de septiembre de 1979, España había formulado una reserva a los artículos 5 y 6 en la medida en que serían incompatibles con las disposiciones del Código de Justicia Militar –Capítulo XV del Título II y el Capítulo XXIV del título III– sobre el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

El 28 de mayo de 1986, el Representante Permanente de España en el Consejo de Europa informó, para comunicación a las Partes del Convenio, que estas disposiciones habían sido reemplazadas por la LO12/85, de 27 de noviembre –Capítulo II del Título III y Capítulos II, III y IV del Título IV– sobre el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entraría en vigor el día 1 de junio de 1986. La nueva legislación modifica la prece-

⁷⁹ Para respetar las disposiciones del art.5.1.a) del Convenio es preciso que la privación de libertad resulte de una resolución judicial, sea infligida por un tribunal competente con la autoridad requerida para juzgar el asunto, gozando de una independencia con relación al poder ejecutivo y presentando las garantías judiciales adecuadas. Por ello la adecuación de la legislación interna a la normativa del Convenio de salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales queda condiciona a la existencia de la oportuna reserva.

dente, reduce la duración de las sanciones privativas de libertad que pueden ser impuestas sin intervención judicial y aumenta las garantías de las personas durante la instrucción.

España confirma, sin embargo su reserva a los artículos 5 y 6 en la medida en que serían incompatibles con las disposiciones de la LO 12/1985, de 27 de noviembre, Capítulo II del Título III y Capítulo II, III y IV del Título IV, sobre el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas que entrarían en vigor el día 1 de junio de 1986.

La LO 12/85 ha sido revocada por la LO 8/98, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, España sin embargo no actualizó su reserva respecto de la LO 8/98 y tampoco lo hizo respecto de la LO 11/91, al entenderse por el Gobierno que el régimen disciplinario de la Guardia Civil se asimila al de los militares y considerar que el cambio legislativo, incluso la especificación por vía legal del régimen disciplinario de la Guardia civil, no vendría a modificar el contenido de la reserva material formulada por España en 1979 y actualizada en 1986.

La reserva que se refería por consiguiente a un régimen disciplinario cuya aplicación a la Guardia Civil sólo era provisional no fue actualizada a la luz de la LO11/91.

La reserva española tenía y siempre tuvo por objeto el «Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas». Si desde 1991 la Guardia Civil, «Fuerza y Cuerpo de Seguridad del Estado» y no «fuerza armada», tiene como imperativo legal, recordado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, un régimen disciplinario específico, diferente del de las Fuerzas Armadas y regido por una ley orgánica propia, la reserva no puede extenderse por consiguiente a una norma que tiene como finalidad una segregación del objeto reflejado en la reserva.

En consecuencia y por los argumentos contenidos en dicha sentencia —que han sido sintéticamente expuestos—, en la misma se estima vulnerado el artículo 5.1 a) del Convenio.

En la L.O. 12/2007 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, la sanción de arresto desaparece del catálogo de sanciones, resultando de aplicación el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a los miembros de la Guardia Civil, según su Disposición Adicional Sexta, cuando la misma actúe en el cumplimiento de misiones de carácter militar o cuando el personal de dicho Cuerpo se integre en unidades militares.

Por lo que respecta al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, España modificó su reserva a los artículos 5 y 6 para dar cobertura la L.O. 8/98, de 2 de diciembre-Capítulos II y III del Título III y Capítulos I, II, III, IV y V el Título IV. Dicha modificación quedó registrada por el Secre-

tariado General del Consejo de Europa el 23 de mayo de 2007 y publicada en el Boletín Oficial del Estado con fecha 7 de noviembre de 2007, ajustándose así dicha norma al Convenio de Roma par la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ÁLVAREZ ROLDÁN, LUIS y FORTÚN ESQUIFINO, RICARDO. «La Ley Disciplinaria Militar». Edit. Aranzadi. 1986.
- AYALA MUÑOZ, JOSÉ MARÍA, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO GUTIÉRREZ DELGADO, JOSÉ MANUEL, MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, JOSÉ IGNACIO, MARTÍNEZ DE BEDOYA, M.^a DOLORES RIPOLL, RIVERO GONZÁLEZ, MANUEL, SANZ GANDASEGUI, FRANCISCO, VEGA LABELLA, JOSÉ IGNACIOI. Obra Colectiva, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo. Aranzadi 2000.
- BALADO RUIZ GALLEGOS, MANUEL. «Diversas cuestiones relacionadas con el Derecho Procesal Militar y el Asesoramiento Jurídico en el ámbito de las Fuerzas Armadas». Ministerio de Defensa. Subsecretaría de Defensa.2003.
- FORTÚN ESQUIFINO, RICARDO. «Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2000».
- GARBERÍ LLOBREGAT JOSÉ. «Potestad sancionadora, jurisprudencia constitucional y reforma del control jurisdiccional de las sanciones administrativas», actualidad jurídica Aranzadi, núm. 324, 31 de diciembre de 1997.
- GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, y BUITÓN RAMÍREZ, GUADALUPE. «El Procedimiento administrativo sancionador». Tirant lo Blanch. 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. «Curso de Derecho Administrativo II». Séptima Edición. Civitas. 2001.
- GARCÍA LABAJO, JUAN MANUEL. «Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas». Ministerio de Defensa. 2000
- DE MENDOZA FERNÁNDEZ, FRANCISCO JAVIER. «Nueva tipificación de faltas en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de Diciembre» publicado en la obra «La privatización de las empresas públicas en el ámbito de Defensa y otros estudios jurídico-militares.» Ministerio de Defen-

- sa. Subsecretaría de Defensa 2000.
- JIMÉNEZ IBAÑEZ, SALVADOR. «El derecho Administrativo Sancionador», Revista Jurídica de Castilla La Mancha, núm.18, agosto 1993.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ. «Potestad disciplinaria Militar y control jurisdiccional». Colex. 1991.
- MATAMOROS MARTÍNEZ, RAFAEL. «Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa. 2000».
- MEMENTO PRÁCTICO Francia Laefebvre 2002-2003.
- MOZO SEOANE, ANTONIO. «Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2000».
- MOZO SEOANE, «La jurisdicción Militar». Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1992.
- ROJAS CARO, JOSÉ. Derecho Disciplinario Militar. Tecnos. Madrid. 1990.
- SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, FRANCISCO JAVIER. «La Jurisdicción Militar». Consejo del Poder Judicial. Madrid, 1992.
- VILLASANTE Y PRIETO, JOSÉ LUIS. «Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2002.

TEXTOS

LEGISLACIÓN

LEGISLACION

María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera
Documentalista

JEFATURA DEL ESTADO

INSTRUMENTO de Ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000. (BOE n.º 64, de 14 de marzo de 2008).

INSTRUMENTO de Ratificación del Acuerdo sobre la Seguridad de la Información entre las Partes en el Tratado del Atlántico Norte, hecho en Bruselas el 6 de marzo de 1997. (BOE n.º 73, de 25 de marzo de 2008).

MINISTERIO DE DEFENSA

REAL DECRETO 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de

riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa. (BOE n.º 16, de 18 de enero de 2008).

REAL DECRETO 382/2008, de 14 de marzo, por el que se modifica el Reglamento general de ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto 1735/2000, de 20 de octubre. (BOE n.º 82, de 4 de abril de 2008).

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

REAL DECRETO 432/2008, de 12 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. (BOE n.º 90, de 14 de abril de 2008).

**MINISTERIO DE
ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS**

REAL DECRETO 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (BOE n.º 92, de 16 de abril de 2008. Corrección de errores, BOE n.º 93, de 17 de abril de 2008 y BOE n.º 124, de 22 de mayo de 2008).

**MINISTERIO DE LA
PRESIDENCIA**

REAL DECRETO 748/2008, de 9 de mayo, por el que se regula la Comisión Estatal contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. (BOE n.º 120, de 17 de mayo de 2008).

MINISTERIO DE DEFENSA

ORDEN DEF/91/2008, de 22 de enero, por la que se desarrolla la organización y funcionamiento de las Delegaciones de Defensa. (BOE n.º 26, de 30 de enero de 2008).

Orden DEF/587/2008, de 3 de marzo, que modifica la Orden 164/2001, de 27 de julio, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los pro-

cesos selectivos de acceso a las enseñanzas de formación para la incorporación a la escala superior de oficiales del Cuerpo Jurídico Militar. (BOE n.º 57, de 6 de marzo de 2008).

Orden Ministerial 434/07690/2008, de 9 de mayo, por la que se determinan las zonas de los escalafones para las evaluaciones para el ascenso al empleo superior. (BOD n.º 98, de 20 de mayo de 2008).

Orden Ministerial 59/2008, de 29 de mayo, por la que se modifica la Orden Ministerial 47/2007, de 26 de marzo, por la que se establecen las Plantillas de Militares Profesionales de Tropa y Marinería. (BOD, n.º 112, de 9 de junio de 2008).

Resolución 434/01594/2008, de 24 de enero, de la Subsecretaría de Defensa, sobre el personal de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas afectados por disolución, traslado o variación orgánica de las unidades, centros y organismos. (BOD n.º 24, de 4 de febrero de 2008).

Resolución 452/03820/08, de 6 de marzo, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se aprueba la activación de Reservistas Voluntarios encuadrados en los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas para Instrucción y Adiestramiento en Unidades, Centros y Organismos del Ejército de Tierra, de la Armada y

del Ejército del Aire, durante el año 2008. (BOD n.º 50, de 11 de marzo de 2008).

Instrucción 27/2008, de 15 de febrero, de la Subsecretaría de la Defensa, por la que se modifica la Instrucción 89/1994, de 20 de septiembre, del Secretario de Estado de Administración Militar, sobre tramitación del nuevo pasaporte militar y la obtención de títulos de viajeros con pasaporte y tarjeta de iden-

tidad militar. (BOD n.º 38, de 22 de febrero de 2008).

Instrucción 43/2008, de 24 de abril, de la Subsecretaría de Defensa, que modifica la Instrucción 54/2003, de 7 de mayo, por la que se establecen las puntuaciones y fórmulas ponderadas a aplicar en evaluaciones en los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas. (BOD n.º 87, de 5 de mayo de 2008).

JURISPRUDENCIA

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA

Dra. Eva María Bru Peral
Magistrado, miembro del Cuerpo Jurídico

I. DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

STS, SECCIÓN 4.^a, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2008, RECURSO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO 191/2007. PONENTE ANTONIO MARTÍ GARCÍA

Anulación del Real Decreto 399/2007 de 23 de marzo que aprueba el Protocolo de Intervención de la Unidad Militar de Emergencia

El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por el Gobierno vasco contra el citado real decreto por haberse omitido los informes de la Comisión Nacional de Protección Civil y del Consejo de Estado.

Tal como comienza la sentencia del alto Tribunal, para el adecuado análisis de las cuestiones que en el recurso se plantean es conveniente exponer los términos del Protocolo que se impugna y que son del siguiente tenor:

«PRIMERO.- La Unidad Militar de Emergencias (en adelante, UME) tiene como misión intervenir en cualquier lugar del territorio nacional para contribuir a la seguridad y bienestar de los ciudadanos, junto con las Instituciones del Estado y las Administraciones públicas, en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional y en el resto de la legislación vigente. La UME, crea-

dora mediante Acuerdo del Consejo de Ministros del 7 de octubre de 2005, es una Unidad integrante de las Fuerzas Armadas, encuadrada orgánicamente en el Ministerio de Defensa, que intervendrá de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo. Para el desempeño de sus misiones, la UME podrá utilizar efectivos y medios de otras unidades de las Fuerzas Armadas en los casos en que resulte necesario.»

«SEGUNDO.- La intervención de la UME podrá ser ordenada cuando alguna de las siguientes situaciones de emergencia se produzca con carácter grave: a) Las que tengan su origen en riesgos naturales, entre ellas inundaciones, avenidas, terremotos, deslizamientos de terreno, grandes nevadas y otros fenómenos meteorológicos adversos de gran magnitud. b) Los incendios forestales. c) Las derivadas de riesgos tecnológicos, entre ellos el riesgo químico, el nuclear y el radiológico o biológico. d) Las que sean consecuencia de atentados terroristas o actos ilícitos y violentos, incluyendo aquellos contra infraestructuras críticas, instalaciones peligrosas o con agentes nucleares, biológico, radiológicos o químicos. e) La contaminación del medio ambiente. f) Cualquier otra que decida el Presidente del Gobierno. Una vez producida una emergencia y ordenada la intervención de la UME, las actuaciones operativas a desempeñar por aquella se centrarán fundamentalmente en la adopción de medidas encaminadas a salvaguardar, proteger o socorrer la vida e integridad de las personas y de sus bienes, el medio ambiente, los espacios naturales y sus recursos y el patrimonio histórico-artístico. Las actuaciones operativas de la UME se concretan en la planificación, el adiestramiento y la intervención. Solo realizará las labores de prevención que sean necesarias para hacer frente a una emergencia declarada. Se excluyen del ámbito de actuación de la UME las emergencias en el mar, sin perjuicio de que en circunstancias excepcionales pueda acordarse su intervención, a propuesta del Ministro de Fomento, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.»

«TERCERO.- El Ministro de Defensa, por delegación del Presidente del Gobierno, ordenará la intervención de la UME, a propuesta del Ministro del Interior. Las autoridades competentes en materia de protección civil podrán solicitar del Ministerio del Interior la colaboración de la UME. Valorada la dimensión de la emergencia y los medios disponibles para hacerle frente, el Ministerio del Interior solicitará del Ministerio de Defensa la intervención de la UME. La decisión por la que finalice la intervención de la UME en una concreta situación de emergencia deberá ser adoptada por el Ministro de Defensa informando a la misma autoridad que solicitó la intervención. Los efectivos de la Unidad Militar de Emer-

gencias actuarán siempre encuadrados y dirigidos por los Mandos de la Unidad. En todos los casos en que intervenga, un representante del Ministerio de Defensa (UME) formará parte de la dirección de las citadas emergencias. El inicio y la finalización de la intervención de la UME serán notificados por el Ministerio de Defensa al Centro Nacional de Gestión de Crisis de la Presidencia del Gobierno.»

«CUARTO.- En los supuestos de emergencias declaradas de interés nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Norma Básica de Protección Civil, aprobada por Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, y para el caso en que por el Ministro de Defensa se decida la intervención de la UME, la dirección y coordinación operativa de las actuaciones a realizar en la zona siniestrada corresponderá al Jefe de la UME bajo la dependencia del Ministro del Interior. En los supuestos de emergencias no declarada de interés nacional, y para el caso en que por el Ministro de Defensa se ordene la intervención de la UME, su actuación deberá ajustarse a lo establecido en la legislación vigente en materia de protección civil.»

«QUINTO.- La UME podrá utilizar medios públicos y privados para el cumplimiento de las misiones asignadas y mientras dure su intervención, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del Real Decreto 1378/1985, de 1 de agosto. Las indemnizaciones y resarcimientos que procedan por las actuaciones sobre los bienes a que se refiere el apartado anterior se regirán por lo dispuesto en la legislación vigente sobre la materia.»

«SEXTO.- La responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por el personal de la UME en la ejecución de las misiones asignadas será imputable a la Administración Pública a la que pertenezca la autoridad con competencia sobre la emergencia. En aquellos casos en que la UME intervenga sin haberse producido una propuesta previa de otra Administración distinta de la Administración General del Estado, la responsabilidad corresponderá a ésta última.»

«SEPTIMO.- Con el fin de que la UME pueda cumplimentar satisfactoriamente las misiones asignadas, la Administración General del Estado facilitará el acceso a las redes y sistemas de alerta y emergencias existentes. Con el mismo objetivo, el Ministerio de Defensa suscribirá con las Comunidades Autónomas los acuerdos de colaboración necesarios para el acceso de la UME a sus redes de alerta y emergencia.»

«OCTAVO.- Los miembros de la Unidad Militar de Emergencias, en el cumplimiento de sus misiones, gozarán del carácter de «agente de la autoridad».

En el fundamento de derecho cuarto, el Tribunal Supremo acepta la tesis de la parte recurrente por estimar que el Real Decreto 399/2007, antes de su aprobación debía de haber sido informado por la Comisión Nacional de Protección Civil. Y lo hace sobre la base de los siguientes argumentos:

«en efecto si el artículo 17.2 apartado d) de la Ley de Protección Civil Ley 2/85 de 21 de enero, dispone que la Comisión Nacional de Protección Civil ejercerá las siguientes funciones “Informar las disposiciones y normas reglamentarias que, por afectar a la seguridad de las personas y bienes, tengan relación con la protección civil”, es obvio que cuando se trate de una norma Real Decreto 399/2007, que está inserta en el ámbito de la protección civil que define la Ley 2/85 y que concreta la Norma Básica de Protección Civil aprobada por Real Decreto 407/92 de 24 de abril, y que afecta a la seguridad de las personas y bienes, debería haber sido sometida al informe de la citada Comisión Nacional de Protección Civil.»

«Y tales presupuestos concurren en el supuesto de autos, pues en efecto y de una parte, que el Real Decreto 399/2007 afecta a la seguridad de las personas y bienes, se advierte no solo del preámbulo del citado Real Decreto, cuando dice entre otros, «De ahí que una exigencia indeclinable sea el mantener un sistema de alerta y previsión para garantizar la seguridad de las personas y su bienes» o cuando precisa «la garantía de la seguridad de las personas y de sus bienes cuando una catástrofe o calamidad las pone gravemente en peligro... requieren una permanente alerta y la organización de medidas queden una respuesta rápida, enérgica y eficaz, a los riesgos afrontados», y cuando precisa que «se trata de contribuir a ofrecer una respuesta adecuada a la magnitud de los riesgos de accidentes, calamidades o desgracias públicas que amenazan a la sociedad, sino que además se advierte también del propio contenido del Protocolo de Intervención de la Unidad Militar de Emergencias, cuando refiere en su apartado primero que la Unidad Militar de Emergencias tiene como misión intervenir en cualquier lugar del territorio nacional para contribuir a la seguridad y bienestar de los ciudadanos», o cuando en su apartado segundo precisa «en la adaptación de medias encaminadas a salvaguardar, proteger o socorrer la vida e integridad de las personas y sus bienes y cuando en fin en su apartado quinto autoriza a la Unidad Militar de Emergencia a utilizar medios públicos y privados para el cumplimiento de las misiones asignadas y prevé las oportunas indemnizaciones y resarcimientos por las citaciones sobre los bienes.»

«Y de otra porque estimar que esa intervención sobre las personas y bienes está en relación con la protección civil, como exige el artículo 17 de la Ley 2/85, aparece también con toda claridad en la norma aquí

impugnada, tanto en su preámbulo cuando expresamente refiere» todo ello se hace, por lo demás, en el marco operativo diseñado por la Ley 2/85 de 21 de enero de Protección Civil», como cuando en el apartado Cuarto del Protocolo antes citado se refiere expresamente a los supuestos previstos en el artículo 9 de la Norma Básica de Protección Civil aprobada por Real Decreto 407/92 de 24 de abril, sin olvidar en fin, que la Unidad Militar de Emergencia, de acuerdo con la norma que la regula, tiene por finalidad cumplir los objetivos propios de la protección civil en supuestos concretos que por su gravedad se estima conveniente y necesaria su intervención al amparo si de lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional como expresamente dispone el apartado primero del Protocolo, pero sin olvidar que el artículo 2 de la Ley 2/85 de Protección Civil, en su apartado 1 refiere, que la competencia en materia de protección civil corresponde a la Administración Civil del Estado y en los términos establecidos en esta Ley, a las restantes Administraciones Públicas y en su apartado 2, también refiere que asimismo, y en tiempos de paz, cuando la gravedad de la situación de emergencia lo exija, las Fuerzas Armadas, a solicitud de las autoridades competentes, colaborarán en la protección civil, dando cumplimiento a la misión que se les asignen, de lo que obviamente también se infiere, la imbricación y la relación entre la protección civil y el contenido de la norma aquí impugnada, cual exige el artículo 17 de la Ley 2/85 mas atrás citado.»

«Por último y a mayor abundamiento, se ha de significar, como una razón mas para la necesidad del informe previo de la Comisión Nacional de Protección Civil, que si en esa Comisión participan las Comunidades Autónomas por medio del oportuno representante cual refiere el artículo 17.1 de la Ley 2/85, y si en materia de protección civil, cual ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, entre otras en sentencias 123/84 de 18 de diciembre, 133/90 de 19 de julio y 118-98 de 4 de junio, concurren competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, hubiera sido el cauce adecuado para la oportuna audiencia, a pesar de que esta audiencia no aparezca exigida de forma directa, como el Abogado del Estado refiere, a la luz de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Ley del Gobierno, Ley 50/97.»

En cuanto a la omisión del dictamen del Consejo de Estado, el tribunal Supremo declara que:

«a juicio de esta Sala, el Real Decreto 399/2007, no es un reglamento organizativo como mantiene el Abogado del Estado y si un reglamento ejecutivo, tanto de algunos aspectos de la Ley 5/2005, Ley Orgánica de la Defensa Nacional, como de la Ley 2/85, Ley de Protección Civil.»

«Es bien cierto que la propia norma en su preámbulo reitera los términos organización, organización de medidas y coordinación, y que a partir de la realidad que regula intervención de una unidad militar encuadrada en las Fuerzas Armadas, se podría entender, cual el Abogado del Estado mantiene que se trata de un reglamento organizativo, pero frente a ello no es menos cierto que también en su preámbulo hace una continua referencia a las Leyes 2/85 y 5/2005, y sobre todo, que del contenido del Protocolo, aunque se advierte la existencia de ciertas cuestiones organizativas, lo que predomina no es precisamente la organización de la Unidad, y si cuando actúa, cómo actúa, como se relaciona, que efectos produce su intervención respecto a otras autoridades y respecto a las personas, e incluso en fin se regula la responsabilidad frente a terceros de sus actuaciones en relación tanto con la Administración del Estado como con otras Administraciones, y se atribuye a los miembros de la Unidad el carácter de agentes de la autoridad.»

«En primer lugar se justifica su intervención, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado Primero del Protocolo, no al amparo de la colaboración prevista y dispuesta en el artículo 2 de la Ley de Protección Civil Ley 2/85 y si al amparo de lo dispuesto en el artículo 15.3 de la Ley 5/2005 graves riesgos, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, concepto este último genérico que precisa de la oportuna delimitación.»

«En su apartado segundo del Protocolo se definen los supuestos de intervención, en situaciones de emergencia que se produzca con carácter grave, que es un concepto jurídico indeterminado y a continuación define los supuestos que se han de dar con carácter grave, y que a juicio de la parte recurrente no coinciden con los supuestos definidos por el Tribunal Constitucional cuando se ha ocupado de la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas».

«En el apartado Cuarto del Protocolo, que se ampara en el artículo 9 de la Norma Básica de Protección Civil aprobado por Real Decreto 407/92, exige la intervención de un representante de la UNE en la dirección de emergencias respecto a planes cuya aprobación hubiera podido corresponder a la Comunidad Autónoma».

«En el apartado Quinto del Protocolo faculta a la Unidad Militar de Emergencia a utilizar medios públicos y privados, que no es otra cosa que la aplicación al supuesto de autos de lo previsto en el artículo 4.º de la Ley de Protección Civil, Ley 2/1985.»

«El apartado Sexto del Protocolo determina los sujetos responsables por los daños ocasionados por la UME en su actuación.»

«Y en fin su apartado Octavo atribuye a los miembros de la UME la cualidad de agentes de la autoridad.»

II. ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA

STS, SECCIÓN 4.^a, DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2008, RECURSO DE CASACIÓN 7077/2005. PONENTE ANTONIO MARTÍ GARCÍA

Propiedad municipal y establecimiento militar

Se analiza en la presente sentencia la resolución del Ministerio de Defensa de 3 de septiembre de 2003, que denegaba el requerimiento de anulación formulado sobre la Orden 1846/2003 de 23 de junio que señalaba la Zona de Seguridad del establecimiento el Picacho, en los términos municipales de Palos de la Frontera y Moguer (HUELVA).

Tal como se establece en los fundamentos de derecho segundo y tercero de la sentencia impugnada: *«SEGUNDO.- Tal y como ha quedado probado a lo largo del procedimiento en 1987 la Gerencia de Infraestructuras de la Defensa, órgano dependiente del Ministerio de Defensa, adquirió la finca siguiente: Rústica: Suerte de Tierra de este término y al sitio denominado “Dunas de Odid” con una superficie de ciento setenta y cuatro mil seiscientos tres metros cuadrados. Está ocupada en la actualidad por el Ministerio del Ejército. Linda: al Norte con Monte de utilidad pública “Baldíos de Moguer”; al Este, con porción segregada de finca matriz bajo la letra e) y denominada zona de Ciporsa-II; al Sur, con Avenida Central; y al Oeste, con porción segregada de la finca matriz bajo la letra A». También ha quedado plenamente probado que el Establecimiento «El Picacho» sirve como alojamiento de la Jefatura CMT Medono del Loro, así como a las unidades que utilizan dicho Campo de tiro.»*

«TERCERO.- Probados que han sido los extremos anteriores procede entrar al fondo del asunto que no es otro que legalidad o no de la Orden del Ministro de Defensa de 23 de junio, BOE 8 de julio de 2003, cuyo texto es el siguiente: «Por existir en la Región Militar Sur la instalación militar Establecimiento «El Picacho», situada en los términos municipales de Palos de la Frontera y Moguer (Huelva), se hace aconsejable preservarla de cualquier obra o actividad que pudiera afectarla, así como asegurar tanto la actuación eficaz de los medios de que disponga como el aislamiento conveniente para garantizar su seguridad, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Ejecución de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero. En su virtud, y de conformidad con el informe emitido por el

Estado Mayor del Ejército, a propuesta razonada del General Jefe de la Región Militar Sur, dispongo: Primero.- A los efectos prevenidos en el capítulo II del título I del Reglamento de Zonas e instalaciones de Interés par la Defensa Nacional, aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, la instalación militar Establecimiento «El Picacho», se considera incluida en el grupo cuarto de los regulados por el artículo 8 de dicho texto legal. Segundo.- De conformidad con lo establecido en el artículo 26 del citado Reglamento, la zona de seguridad próxima quedará fijada entre el perímetro de la instalación militar y el polígono determinado por los siguientes puntos, expresados en coordenadas UTM. La Ley de 12 de marzo de 1975, número 8/75, de Zona Militar de Costas y Fronteras Zonas e instalaciones de interés militar para la Defensa Nacional y su Reglamento número 689/78 de 10 de febrero de 1978 establecen: Art. «Las instalaciones militares y civiles declaradas de interés militar estarán dotadas de las zonas de seguridad a que se refiere el artículo 3 de esta Ley, en las cuales se podrá establecer la distinción entre «zona próxima» y «zona lejana»..... a todas las instalaciones militares se les atribuirá, por el Ministerio de que dependan, una clase o categoría de conformidad con las normas y clasificaciones que reglamentariamente se fijen...» El artículo 8 del Reglamento establece: «Cuarto. Edificaciones ocupadas por el Ministerio de Defensa, Capitanías y Comandancias Generales, Gobiernos y Comandancias Militares y cualesquiera otras que sirvan de sede a órganos de mando militares; establecimientos y almacenes de carácter no peligroso; prisiones militares y, en general, las instalaciones no incluidas en los grupos precedentes, destinados al alojamiento, preparación o mantenimiento de las Fuerzas Armadas...» En base a estos artículos se dicta la orden y la misma es ajustada a Derecho ya que lo que se pretende es que la instalación militar tenga el aislamiento para su seguridad así como para protegerla de cualquiera que pudiera afectarle, y máxime ahora que se está realizando, (ya habían finalizado) una Urbanización que está en el límite Oeste del establecimiento militar. Por último añadir que por todo lo expuesto, la autoridad competente para dictar la Orden es el Ministro de Defensa.»

Sobre esta base, y en relación con las alegaciones de la parte recurrente, el Ayuntamiento de Moguer, sobre la aplicación de la legislación de Montes, el Tribunal Supremo determina que: «tales cuestiones no tienen aquí ninguna virtualidad, pues, por un lado, no es este el momento ni es la jurisdicción contencioso administrativa la que tiene competen-

cia y potestad para determinar la propiedad de determinados terrenos, lo que exigiría el pertinente deslinde y la oportuna acción ante la jurisdicción civil, y por otro, como también refiere el Abogado del Estado adecuadamente, en la legislación reguladora de las zonas e instalaciones de defensa no se contiene excepción alguna en relación con las propiedades forestales catalogadas o no, además de que para valorar la normativa aplicable y sus posibles incidencias sería preciso antes haber acreditado y probado ante la jurisdicción competente la alegación que el recurrente hace sobre su propiedad de determinados terrenos, y sobre ello no hay que olvidar que el artículo 1 de la Ley 8/75 señala, «quedarán sujetos a las limitaciones previstas en esta ley los derechos sobre bienes situados en aquellas zonas del territorio nacional que en la misma se configuren...»

En cuanto a la prueba realizada en instancia, el Ayuntamiento recurrente alegó que se había valorado de forma arbitraria, ya que se demostró a través de dictamen pericial que la superficie ocupada actualmente por el establecimiento militar no se corresponde con la que realmente se adquirió, siendo ésta menor, al haberse invadido terrenos de propiedad municipal. Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo falla que: *«no cabe apreciar ninguna de las infracciones denunciadas, ya que el objeto del proceso era determinar la legalidad de la Orden que señala la Zona de Seguridad del Establecimiento del Militar el Picacho, y dado que en relación con ello el artículo 8 de la Ley 8/5 y el artículo 10 del Real Decreto 689/78 disponen la anchura de 300 metros, como norma general, contados desde el límite exterior o líneas principales que definen el perímetro mas avanzado de la instalación, y el artículo 11 agrega, que «cuando por la índole de la instalación las anchuras establecidas en el artículo anterior se consideren insuficientes a los fines de la seguridad que persiguen, podrán ampliarse o reducirse hasta el limite estrictamente indispensable, según convenga, para cada caso concreto», es claro que la mayor o menor anchura de la zona de seguridad no es por si solo elemento o dato suficiente para declarar la nulidad de la zona de seguridad delimitada, máxime cuando la sentencia recurrida expresamente declara que es ajustada a derecho porque lo que se pretende es que la instalación militar tenga el aislamiento para su seguridad así como para protegerla de cualquiera que pudiera afectarle, y además la zona de seguridad, como mas atrás se ha expuesto, puede afectar a terrenos propiedad de terceros, artículo 1 de la Ley 8/75.»*

«Sin olvidar que por la vía de la infracción de la valoración de la prueba lo que el recurrente pretende es acreditar la propiedad de unos

terrenos, que dice, incluidos en la instalación militar el Picacho, y ya mas atrás se ha referido que ello no es, ni puede ser el objeto de este proceso, que ha sustanciarse en su caso ante la jurisdicción civil.»

III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

A) STS, SECCIÓN 6.^a, DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2008, RECUSO DE CASACIÓN 4153/2004. PONENTE AGUSTÍN PUENTE PRIETO

Fallecimiento de militar

Tal como se recoge en la presente sentencia, los hechos examinados parten de los contenidos en el Auto de 2 de octubre de 2000 del Juzgado Togado Militar Territorial núm. 31 de Cataluña, por el que se acuerda el archivo de las actuaciones (folio 179 del expediente). Así: *«... el 8 de mayo pasado el soldado J. del R-00-1.º y perteneciente al RIMIX «BARCELONA N.º 63». Cia. MAPO de San Clemente de Sasebas participaba en un ejercicio ALFA, estando acampada la Unidad en el paraje de Mas Rebull término municipal de Cantallops, cuando sobre las 14 o 14,30 horas del 8 de mayo se mandó formar para la primera comida, yendo entonces los soldados hacia la línea de comida siempre portando su arma individual, FUSA CETME 5,56, portando J. el fusil al brazo, es decir cogido por el pistolete y en posición vertical con la bocacha hacia arriba cuando en un momento determinado y estando precedido inmediatamente de otros compañeros se produjo un disparo del fusil de J. que le alcanzó en la cabeza produciéndole la muerte instantánea, ante la vista subsiguiente de algún compañero que al oír el disparo y girarse vió derrumbarse a J. «.*

Se añade en el citado Auto que: *«ese mismo día a las 9,30 horas se había pasando revista de armas a la Cia. quitándose el cargador, montando el arma, disparando al aire y volviendo a poner el cargador, no habiéndose dotado de munición alguna, desconociéndose cómo se pudo obtener el cartucho que disparó el arma de J. y que era el único que se encontró en el arma del fallecido, CETME-serie L-n.º, cuyo funcionamiento es correcto, y a cuya arma corresponde la vaina del cartucho encontrado alrededor del cadáver».*

Frente a lo ocurrido, la madre del fallecido presentó petición de responsabilidad patrimonial que fue desestimado por el Ministerio de Defensa, por falta de nexo causal, lo que discute en casación la parte recurrente.

El Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho tercero de la sentencia establece que: *«Frente a tal argumento cabe afirmar que, como la sentencia precisa en el fundamento de derecho tercero, el día en que se produjo el fallecimiento del hijo de la recurrente, se había revisado el arma, comprobando que el cargador estaba vacío, y que fue el hijo de la actora, que tenía en su poder un cartucho, quien lo introdujo en el cargador, y después se disparó el arma. Afirmación de hecho no cuestionada debidamente en vía casacional y que resulta acreditada, en consecuencia, como punto de partida para el enjuiciamiento de la cuestión planteada. De ello resulta, indudablemente, que la responsabilidad de la indebida posesión del cartucho y su introducción en el arma se debió exclusivamente a la actuación del fallecido, sin que pueda imputarse por tal circunstancia responsabilidad alguna a la Administración, apareciendo tal hecho como determinante de una apreciación de nexo causal, excluyente de cualquier responsabilidad de la Administración.»*

«Porque evidentemente del hecho de que resultara imposible el control de la munición entregada a los tiradores, como se afirma por la sentencia recurrida, hace que no resulte posible atribuir responsabilidad a la Administración por el hecho de que indebidamente el fallecido tuviera en su poder munición que con clara negligencia volvió a introducir en el arma ocasionando el disparo y consiguiente fallecimiento del mismo; de ello se deduce la exclusiva responsabilidad de dicho soldado en los hechos ocasionantes de su fallecimiento.»

Concluye el Tribunal Supremo: *«Y no es óbice para ello la jurisprudencia que la recurrente invoca, enjuiciando la sentencia que cita de 12 de julio de 1999 un supuesto de suicidio ocurrido en un hospital psiquiátrico y en la que se apreció una culpa «in vigilando» por parte de dicho hospital; y tampoco es aceptable la infracción que se denuncia de la sentencia de 18 de julio de 2002, que analiza con carácter general el concepto de relación causal, pues de ello no cabe concluir que procede atribuir responsabilidad a los mandos militares por no haber evitado que el cartucho estuviera donde no debía, es decir, que hubiera sido sustraído por el fallecido y que por el mismo se hiciera un uso indebido del mismo, ya que la Administración militar el mismo día del accidente adoptó las medidas necesarias para evitar que existieran cartuchos en el arma y resulta la misma absolutamente ajena a la gravísima negligencia atribuible exclusivamente al fallecido que sustrajo un cartucho y lo introdujo indebidamente y contra toda norma de prudencia en el cargador, facilitando así la posibilidad de disparo del arma que, por otro lado, no se ha acreditado que fuera portata inadecuadamente en razón de órdenes militares.»*

Responsabilidad patrimonial por anulación de resolución sancionadora

Se analiza en la presente sentencia la petición de responsabilidad patrimonial de un Guardia Civil, fundada en la rebaja de la separación del servicio por la sanción de suspensión de empleo por seis meses a raíz de la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de enero de 2000, posteriormente confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2006. El demandante solicitaba como indemnización la suma de 360.000 euros. La Audiencia Nacional desestimó el recurso.

La Audiencia Nacional parte de la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial, en donde se requiere para que nazca dicha responsabilidad *«una actividad administrativa (por acción u omisión –material o jurídica–), un resultado dañoso no justificado y relación de causa a efecto entre aquella y ésta, incumbiendo su prueba al que reclama; a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la existencia de la fuerza mayor cuando se alegue como causa de exoneración»*.

El presente caso se encuadra en los supuestos de anulación de resolución administrativas, en orden a valorar si el presunto daño generado ha de ser calificado como lesión antijurídica o no, por ello, si existe o no el deber jurídico de la parte actora de soportarlo. En este sentido se trae a colación por el Tribunal Supremo la jurisprudencia existente sobre la obligación de soportar los perjuicios derivados del cumplimiento de una sanción cuando posteriormente es anulada.

Tal como se establece por la sentencia: *«En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que esta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar esta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecio-*

nales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que este se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo.»

En el caso analizado en la presente sentencia la sentencia de instancia de la Audiencia Nacional anuló la pérdida de la condición de militar del actor debido a la constatación de que no se había llegado a imponer al recurrente la pena de inhabilitación absoluta, que es a la que el artículo 65.1 d) de la Ley 17/1989 apareja dicha pérdida. Como se relata en el fundamento de derecho cuarto: *«De esta manera, a falta de su presupuesto indisociable, la condena a inhabilitación absoluta, y teniendo presente que esa pena no había sido tampoco cumplida de forma efectiva, es decir, que no había sido ejecutada –lo que, de haber sucedido, habría impedido la revisión de la condena conforme a la disposición transitoria sexta del Código Penal de 1995– no procedía acordar la pérdida de la condición de militar de carrera.»*

Por ello se concluye: *«Así las cosas, a tenor de la anterior doctrina jurisprudencial transcrita, la actuación de la Administración en el ejercicio de su actividad sancionadora ha de calificarse como razonable ya que la pérdida de la condición de empleo del actor fue en ejecución de la Sentencia de 8 de junio de 1989 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, y la revisión de la condena se produjo posteriormente, por Auto de dicha Audiencia de 6 de febrero de 1997, por lo que no concurren los requisitos establecidos normativamente para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración ni por tanto la obligación reparadora que de ella se deriva.»*

IV. PERSONAL

A) ASCENSOS

**SAN, sección 5.ª, de 5 de noviembre de 2008, recurso 113/2008.
Ponente Fernando Francisco Benito Moreno.**

Tiempo de servicios. Recurso de lesividad

La presente sentencia estima el recurso contencioso-administrativo de lesividad interpuesto por el Abogado del Estado. Los hechos parten de la resolución de la Subdirección de Gestión de Personal del Ejército del Aire

que acordaba la anulación de una resolución anterior por la que se ascendía al recurrente, al comprobarse que no cumplía los requisitos exigidos, seis años de servicios efectivos y seis años de tiempo de función entre los empleos de Teniente y Alférez, para el ascenso al empleo de Capitán del Cuerpo de Ingenieros del Ejército del Aire, Escala Técnica de Oficiales.

Los trámites administrativos se inician a raíz del informe de la Asesoría Jurídica General en donde se señala que al no ajustarse al ordenamiento jurídico el ascenso conferido al empleo de Capitán, debe, por ello, incoarse el oportuno procedimiento para la declaración de lesividad.

La sentencia valora si la Administración ha probado el carácter lesivo del acto administrativo cuya anulación pretende. Para ello comienza analizando la regulación del recurso de lesividad partiendo de *«los artículos 43, 45.4, 46.5, y 49.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la que aparte de asignar la legitimación a la Administración, se establecen un presupuesto y un requisito que sólo la misma puede cumplir, la previa declaración de que el acto es lesivo para los intereses públicos, y la necesidad de acompañar el expediente administrativo a la demanda que inicia el proceso (Sentencia de la Sala 3.^a de 3 mayo 1991).»*

«El artículo 43 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) dispone que «cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público».

«La previa declaración de lesividad es un trámite inexcusable para el ejercicio del recurso de lesividad, «al constituir un presupuesto procesal ya que, como preceptúa el artículo 56 de la Ley Jurisdiccional, –hoy el artículo 43 de la Ley 29/1998, de 13 de julio–, «cuando la propia Administración autora de algún acto pretendiere demandar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa su anulación, deberá previamente declararlo lesivo a los intereses públicos, de carácter económico o de cualquier otra naturaleza, en el plazo de cuatro años a contar de la fecha en que hubiera sido dictado», así como que en dicho proceso, por sus especiales características, se invierten las posiciones formales del procedimiento ordinario, adquiriendo la Administración la posición de actor» (Sentencia de la Sala 4.^a de 21 de febrero 1989). Y, por ultimo, en el proceso de lesividad es la Administración, que impugna sus propios actos, la que ha de probar los datos de hecho de los que derive el vicio determinante de la invalidez del acto. (Sentencia de la Sala 4.^a de 26 octubre 1987).»

Concluye en este punto la sentencia que: *«A la luz de estos principios, consta el cumplimiento de presupuesto procesal imprescindible, la decla-*

ración por la Administración del carácter lesivo para los intereses públicos de la Resolución cuya anulación se pretende en vía jurisdiccional, acompañándose el expediente administrativo tramitado al efecto.»

En el fundamento de derecho cuarto, que se transcribe, se estudia el caso concreto planteado: *«A tal efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 15 del Reglamento de Evaluaciones y Ascensos del Personal Militar Profesional aprobado por Real Decreto 1064/2001, de 28 de septiembre, establece, entre otros requisitos o condiciones para el ascenso al empleo militar inmediato superior, el consignado en su apartado 4, conforme al cual «para el ascenso a cualquier empleo militar es preceptivo tener cumplidos en el empleo militar que se ostente, los tiempos de servicios mínimos y de mando o de función que se establecen en el capítulo III de este Título».*

«Partiendo de esta premisa, el artículo 1.a) del citado Reglamento define el tiempo de servicios como «el tiempo transcurrido en las situaciones de servicio activo y servicios especiales, así como en la de excedencia voluntaria, por ingreso por el sistema de acceso directo, como alumno de los centros docentes militares de formación...» y el apartado c) de dicho precepto define el tiempo de función, que por pertenecer el interesado al Cuerpo de Ingenieros es el que aquí interesa, como «el tiempo necesario para el ascenso que tienen que cumplir los miembros de los Cuerpos de Intendencia, Ingenieros y Especialistas de los Ejércitos, así como los de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, o militares de complemento adscritos a los mismos, realizando cometidos propios de sus Cuerpos».

«Dicho lo anterior, y dada la remisión del artículo 15.4 del repetido Reglamento a los tiempos mínimos de servicio y de mando o función que se establecen en el Capítulo III de aquél, el artículo 31.1 exige, respecto de los Militares de carrera, para el ascenso al empleo de Capitán, seis años de tiempo mínimo de servicios, y el artículo 35.2, en relación con el Ejército del Aire y respecto de la Escala Técnica de Oficiales del Cuerpo de Ingenieros, exige como tiempo mínimo de función el de seis años en los empleos de Alférez y Teniente (computando ese período entre estos dos empleos militares). «

De esta forma se concluye que: «Así las cosas, se indica en los antecedentes que el interesado ascendió el empleo de Teniente con efectos de 1 de junio de 2000, habiéndose dispuesto su pase a la situación de excedencia voluntaria por interés particular con efectos del día 30 de noviembre de 2000, situación en la que permaneció hasta el día 28 de enero de 2003.»

«Pues bien, teniendo en cuenta el tiempo en que permaneció en situación de excedencia voluntaria el Sr. R, en la fecha que se produjo el ascenso, 1 de junio de 2006, no había cumplido los seis años de servicio efectivo, dado que tal requisito hubiera tenido lugar el 29 de julio de 2008 (folio 17).»

«Con lo cual, esa circunstancia imposibilita, obviamente, el cumplimiento del requisito del plazo o periodo de seis años de servicios efectivos en el empleo inmediato inferior desde el que se produjo el ascenso al empleo de Capitán, y es claro que la resolución n.º 762/08390/06, de 6 de junio, que acuerda el ascenso del Sr. Romeo al empleo de Capitán del Cuerpo de Ingenieros del Ejército del Aire, incurre en infracción del ordenamiento jurídico.»

SAN, sección 5.ª, de 12 de noviembre de 2008, recurso contencioso-administrativo 237/2007. Ponente María del Carmen Ramos Valverde.

Ascenso desde la situación de reserva

La sentencia analiza si el actor tiene derecho al ascenso al empleo de Comandante en virtud del artículo 5 del Real Decreto 1.000/1985, de 19 de junio, por el que se crea la situación de reserva transitoria. Se transcribe el fundamento de derecho segundo en el que se resuelve esta cuestión.

«El art. 5 del Real Decreto 1.000/1985, de 19 de junio, establece que «en la situación de reserva transitoria se tendrá derecho a un ascenso cuando haya obtenido, en régimen ordinario, el inmediato siguiente en el escalafón de procedencia que continúe en actividad». Por su parte, la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 17/1999 dispone quienes se encuentren en la situación de reserva, procedentes de la de reserva transitoria, «el derecho a un ascenso a partir de su pase a la situación de reserva transitoria, siempre que lo obtenga por orden de escalafón en el sistema de selección o por el sistema de antigüedad, uno que le siguiera en el escalafón de procedencia».

«Finalmente, la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 17/1989, de 19 de julio, que hace referencia al «Régimen transitorio de promoción interna de los Suboficiales», en su apartado 1 establece: «A partir de la entrada en vigor de la presente Ley no se producirán nuevos accesos a las Escalas relacionadas en los apartados 2 y 3 de la disposición adicional sexta de la presente Ley. Los Brigadas y Subtenientes que tuvieran las condiciones para acceder a las mismas lo harán en el momento de su pase a la situación de reserva, si lo solicitan previamente».

«Así las cosas, de conformidad con el art. 5 del Real Decreto 1.000/1985, de 19 de junio, en la situación de reserva transitoria se reconoce el derecho a un ascenso cuando lo haya obtenido en régimen ordinario, el inmediato siguiente en el escalafón de procedencia que continúe en actividad. Pues bien, antes de pasar el actor a la situación de reserva, no se dieron los requisitos para que se produjera un ascenso por no haber ascendido el inmediato siguiente en el escalafón de procedencia en situación de actividad. Por el contrario, los suboficiales en que si cumplieron los requisitos previstos legalmente se les reconoció un ascenso en dicha situación de reserva transitoria, y luego, se les reconoció otro ascenso de conformidad con la Disposición Transitoria 5.ª de la Ley 17/1989, de 19 de julio.»

«No se puede pretender que desde la situación de reserva se aplique una norma prevista para la situación de reserva transitoria. El actor fue ascendido al empleo de Capitán al pasar a la situación de reserva en virtud de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 17/1989, de 19 de julio, y en dicha situación de reserva no se puede producir ningún ascenso a tenor del art. 144.7 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo. Esta es la interpretación correcta que se da en la resolución 22/1999, de 20 de enero, del Subsecretario de Defensa, en la que se dice en su apartado cuarto que el ascenso de los Brigadas y Subtenientes a Teniente, una vez integrados en la situación de reserva, será considerado como el derecho a un ascenso reconocido al personal en situación de reserva transitoria.»

«Por otro lado, en nada afecta al demandante el hecho de que otros Capitanes con número posterior al de aquel hayan ascendido al empleo de Comandante, ya que estos se encontraban en la situación de reserva, procedentes de reserva transitoria, y, como acabamos de señalar, el actor no tiene derecho a obtener otro ascenso al estar en la situación de reserva.»

B) RETRIBUCIONES

SAN, sección 5.ª, de 29 de octubre de 2008, recurso de apelación 82/2008. Ponente Fernando de Mateo Menéndez

No retroactividad del Real Decreto-Ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad

El Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo núm. 8 estimó la pretensión del actor relativa al cobro de la indemnización por la suma de

48.000,00 euros por participar en operaciones internacionales de paz y seguridad. La Sala, por el contrario, estima el recurso de apelación presentado por el Abogado del Estado.

Se parte en este caso del Real Decreto Ley 8/2004 de 5 de noviembre que en su artículo primero dispone: *«Se establece un sistema de indemnizaciones cuando se produzca la muerte o daños físicos o psíquicos a los ciudadanos españoles relacionados en el artículo 2, con motivo de su participación en una operación de mantenimiento de la paz, de asistencia humanitaria o en otras de carácter internacional que hayan sido aprobadas específicamente por el gobierno a estos efectos.*

Las indemnizaciones tendrán carácter extraordinario y se concederán por una sola vez».

Por su parte, la Disposición Adicional Tercera de la citada norma establece: *«El presente Real Decreto Ley, entrara en vigor el mismo día de su aplicación en el Boletín Oficial del Estado».* Esto fue el 10 de noviembre de 2004.

La sentencia de la Audiencia Nacional parte de varias de sus sentencias (14 de marzo de 2007, recurso de apelación número 284/2006, 11 de abril de 2007, recurso de apelación número 281/2006 y 15 de noviembre de 2007, recurso de apelación número 257/2006), en donde *«ha establecido que dichas indemnizaciones solo pueden concederse en los supuestos que las lesiones se hayan producido después de la entrada en vigor de la Ley, y aunque no cabe la menor duda, puesto que resulta evidente, que tan incapacitado está el que haya sufrido las lesiones antes de la entrada en vigor como el que las padezca con posterioridad, siendo por tanto, una situación tan protegible como la otra y, más, si tenemos en cuenta que ambas se producen en las denominadas «operaciones de paz». Pero el hecho de que se produjeran con anterioridad al día 10 de noviembre de 2004 es suficiente causa para justificar que dichas situaciones no sean merecedoras de protección alguna.»*

«No obsta a esta conclusión lo que dispone el art. 8.2 del Real Decreto-Ley 8/2004, de 5 de noviembre, pues el mismo hace referencia a la tramitación de expedientes, pero siempre cuando las lesiones se han producido después de la entrada en vigor del citado Real Decreto-Ley, por lo que el plazo que se establece de seis meses en aquel precepto para solicitar la indemnización correspondiente, es para las lesiones ocasionadas con motivo de la participación en una operación de mantenimiento de paz antes del 10 de noviembre de 2004.»

Por ello continúa la Sala: *«La exclusión que hace el Real Decreto-Ley, de 5 de noviembre de 2004, a los que han sufrido lesiones en operaciones*

de mantenimiento de paz anteriores a la entrada en vigor del mismo, no vulnera el principio de igualdad como planteó la parte apelada en la primera instancia.»

«Al respecto debe traerse a colación la doctrina contenida en el Auto del Tribunal Constitucional núm. 331/2003 (Sala Segunda, Sección 4.ª), de 20 octubre Recurso de Amparo núm. 1264/2002, que dice:

«3. Entrando a contestar las alegaciones efectuadas por la recurrente, conviene señalar, como lo hace el Ministerio Fiscal, que para poder apreciar vulneración del art. 14 CE, es, condición necesaria que los términos de comparación que se aportan para ilustrar la desigualdad denunciada sean homogéneos. Hemos dicho que «el juicio de igualdad «ex» art. 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas» (SSTC 212/1993, de 28 de junio, F. 6; 80/1994, de 13 de marzo, F. 5, entre otras). Por ello, toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un «tertium comparationis» frente al que la desigualdad se produzca, que ha de consistir en «una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos» (ATC 209/1985, de 20 de marzo, F. 2). Así, puede decirse que dos individuos son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en ellos concurre una cualidad común, un «tertium comparationis» que opera como elemento definitorio de la clase, y son desiguales, cuando tal circunstancia no se produce.»

De lo anterior se concluye: «Pues bien, el Legislador puede tratar situaciones distintas de forma diferente, ya que la igualdad supone tratar a casos idénticos de forma igual, y los supuestos de hechos distintos de manera distinta, por lo que no existiendo términos comparativos válidos no cabe hablar de trato discriminatorio, ni, de por tanto, de vulneración del principio de igualdad.»

C) VALOR ACREDITADO

STSJ de Madrid, sección 9.ª, de 29 de mayo de 2008, recurso contencioso-administrativo 129/2005. Ponente Margarita Pazos Pita.

Se analiza en la presente sentencia si los hechos que se consideran probados son suficientes para dar por acreditado el valor y anotarlo así en la hoja de servicios de interesado, a la sazón Capitán del Cuerpo Jurídico

Militar. La sentencia estima el recurso presentado contra la negativa del Director General de Personal del Ministerio de Defensa de dicha pretensión.

La sentencia parte de la regulación contenida en la Orden Ministerial 50/1997, de 3 de abril, que aprueba el modelo de Hoja de Servicios para personal militar de carrera y de empleo de la Categoría de oficial, la cual establece que se anotará, en su caso, la condición de acreditado (del valor) y la fecha en que así lo haya declarado la autoridad competente. No obstante, la referida previsión no ha sido desarrollada hasta la fecha, motivo por el cual no se han concretado ni los casos ni la autoridad competente para declarar acreditado el valor.

La sentencia analizada se remite a doctrina anterior. Así: *«Ahora bien, como ya ha señalado esta Sección en la Sentencia de fecha 29 de diciembre de 2005, resulta acertado –como también se pretende en la demanda–, completar la Orden 50/1997 con lo dispuesto por la ya derogada de 10 de diciembre de 1970 en su anexo. Y en este sentido ya declaramos en la citada Sentencia que «(...) en este punto se ha de traer a colación el informe de la Asesoría Jurídica General a que antes hemos hecho mención, que el recurrente no cuestiona, y que, a juicio de esta Sección, también resulta acertado al completar la Orden 50/1997 con lo dispuesto por la de 10 de diciembre de 1970 en su anexo, pues tal como se ha indicado aquélla nada dice sobre cuál es la autoridad competente para declarar la condición de acreditado del valor de un militar ni en qué supuestos cabe hacerlo, y señalar, como se ha expuesto, que se considera que pueden ser merecedores de que en su Hoja de Servicios se haga constar el valor acreditado los miembros de las Fuerzas Armadas españolas que tomen parte o sufran cualesquiera actos de hostilidad o de violencia, defensivos u ofensivos, en las siguientes acciones...»*

Por ello: *«Sentado lo anterior, se ha de tener igualmente en cuenta que la STS de 7 de marzo de 2005, dictada en el recurso n.º 81/2003 interpuesto en interés de Ley, ya señaló que se consideraba acertado completar la Orden 50/1997, con lo dispuesto por la de 10 de diciembre de 1970 en su anexo. A lo que se añade, entre otros extremos, con cita y transcripción del subapartado 2.51 del anexo de la Orden que mencionamos, cuando relaciona los casos en los que se puede reconocer el valor acreditado, que «no hay duda de todos estos supuestos, también el de desconectar y anular los efectos de artefactos, petardos, minas y demás medios de destrucción, presuponen un escenario de enfrentamiento armado con el enemigo, ya que es lo que las normas tienen presente. Los criterios de interpretación sistemática y teleológica conducen a esta conclusión.»*

«Es verdad que ese contexto bélico no puede reducirse al de la guerra como estado declarado formalmente en contra de un Estado, sino que ha de incluir, además, las formas en las que actualmente se manifiesta. De ahí que deba utilizarse un concepto amplio de la misma que abarque todas las formas de conflicto armado en las que intervengan tropas españolas, contando entre ellas las operaciones internacionales de mantenimiento de la paz o de apoyo a los procesos de paz, así como las que tienen un carácter humanitario y se desarrollan en escenarios en la que la situación existente pueda requerir el uso de la fuerza militar.»

Sobre esta base se fijó por el Tribunal Supremo la siguiente doctrina legal: *«La declaración de que procede la anotación de «valor acreditado» en la hoja de servicios de los miembros de las Fuerzas Armadas precisa de una valoración discrecional técnica de la Administración y únicamente procede en situaciones de guerra o de conflicto armado o en operaciones militares que impliquen o puedan implicar el uso de la fuerza armada».*

Partiendo de lo anterior, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid entra a valorar las circunstancias concurrentes en el caso planteado de la siguiente manera descrita en el fundamento de derecho tercero:

«Por lo tanto, determinado el amplio contexto a que se acaba de hacer mención, sólo resta por examinar, fiscalizando la actividad administrativa impugnada, si el recurrente, de conformidad con lo ya señalado en la Sentencia de esta Sección de 29 de diciembre de 2005, sufrió y tomó parte en concretos y específicos actos de hostilidad o violencia, defensivos u ofensivos, cuestión que, a la vista de la total documental obrante en el expediente administrativo y en las actuaciones seguidas ante esta Sala, ha de recibir una respuesta afirmativa. Así, constan en el expediente administrativo y en las actuaciones seguidas ante esta Sala sendos informes del Jefe más caracterizado de los GTS designados en la Resolución 562/05195 /04, de 26 de marzo en los que, tras relacionar cada uno de los ataques sufridos los días 8, 10, 11, 12, 15, 26 y 27 del mes de abril de 2004, con mención a los heridos resultantes, se certifica la participación voluntaria del actor en el dispositivo de defensa de la Base durante los referidos ataques, dispositivo establecido por el Grupo Táctico «Quisqueya», responsable de la Base, concretándose igualmente las posiciones al efecto asignadas al personal que se cita —y entre ellos el actor—, mostrando en todo momento buena disposición a ocupar los puestos de mayor riesgo y espíritu de colaboración y compañerismo con el personal encargado propiamente de la seguridad, llegando a repeler por el fuego alguno de los citados ataques. E igualmente se señala en el informe que el Oficial que lo suscribe considera «que el citado personal se comportó de acuerdo a las exigencias del Honor Mili-

tar, al hacer uso de las armas en la defensa de su posición, de forma continuada y que sostuvo su ánimo con espíritu y valor ante las fuerzas hostiles mientras duraron los citados ataques».

«Y, en el mismo sentido, obra informe del Coronel Comandante de la Fuerza de Tarea «Quiqueya», BMN-PU de Diwaniyah en el que, tras la reseña de los mismos ataques a que se ha hecho mención, señala que el recurrente, con destino en la Asesoría del CGET, comisionado según Resolución 431/05175/04 como Jefe del Área de Justicia y Asuntos Religiosos del Equipo de Apoyo a la Autoridad Territorial en Diwaniyah (Iraq), ha participado durante los referidos ataques «en la defensa por el fuego» de la Base Santo Domingo, contra las fuerzas de «Ejército del Mahdi» durante las fechas y acciones referidas.»

«E, igualmente, consta en el expediente administrativo oficio relativo a la propuesta de acreditación de valor reconocido con destino al General Jefe que se especifica en el mismo y en el que, entre otros extremos, se hace constar que «Durante las operaciones llevadas a cabo por CONAPRE en Irak, se desarrollaron una serie de acciones, combates y hechos, que tanto los protagonizados por (...) el personal destacado en (...) la Base Santo Domingo (Diwaniyah), por la intensidad de los hostigamientos y las incursiones rechazadas por un lado, y, por otro, por el espíritu de sacrificio, serenidad y profesionalidad con que fueron afrontados por el citado personal, suponen sin duda un evento extraordinario en el seno de las Fuerzas Armadas en las que hace mucho tiempo que no se viven situaciones de combate o de estar bajo el fuego enemigo como ha sucedido en la citada misión en Irak.» En consecuencia, y en virtud de lo anterior, se ha de concluir que concurren los presupuestos ya reseñados para proceder a la anotación del valor acreditado, sin que constituyan obstáculo a la anterior conclusión las alegaciones formuladas en el escrito de contestación a la demanda. Téngase que la Abogacía del Estado se opone a la pretensión deducida a este respecto por el recurrente alegando que ha de procederse a la desestimación del recurso en la medida en que se solicita que la jurisdicción contencioso-administrativa revise el ejercicio de facultades discrecionales de la Administración militar a la hora de considerar si los méritos certificados son suficientes a los efectos pretendidos; argumentación que no puede prosperar desde el momento que, como ha declarado el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de fecha 7 de marzo de 2005: «Son tres los elementos principales que integran la doctrina que propone el Abogado del Estado: 1.º) la necesidad de una valoración discrecional técnica de la Administración; 2.º) la imposibilidad de revisarla judicialmente; y 3.º) el contexto bélico en que han de producirse los hechos.»

«Ningún problema suscitan, según se ha visto en el fundamento anterior, el primero y el tercero. En cambio, el segundo es inaceptable. El ejercicio por la Administración de la discrecionalidad técnica que las normas le atribuyen en determinados supuestos no está exento de control jurisdiccional. No sólo corresponde a los Tribunales determinar si se está o no ante potestades de esa naturaleza, sino que, incluso cuando así sea, podrán utilizar todos los instrumentos que permiten su fiscalización para evitar que deriven en arbitrariedad: entre ellos el control de los hechos y de su apreciación por la Administración, el de elementos reglados contemplados por las normas aplicables, entre los que se cuentan los conceptos jurídicos indeterminados, la racionalidad de la motivación, la congruencia de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, así como la prohibición de perseguir fines distintos de los señalados por las normas que habilitan la potestad discrecional que se ejerce.»

«Como dice la Sentencia de esta Sala de 12 de mayo de 2004 (casación 5857/997), «no cabe excluir el control jurisdiccional de la actividad administrativa sólo porque ésta tenga un determinado grado o contenido de complejidad técnica». Es cierto que siempre que las potestades que la implican se ejerzan en términos jurídicamente indiferentes o se muevan en el núcleo de esa apreciación especializada el escrutinio judicial deberá detenerse en sus aledaños [Sentencias de 23 de febrero de 2004 (casación 9087/1998), 19 de junio de 2001 (casación 6581/1994) y de 2 de marzo de 1998 (recurso 2986/1991), entre otras], pero eso, insistimos, no significa exención del obligado control judicial a través de los instrumentos que lo hacen posible en estos casos.»

«En consecuencia, en la doctrina que procede fijar en este caso ha de suprimirse esa exclusión pretendida por el Abogado del Estado.»

En el siguiente fundamento de derecho se establece: «Por otra parte, en cuanto a la pretensión que igualmente se articula respecto a la concesión al recurrente del uso sobre el uniforme del Distintivo de Excombatiente de las Fuerzas Españolas, se ha de tener en cuenta que es por Orden 78/1986, de 13 de septiembre, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 12 de septiembre de 1986 por el que se crea el Distintivo de Excombatientes de las Fuerzas Españolas, que en su artículo segundo establece que: Tendrán derecho al uso de este distintivo los que como miembros de las Fuerzas Armadas Españolas, de las Fuerzas de Orden Público, o del antiguo Cuerpo de Carabineros hayan participado como combatientes en cualquiera de las campañas en que hubieran intervenido aquéllas.»

«Como se ha dicho, el actor pretende que se le reconozca el uso de tal distintivo, uso que deniegan las resoluciones impugnadas sobre la base de entender que tal regulación se refiere a una situación de guerra.»

«Y, en el mismo sentido, en el escrito de contestación a la demanda la Abogacía del Estado se opone a esta pretensión al considerar que el concepto de «campana» es el que se utiliza en la resolución recurrida, según la cual, el citado concepto se refiere a situaciones de guerra o de conflicto armado generalizado en el que España sea parte.»

«Sin embargo, a juicio de esta Sección, tal pretendida equiparación no puede prosperar. Téngase en cuenta que la regulación que a este respecto se contiene en citado Acuerdo es sumamente escueta, limitándose en definitiva a señalar, en los términos que han quedado expuestos, quienes tienen derecho al uso de este distintivo, y a señalar en su artículo 1 que se crea el distintivo de Excombatiente de las Fuerzas Españolas cuyo diseño es el que se describe a continuación en el precepto, indicándose en el artículo 3 la forma de uso del distintivo y en el artículo 4 la solicitud del mismo.»

«Por lo tanto, ateniéndonos a los términos de tal disposición, y ante la ausencia de cualquier otra normativa complementaria de la misma, se ha de concluir, a juicio de esta Sección, que no se puede admitir la total equiparación que se pretende entre el término «campana» que utiliza la regulación y la «situación de guerra o de conflicto armado generalizado en el que España sea parte» que pretende la Administración, máxime teniendo en cuenta el contexto que, en cuanto a los conflictos bélicos, se ha señalado en el precedente fundamento de derecho y que la regulación que nos ocupa únicamente requiere la participación como combatientes en «cualquiera de las campañas» en que hubieran intervenido las Fuerzas Armadas Españolas.»

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

Conforme a las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, corresponde a ésta conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al derecho administrativo. No puede ocultarse, sin embargo, que hay casos en los que, aunque formalmente el recurso se deduce frente a un acto de la Administración Pública, en realidad se trata bien de cuestiones materiales de derecho privado, bien de conflictos entre particulares. Esta situación se produce en los casos de lo que se ha dado en llamar *administrativización del conflicto*. Tal fenómeno se da, ora cuando es la Administración, al asumir facultades arbitrales, quien conoce en primer lugar de la pretensión del particular, al traducirse dicha labor arbitral en la adopción de actos administrativos; ora cuando se sustantiva una cuestión civil mediante un acto administrativo.

A) Respecto a los casos de intervención arbitral de la Administración, debe observarse la singularidad de la actuación de la Administración

Pública. Su labor es materialmente arbitral, pero no se sujeta a las normas generales de ésta, de tal suerte que no dicta laudos, susceptibles de recurso de anulación ante la jurisdicción ordinaria, sino actos administrativos, impugnables ante el fuero contencioso-administrativo.

Históricamente, los casos más característicos de esa intervención administrativa eran el Tribunal Arbitral de Seguros (*Ley de 17 de mayo de 1940*) y el que encomendaba al Ministerio de Información y Turismo la decisión sobre la procedencia o no de insertar el escrito de réplica que la entidad periodística había negado al particular replicante (*Ley de 18 de marzo de 1966*). Hoy, el ordenamiento actual ofrece varios casos, pero dos de ellos son especialmente significativos: los previstos en la Ley de Liberalización de Servicios Postales y del Servicio Postal Universal y en la Ley del Contratación de sectores excluidos.

En efecto, el artículo 5.º de la Ley 24/1998, de 13 de julio, de Liberalización de los Servicios Postales y del Servicio Postal Universal dispone que *«los operadores postales y los usuarios podrán someter las controversias que surjan, en relación con la prestación de los servicios postales, al conocimiento de las Juntas Arbitrales de Consumo, con arreglo a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios»*, añadiendo que, *«cuando se susciten controversias entre los operadores de los servicios postales y los usuarios que no se hayan sometido a las Juntas Arbitrales, será competente para resolverlas el órgano del Ministerio de Fomento que reglamentariamente se determine. La norma reglamentaria establecerá, asimismo, los requisitos para la formulación de la queja por el usuario y el procedimiento a seguir para su tramitación, que estará basado en los principios de celeridad y gratuidad. La resolución que se dicte, podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso administrativa»*. Igualmente, el número 3.º de l mismo artículo previene que: *«3. Corresponderá al órgano del Ministerio de Fomento que reglamentariamente se determine, la resolución de las controversias que surjan entre el operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal y otros operadores postales que lleven a cabo servicios incluidos en el ámbito de aquél, en relación con la existencia o no de los derechos exclusivos, la suficiencia o insuficiencia de las garantías ofrecidas a los usuarios y la posibilidad de acceso a la red postal pública. Igualmente, el citado órgano, resolverá sobre la eventual producción de daños al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal, derivados de la actuación de otros operadores. La resolución que se dicte en estos supuestos, podrá impugnarse en vía contencioso-administrativa.»*

Por su parte, la Ley núm. 31/2007, de 30 de octubre, que regula los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, incorporando al ordenamiento jurídico español el derecho comunitario aplicable, encomienda también a órganos administrativos pretensiones puramente civiles. En tal sentido, el artículo 101 previene que «1. *Los titulares de los departamentos ministeriales en la Administración General del Estado, los órganos administrativos que designen las Comunidades Autónomas en su propio ámbito y las Corporaciones locales, ejercerán respecto de las entidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 3, a ellas adscritas o vinculadas, o a las que hayan otorgado un derecho especial o exclusivo, las siguientes competencias en relación con los contratos cuyos procedimientos de adjudicación se regulan: a) Resolver las reclamaciones que se presenten por infracción de las normas contenidas en esta ley; b) Acordar las medidas provisionales necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte; c) Fijar las indemnizaciones que procedan, previa la correspondiente reclamación de daños y perjuicios, por infracción asimismo de las disposiciones contenidas en esta ley.* 2. *Si la entidad contratante fuera una asociación de las contempladas en el apartado 1 del artículo 3 y hubiera varias Administraciones públicas de referencia por la diferente adscripción o vinculación de sus miembros, o una sola entidad contratante se encontrara en el mismo supuesto, por operar en varios sectores de los incluidos en los artículos 7 a 12, la reclamación podrá ser presentada ante cualquiera de las Administraciones públicas citadas que vendrá obligada a resolver.* 3. *A los efectos del apartado 1 cuando la entidad contratante tenga relación con más de una Administración pública, en razón de su adscripción o vinculación formal y del título administrativo que explota, la Administración competente será la que haya otorgado el mismo.*»

La Ley 31/2007, de 30 de octubre, regula además estos procedimientos.

B) Los otros casos en los que se produce la atribución de una cuestión civil a la jurisdicción contencioso-administrativo son aquéllos en que se califica de administrativo un acto de naturaleza civil. Los supuestos arquetípicos se puede encontrar en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y en la Ley de Vías Pecuarias, de 23 de marzo de 1995. Ambas disposiciones establecen que el acto administrativo de aprobación del deslinde de los terrenos colindantes con los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre y las vías pecuarias no son meramente delimitativos de la propiedad, como previene el artículo 384 del Código Civil, sino declarati-

vos de la posesión y de la titularidad dominical en favor de la Administración (artículo 13.1). En consecuencia, como tales actos administrativos pueden ser impugnados ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio también del ejercicio de las acciones civiles que resultaren procedentes. Es claro que, residenciada la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la cuestión a dilucidar es civil –nada menos que la propiedad–, lo que no deja de suscitar dificultades de determinación de su ámbito de competencias.

II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

1. ACTOS ADMINISTRATIVOS: NULIDAD DE PLENO DERECHO

«El objeto de la consulta se ciñe a determinar si procede la declaración de nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de julio de 1992 por el que se acordó ceder gratuitamente el resto sobrante de la finca registral número 39.847 del Registro de la Propiedad de M. al Principado de Asturias. Dicha finca está ubicada en el Polígono industrial «Vega de Arriba» de S. (Oviedo).

Consta en el expediente que, tras las segregaciones llevadas a cabo, quedó una finca registral matriz de 32.182,54 metros cuadrados correspondientes a las parcelas 30, 31 y 32A que habían sido adjudicadas a Don Cipriano y Don Rafael M, quienes no protocolizaron la correspondiente compraventa, a las parcelas 14 y 15, enajenadas en escritura pública en favor de Don José Ry al viario de cesión obligatoria al municipio. Dicha finca registral fue cedida gratuitamente por la Administración General del Estado al Principado de Asturias mediante escritura pública de 3 de agosto de 1993, previo acuerdo de cesión del Consejo de Ministros de 31 de julio de 1992.

El Servicio Instructor propone la declaración de nulidad del acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de julio de 1992 al considerar que está incurso en la causa prevista en el apartado b) («actos cuyo contenido sea imposible») del número 1 del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

La eventual declaración de nulidad del acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de julio de 1992 por el que se acordó la cesión gratuita de la finca registral de Mieres número 39.847 debe hacerse conforme a las causas previstas en el artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, toda vez que era la norma vigente al momento de adoptarse el referido acuerdo.

Examinada la causa propuesta por el Servicio instructor como determinante de la nulidad del acuerdo que se pretende revisar, el Consejo de Estado considera que no procede declararla.

En relación con los actos de contenido imposible a que se refería el apartado c) del número 1 del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el Consejo de Estado fue depurando unos criterios que quedaron ya asentados en el dictamen de 1 de abril de 1965. Conforme a éstos, se aceptó una tripartición de los actos imposibles, a saber: actos imposibles desde un punto de vista físico; actos imposibles desde un punto de vista ideal, que eran aquellos en los que existía una contradicción interna en el acto mismo de tal forma que «cuando dentro del acto se aprecie que la aplicación de uno de sus elementos anula el efecto requerido por otro, sin que, por consiguiente, sea posible su aplicación simultánea, puede decirse, en buena doctrina, que el acto administrativo en cuestión resulta de imposible contenido», en palabras del citado dictamen, y actos imposibles desde un punto de vista legal, es decir, actos que contradijeran de manera más o menos notoria la regulación en vigor.

Este Cuerpo Consultivo ciñó la aplicación de la causa prevista en el apartado c) del número 1 del artículo 47 a los dos primeros casos antes citados, excluyendo de su ámbito los actos incluidos en la tercera de las categorías mencionadas.

En el caso presente, el Servicio Instructor considera que el acuerdo que se pretende revisar es nulo por imposibilidad, en concreto, por que se cedió una «...parcela que había sido previamente enajenada a los particulares que se han reseñado debidamente, por lo cual no se podía ceder lo que no pertenecía a la Administración en el momento de aprobación del Acuerdo de cesión que resultaba de imposible cumplimiento».

Dejando a un lado la cuestión de que la cesión de un bien ajeno no es, por principio, un acto jurídico imposible como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia civil (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1958, 5 de julio de 1976, 31 de diciembre de 1981, 12 de abril de 1992 y 31 de diciembre de 1997), es claro que el Servicio Instructor aprecia la nulidad del acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de julio de 1992 en una eventual imposibilidad jurídica, lo que hace que quede comprendido en la tercera de las categorías antes indicadas –actos imposibles desde el punto de vista legal– y, por tanto, a juicio de este Consejo de Estado, fuera del ámbito de aplicación del apartado c) del número 1 del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Además, considera el Consejo de Estado que, a la vista del tiempo transcurrido desde el momento en que se adoptó el acuerdo, en 31 de julio

de 1992, hasta la fecha y toda vez que el acuerdo de cesión incluya las parcelas ocupadas por viales y otra más, la 5A que, al parecer, no está afectada por el eventual vicio de nulidad hace poco aconsejable el ejercicio de la potestad, no proceda el ejercicio de la facultad de anulación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

(Dictamen 633/2008)

2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. «Considera este Cuerpo Consultivo que procede desestimar la reclamación sometida a consulta. Es criterio consolidado de este Consejo que el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no resulta de aplicación cuando el ordenamiento jurídico ha previsto una vía específica de resarcimiento para perjuicios producidos en el seno de una determinada relación jurídica. Así, cuando la persona que sufre el perjuicio está ligada con la Administración mediante un peculiar vínculo jurídico, se ha de buscar el resarcimiento en el seno del propio vínculo.

En el caso de los daños sufridos por funcionarios públicos, sólo pueden ser reparados vía responsabilidad patrimonial cuando no exista una regulación específica o cuando, aun existiendo tal régimen específico, su aplicación no repare integralmente los daños causados.

En el caso de los integrantes de la Guardia Civil, y en aplicación del principio general de protección social que consagra el artículo 96 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de régimen de personal de la Guardia Civil, que les asegura el completo resarcimiento de los daños que sufrieren con ocasión del servicio, el ordenamiento jurídico ofrece diversos instrumentos de satisfacción y reparación de los daños (reconocimiento de pensiones extraordinarias, pólizas colectivas de aseguramiento, resarcimiento de daños materiales a través del Real Decreto de 22 de febrero de 1980). Por tanto, no procede la aplicación del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por inexistencia de mecanismo de compensación o resarcimiento.

La cuestión planteada aboca entonces a determinar si el importe de las indemnizaciones percibidas por la parte reclamante mediante dichos mecanismos extraordinarios constituyen una reparación suficiente de los daños sufridos. Sólo en el caso de que se considerara que no lo son, procedería el reconocimiento de una indemnización con base en el artículo

139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La solicitante y sus hijas tienen reconocidas pensiones extraordinarias por el fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, con importes significativamente superiores a las que les correspondería caso de ser ordinarias y además han percibido la indemnización de un seguro cuyo tomador es la Dirección General de la Guardia Civil y que precisamente está concertado para asegurar eventuales daños sufridos por los miembros del Instituto con ocasión del ejercicio de sus funciones.

Un examen conjunto de los mecanismos de resarcimiento reconocidos y percibidos por los sucesores del Sr. G. pone de manifiesto que no cabe calificar de insuficiente la reparación obtenida mediante dichos mecanismos. Y al ser esto así, no resulta de aplicación el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, procediendo desestimar la reclamación sometida a consulta.

(Dictamen 2401/2008)

2. «El Servicio Instructor sostiene que dichos daños, consecuencia de las lluvias habidas en dicho período, debieron ser reclamados por la parte solicitante con base en el Real Decreto 1/2002, de 22 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por lluvias, temporales y otros fenómenos naturales relacionados con la climatología adversa, acaecidos desde los últimos días de septiembre hasta finales del mes de febrero de 2002 en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Illes Balears, Canarias, Cataluña, Región de Murcia, Comunidad Valenciana y Ciudad de Melilla, que constituye una vía especial de indemnización, de tal suerte que excluye la aplicación del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El Consejo de Estado discrepa del criterio del Servicio Instructor. La legislación de resarcimiento de daños catastróficos, que arranca del Decreto de 27 de noviembre de 1953, que se ha desgranado en numerosas disposiciones de diverso rango y contenido –casi siempre singular– y de la que el Real Decreto 1/2002, de 22 de marzo, es un caso más, ha venido a cubrir daños causados por fuerza mayor o por riesgos calificados de extraordinarios por el ordenamiento, tales como inundaciones o lluvias extraordinarias; en otros términos, dicha legislación ha venido a articular medidas paliativas para los daños que no son indemnizables por las vías ordinarias o que complementan éstas. Como tal legislación singular y, en cierta medida, excepcional, no sustituye a los mecanismos ordinarios de indem-

nización. Ejemplo de ello, es precisamente el artículo 4 del Real Decreto 1/2002 que previene que *«serán objeto de indemnización los daños ocurridos en las explotaciones agrarias que, teniendo aseguradas sus cosechas, hayan sufrido pérdidas en las mismas por daños en sus producciones no cubiertos por las líneas de seguros agrarios... »*.

En el caso presente, los daños sufridos por la parte reclamante no son daños derivados de fenómenos calificables de fuerza mayor. Las lluvias habidas en la zona, según señala el Consejo de Obras Públicas, aun siendo intensas no alcanzaron el carácter de extraordinario. Dichos daños traen causa de dichas lluvias pero son imputables a la deficiente configuración de la obra pública que no contaba con el sistema de drenaje adecuado para asegurar la evacuación de las aguas de la finca de la parte reclamante y, por consiguiente, la Administración está obligada a indemnizarlos conforme a lo que constituye un principio general de nuestro derecho, recogido en el artículo 552 del Código Civil.

(Dictamen 302/2008)

3. EXPROPIACIÓN FORZOSA

1. «El Servicio Instructor formula propuesta en el sentido de que no procede encauzar la reclamación por la vía del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, toda vez que es preciso formalizar en favor de la Administración la titularidad de las porciones de la finca sobre las que se han realizado las obras y abonar al interesado el importe que proceda.

Este Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que no procede indemnizar por la vía del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, daños que traen causa de títulos jurídicos específicos y que tienen procedimientos singulares a través de los cuales encauzar las reclamaciones. Uno de estos casos, quizás el más común, es el expropiatorio. Además, se ha señalado también que el procedimiento previsto en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no es posible utilizarlo en aquellos casos en los que el pago de una indemnización lo es para la adquisición de un bien, puesto que, con base en dicho precepto, la Administración indemniza daños pero no adquiere los bienes.

Ahora bien, también ha dicho este Consejo que excepcionalmente, cuando no existen obstáculos legales y concurren singulares razones de economía de procedimiento, pueden indemnizarse por la vía del artículo

139 daños que, de ordinario, no son propios de este cauce. En el caso presente, se trata de indemnizar unos daños producidos por una expropiación en la que la ocupación de los bienes se llevó a cabo en 1999 y cuya pieza separada de justiprecio fue remitida al Jurado de Expropiación Forzosa en 15 de octubre de 2001; es decir, se trata de indemnizar unos daños producidos por unas actuaciones que tuvieron lugar hace ya años y cuyo resarcimiento no conviene demorar más. Remitir la reclamación a un eventual expediente expropiatorio comporta dilatar la solución del asunto sin causa alguna que lo justifique, más cuando las actuaciones expropiatorias del proyecto que afectó al reclamante están terminadas y previsiblemente no existirán partidas presupuestarias ordinarias con las que afrontar el pago de la correspondiente indemnización.

No existe, por otra parte, en el caso presente, ningún obstáculo legal para indemnizar por la vía del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por cuanto, frente a lo que sostiene el Servicio Instructor, en el caso presente no se trata de abonar para adquirir la propiedad de un terreno sino de abonar a su antiguo legítimo propietario el importe de su valor. Y es que el terreno ya es propiedad de la Administración que lo hizo suyo mediante la ocupación efectiva y su afectación a una obra pública como es la carretera construida sobre él. Por tanto, en este caso, la Administración no abona para adquirir, lo que obligaría a acudir al procedimiento expropiatorio, sino para compensar al propietario por la pérdida de un bien.

Así las cosas, acreditado que el reclamante se vió privado de parte de una parcela de su propiedad por su ocupación y afectación a una obra pública y que no se le ha abonado el importe de su valor, procede que se le indemnice. El importe de la indemnización a percibir deberá ser el correspondiente a la superficie ocupada y no abonada según la valoración fijada por el Jurado de Expropiación Forzosa, debidamente actualizada al momento del reconocimiento del pago.

Por último, el Consejo de Estado considera que procede ejercer las acciones judiciales pertinentes contra el propietario de la finca 50-72, que percibió indebidamente el justiprecio correspondiente a los terrenos ocupados y propiedad del reclamante, a fin de obtener su reintegro»

(Dictamen 306/2008)

2. «En efecto, este Cuerpo Consultivo ha señalado reiteradamente que no es dable encauzar por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración reclamaciones que tienen fundamento en un título jurídi-

co singular y cuentan con un procedimiento específico para solventarlas, como es el caso de las derivadas de expropiaciones forzosas. Por otra parte, también se ha dicho por este Consejo de Estado en variadas ocasiones que los mutuos acuerdos suscritos por los interesados y la Administración comprenden todos los daños y perjuicios derivados de la expropiación, a no ser que expresamente se establezca lo contrario.

En el caso presente, la aplicación de lo expuesto tiene consecuencias claras: de una parte, no resulta procedente encauzar la reclamación, que comprende eventuales daños derivados de una expropiación, por la vía de la responsabilidad patrimonial y, de otro lado, la indemnización solicitada no debe ser abonada puesto que la Administración y el Sr. Ramírez suscribieron en su día un mutuo acuerdo cuyo justiprecio comprendía todos los daños que se ocasionaban como consecuencia de la expropiación parcial de la finca, incluido el sistema de riego.

(Dictamen 2410/2008)

4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. «Se ha suscitado nuevamente en el presente expediente la cuestión de la procedencia de abonar los incrementos de los gastos generales en los casos de reclamaciones de indemnizaciones de daños. Este Consejo debe reiterar el criterio ya ampliamente expuesto de que rechazar la aplicación automática del porcentaje de gastos generales sobre las partidas indemnizatorias derivadas de sobrecostes por suspensión de las obras como partida indemnizatoria (por ejemplo, dictámenes de 10 de junio de 1999, expediente número 1.067/99; 23 de mayo de 2002, expediente número 652/2002; 11 de julio de 2002, expediente número 1.273/2002, y 22 de diciembre de 2005, expediente número 1753/2005). Para que resulten indemnizables dichos gastos en este tipo de expedientes debe acreditarse que han sido soportados efectivamente por el contratista y su cuantía real. Este criterio es consecuencia del requisito de la efectividad de los daños exigido por el artículo 102.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya citado.

En el expediente sometido a consulta el contratista, el contratista no ha acreditado el incremento de dichos gastos, de tal suerte que no procede su abono.»

(Dictamen 220/2008)

2. «El objeto de la presente consulta se ciñe a determinar si procede o no reconocer al contratista el derecho a percibir el importe la revisión de los precios del contrato de obras «Obras complementarias».

Los servicios preinformantes –con excepción de la Abogacía del Estado– consideran que el contratista tiene derecho a que los precios de su oferta sean revisados aun cuando fueron formulados sin incluir la correspondiente actualización al momento de hacerla.

También el Consejo de Estado coincide con la propuesta de resolución y considera que procede estimar la reclamación sometida a consulta. En efecto, los contratos sobre obras complementarias, aunque jurídicamente son distintos de las obras principales que complementan, deben considerarse como continuación de éstos y, salvo previsión específica en sentido contrario, participan de su régimen jurídico.

Por tanto, aunque el contrato complementario no previera la cláusula de revisión de precios y el contratista no formulara su oferta incluyendo los precios ya actualizados con arreglo a la correspondiente fórmula al momento de deducirla, debe entenderse que tales precios debían ser ya actualizados, al formularse «en las mismas condiciones» que los del contrato principal. De no hacerse así, se produciría la situación singular que el contratista habría de ejecutar los trabajos de las obras complementarias a precios inferiores a los de la principal, lo que no resulta conforme a la naturaleza de las cosas, más cuando una y otras forman una unidad material.

(Dictamen 552/2008)

3. «El Consejo de Estado emite su consulta con carácter facultativo toda vez que se trata de una incidencia contractual y no estrictamente una reclamación de daños y perjuicios; en efecto, en el caso presente, el expediente versa sobre la procedencia de pago al contratista de unos trabajos adicionales hechos sobre los que existe acuerdo entre la Administración y el adjudicatario, de tal suerte que la resolución del expediente podía acordarse por el órgano de contratación, sin necesidad del dictamen del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en la cláusula 73 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre.

Respecto del fondo del asunto, el Consejo de Estado considera que procede abonar a la empresa contratista la cantidad de 90.335,90 euros por los trabajos de reparación efectuados en las obras en el período de garantía.

La recepción de las obras comporta la traslación de los riesgos a la Administración, sin perjuicio de que el contratista asuma aquéllos que estén establecidos en la Ley o en el contrato durante el periodo de garantía, según previene el artículo 171 del Reglamento General de Contratación, aplicable al caso presente.

Ha quedado acreditado en el expediente que C. ejecutó adecuadamente los trabajos a que estaba obligada y que, al momento de su entrega, se encontraban en buen estado. Igualmente, consta que el deterioro de las instalaciones se debió, no a causas imputables a C, sino a la imposibilidad de ponerlas en funcionamiento por falta de energía eléctrica –lo que era objeto de otro contrato y otro adjudicatario distinto de C y que C., no está obligada a asumir los daños producidos. En consecuencia, procede el abono de los trabajos realizados por la adjudicataria.

(Dictamen 2397/2008)

ESTADOS PARTES EN LOS CONVENIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO



State Parties to the Following International Humanitarian Law and Other Related Treaties as of 6-Oct-2008

	Protection of Victims of Armed Conflicts
GC I-IV 1949	Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949. Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Geneva, 12 August 1949. Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949. Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949.
AP I 1977	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts. Geneva, 8 June 1977.
AP I Declaration art. 90	Declaration provided for under article 90 AP I. Acceptance of the Competence of the International Fact-Finding Commission according to article 90 of AP I.
AP II 1977	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts. Geneva, 8 June 1977.
AP III 2005	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (Protocol III), 8 December 2005.
CRG 1989	Convention on the Rights of the Child. New York, 20 November 1989.
Opt Prot. CRC 2000	Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict. New York, 25 May 2000.
	International Criminal Court
ICC Statute 1998	Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998.
	Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict
Hague Conv. 1954	Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954.
Hague Prot. 1954	First Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954.
Hague Prot. 1999	Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 26 March 1999.
	Environment
ENMOD Conv. 1976	Convention on the prohibition of military or any other hostile use of environmental modification techniques, New York, 10 December 1976.
	Weapons
Geneva Gas Prot. 1925	Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and Warfare, Geneva, 17 June 1925.
BWC 1972	Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction. Opened for Signature at London, Moscow and Washington, 10 April 1972.
CCW 1980	Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects. Geneva, 10 October 1980.
CCW Prot. I 1980	Protocol on non-detectable fragments (I).
CCW Prot. II 1980	Protocol on prohibitions or restrictions on the use of mines, booby-traps and other devices (II).
CCW Prot. III 1980	Protocol on prohibitions or restrictions on the use of incendiary weapons (III).
CCW Prot. IV 1995	Protocol on Blinding Laser Weapons (Protocol IV to the 1980 Convention), 13 October 1995.
CCW Prot. Ila 1986	Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3 May 1986 (Protocol II to the 1980 Convention).
CCW Amdt 2001	Amendment to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (with Protocols I, II and III), Geneva 21 December 2001.
CCW Prot. V 2003	Protocol on Explosive Remnants of War to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (with Protocols I, II and III), Geneva, 28 November 2003.
CWC 1993	Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, Paris 13 January 1993.
Ottawa Treaty 1987	Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, Oslo, 18 September 1987.

Country		Protection of victims of armed conflicts										International Criminal Court		Protection of Cultural Property			Environment
Country	GC-IV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976					
Afghanistan	26.09.1956					28.03.1994	24.09.2003	10.02.2003				22.10.1985					
Albania	27.05.1957	16.07.1993		16.07.1993	06.02.2008			31.01.2003	20.12.1960								
Algeria	20.06.1960	16.08.1989	16.08.1989	16.08.1989		16.04.1993						19.12.1991					
Andorra	17.09.1993					02.01.1996	30.04.2001	30.04.2001									
Angola	20.09.1984	20.09.1984				05.12.1990	11.10.2007										
Antigua and Barbuda	06.10.1986	06.10.1986		06.10.1986		05.10.1993		18.06.2001				25.10.1988					
Argentina	18.09.1956	26.11.1986	11.10.1986	26.11.1986		04.12.1990	10.09.2002	08.02.2001	22.03.1989	10.05.2007	07.01.2002	20.03.1987					
Armenia	07.06.1993	07.06.1993		07.06.1993		23.06.1993	30.09.2005		05.09.1993	05.09.1993	18.05.2006	15.05.2002					
Australia	14.10.1958	21.06.1991	23.09.1992	21.06.1991		17.12.1990	26.09.2006	01.07.2002	19.09.1984			07.09.1984					
Austria	27.08.1953	13.08.1982	13.08.1982	13.08.1982		06.08.1992	01.02.2002	28.12.2000	25.03.1964	25.03.1964	01.03.2002	17.01.1990					
Azerbaijan	01.06.1993					13.08.1992	03.07.2002		20.09.1993	20.09.1993	17.04.2001						
Bahamas	11.07.1975	10.04.1980		10.04.1980		20.02.1991											
Bahrain	30.11.1971	30.10.1986		30.10.1986		13.02.1992	21.09.2004		26.08.2008	26.08.2008	26.08.2008						
Bangladesh	04.04.1972	08.09.1980		08.09.1980		03.08.1990	06.09.2000		23.06.2006	23.06.2006		03.10.1979					
Barbados	10.09.1968	19.02.1990		19.02.1990		09.10.1990		10.12.2002	09.04.2002								
Belarus	03.08.1954	23.10.1989	23.10.1989	23.10.1989		01.10.1990	25.01.2006		07.05.1957	07.05.1957	29.11.2005	07.06.1988					
Belgium	03.09.1952	20.05.1986	27.03.1987	20.05.1986		16.12.1991	06.05.2002	28.06.2000	16.09.1960	16.09.1960		12.07.1982					
Belize	29.06.1984	29.06.1984		29.06.1984	03.04.2007	02.05.1990	01.12.2003	05.04.2000									
Benin	14.12.1961	28.05.1986		28.05.1986		03.08.1990	21.01.2005	22.01.2002				30.06.1986					
Bhutan	10.01.1991					01.08.1990											
Bolivia	10.12.1976	08.12.1983	10.08.1982	08.12.1983		26.06.1990	22.12.2004	27.06.2002	17.11.2004								
Bosnia-Herzegovina	31.12.1992	31.12.1992	31.12.1992	31.12.1992		09.01.1993	10.10.2003	11.04.2002	12.07.1993	12.07.1993							
Botswana	29.03.1968	23.05.1979		23.05.1979		14.03.1995	04.10.2004	08.09.2000	03.01.2002								
Brazil	29.06.1957	05.05.1992	23.11.1993	05.05.1992		24.09.1990	27.01.2004	20.06.2002	12.09.1958	12.09.1958	23.09.2004	12.10.1984					
Brunei Darussalam	14.10.1991	14.10.1991		14.10.1991		27.12.1995											
Bulgaria	22.07.1954	26.09.1989	09.05.1994	26.09.1989	13.09.2006	03.06.1991	12.02.2002	11.04.2002	07.08.1956	09.10.1958	14.06.2000	31.05.1978					
Burkina Faso	07.11.1961	20.10.1987	24.05.2004	20.10.1987		31.08.1990	06.07.2007	16.04.2004	18.12.1969	04.02.1987							
Burundi	27.12.1971	10.06.1993		10.06.1993		19.10.1990	24.06.2008	21.09.2004									
Cambodia	08.12.1958	14.01.1998		14.01.1998		15.10.1992	16.07.2004	11.04.2002	04.04.1962	04.04.1962							
Cameroon	16.09.1963	16.03.1984		16.03.1984		11.01.1993			12.10.1961	12.10.1961							
Canada	14.05.1965	20.11.1990	20.11.1990	20.11.1990	26.11.2007	13.12.1991	07.07.2000	07.07.2000	11.12.1998	29.11.2005	29.11.2005	11.06.1981					
Cape Verde	11.05.1984	16.03.1995	16.03.1995	16.03.1995		04.06.1992	10.05.2002					03.10.1979					
Central African Republic	01.08.1966	17.07.1984		17.07.1984		23.04.1992		04.10.2001									
Chad	05.08.1970	17.01.1997		17.01.1997		02.10.1990	28.08.2002	01.11.2006	17.06.2008								
Chile	12.10.1950	24.04.1991		24.04.1991		13.08.1990	31.07.2003		11.09.2008	11.09.2008	11.09.2008	26.04.1994					
China	28.12.1956	14.09.1983		14.09.1983		02.03.1992	20.02.2008		05.01.2000	05.01.2000		08.06.2005					
Colombia	08.11.1961	01.09.1993	17.04.1996	14.08.1995		28.01.1991	25.05.2005	05.08.2002	18.06.1998	18.06.1998							
Comoros	21.11.1985	21.11.1985		21.11.1985		22.06.1993		18.06.2006									
Congo	04.02.1967	10.11.1983		10.11.1983		14.10.1993		03.05.2004									
Congo (Dem Rep)	24.02.1961	03.06.1982	12.12.2002	12.12.2002		27.09.1990	11.11.2001	11.04.2002	18.04.1961	18.04.1961							
Cook Islands	11.06.2001	07.05.2002	07.05.2002	07.05.2002		06.06.1997		18.07.2008									

Country		Protection of victims of armed conflicts										International Criminal Court		Protection of Cultural Property		Environment
Country	GC I-IV 1949	API 1977	API I Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976				
Costa Rica	15.10.1983	15.12.1983	09.12.1989	15.12.1983	30.06.2008	04.02.1990	24.01.2003	07.06.2001	03.06.1998	03.06.1998	09.12.2003	07.02.1996				
Côte d'Ivoire	28.12.1961	20.09.1989	20.09.1989	20.09.1989		04.02.1991			24.01.1980							
Croatia	11.05.1992	11.05.1992	11.05.1992	11.05.1992	13.06.2007	12.10.1992	01.11.2002	21.05.2001	06.07.1992	06.07.1992	08.02.2006					
Cuba	15.04.1954	25.11.1982	23.06.1999	23.06.1999	27.11.2007	21.08.1991	02.09.2007	07.03.2002	26.11.1957	26.11.1957	16.05.2001	10.04.1978				
Cyprus	23.05.1962	01.06.1979	14.10.2002	18.03.1996	27.11.2007	07.02.1991	30.11.2001	21.06.2001	09.09.1964	09.09.1964	16.05.2001	12.04.1978				
Czech Republic	05.02.1993	05.02.1993	02.05.1995	05.02.1993	23.05.2007	22.02.1993	30.11.2001	21.06.2001	26.03.1993	26.03.1993	08.06.2007	22.02.1993				
Denmark	27.06.1951	17.06.1982	17.06.1982	17.06.1982	25.05.2007	19.07.1991	27.08.2002	21.06.2001	26.03.2003	26.03.2003		19.04.1978				
Djibouti	06.03.1978	08.04.1991		08.04.1991		06.12.1990		05.11.2002								
Dominica	28.09.1981	25.04.1996		25.04.1996		13.03.1991	20.09.2002	12.02.2001	05.01.1960	21.03.2002		09.11.1992				
Dominican Republic	22.01.1958	26.05.1994		26.05.1994		11.06.1991		12.05.2005	02.10.1966	08.02.1961	02.08.2004					
Ecuador	11.08.1954	10.04.1979		10.04.1979		23.03.1990	07.06.2004	05.02.2002	17.08.1955	17.08.1955	03.08.2005	01.04.1982				
Egypt	10.11.1952	09.10.1992		09.10.1992		06.07.1990	02.06.2007		19.07.2001	27.03.2002	27.03.2002					
El Salvador	17.06.1953	23.11.1978		23.11.1978	12.09.2007	10.07.1990	18.04.2002		19.11.2003		19.11.2003					
Equatorial Guinea	24.07.1986	24.07.1986		24.07.1986		15.06.1992			06.08.2004							
Eritrea	14.08.2000					03.08.1994	16.02.2005	30.01.2002	04.04.1995	17.01.2005	17.01.2005					
Estonia	18.01.1993	18.01.1993		18.01.1993	28.02.2008	21.10.1991										
Ethiopia	02.10.1969	08.04.1994		08.04.1994		14.05.1991		29.11.1999								
Fiji	09.08.1971	30.07.2008		30.07.2008	30.07.2008	13.08.1993		29.12.2000	16.09.1994	16.09.1994	09.11.2004	12.05.1978				
France	22.02.1955	07.08.1980	07.08.1980	07.08.1980		20.06.1991	10.04.2002	29.12.2000	07.06.1957	07.06.1957						
France	28.06.1951	11.04.2001		24.02.1984		07.08.1990	05.02.2003	09.06.2000	07.06.1957	07.06.1957	29.08.2003					
Gabon	26.02.1965	08.04.1980		08.04.1980		09.02.1994		20.09.2000	04.12.1961	04.12.1961						
Gambia	20.10.1966	12.01.1989		12.01.1989		08.08.1990		28.06.2002								
Georgia	14.09.1993	14.09.1993		14.09.1993	19.03.2007	02.06.1994		05.09.2003	04.11.1992	04.11.1992		24.05.1983				
Germany	03.09.1954	14.02.1991	14.02.1991	14.02.1991		06.03.1992	13.12.2004	11.12.2000	11.08.1967	11.08.1967		22.06.1978				
Ghana	02.08.1958	28.02.1978		28.02.1978		05.02.1990		20.12.1998	25.07.1960	25.07.1960	20.04.2005	23.08.1983				
Greece	05.06.1956	31.03.1989	04.02.1998	15.02.1993		11.05.1993	22.10.2003	15.05.2002	09.02.1981	09.02.1981						
Grenada	13.04.1981	23.09.1998		23.09.1998		05.11.1990		15.05.2002	02.10.1985	19.05.1994	04.02.2005	21.03.1988				
Guatemala	14.05.1952	19.10.1987		19.10.1987	14.03.2008	06.06.1990	09.05.2002		20.09.1960	11.12.1961						
Guinea	11.07.1984	11.07.1984	20.12.1993	11.07.1984		13.07.1990		14.07.2003								
Guinea-Bissau	21.02.1974	21.10.1986		21.10.1986		20.08.1990		24.09.2004								
Guyana	22.07.1968	18.01.1988		18.01.1988		14.01.1991										
Haiti	11.04.1957	20.12.2006		20.12.2006		08.06.1995										
Holy See	22.02.1951	21.11.1985		21.11.1985		20.04.1990	24.10.2001		24.02.1958	24.02.1958						
Honduras	31.12.1965	16.02.1995		16.02.1995	08.12.2006	10.08.1990	14.08.2002	01.07.2002	25.10.2002	25.10.2002	26.01.2003					
Hungary	03.08.1954	12.04.1989	23.09.1991	12.04.1989	15.11.2006	07.10.1991		30.11.2001	17.05.1956	16.08.1956	26.10.2005	19.04.1978				
Iceland	10.08.1965	10.04.1987	10.04.1987	10.04.1987	04.06.2006	28.10.1992	01.10.2001	25.05.2000	16.06.1958	16.06.1958		15.12.1978				
India	09.11.1950					11.12.1992	30.11.2005		10.01.1967	26.07.1967						
Indonesia	30.09.1958					05.09.1990			22.06.1959	22.06.1959	24.05.2005					
Iran (Islamic Rep)	20.02.1957					13.07.1994			21.12.1967	21.12.1967						
Iraq	14.02.1956					15.06.1994	24.06.2008	11.04.2002				16.12.1982				
Ireland	27.09.1962	19.05.1999	19.05.1999	19.05.1999		28.09.1992	18.11.2002	11.04.2002								

Country	Country	Protection of victims of armed conflicts							International Criminal Court	Protection of Cultural Property			Environment
		GC I-IV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000		Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	
	Israel	06.07.1951				22.11.2007	03.10.1991	18.07.2005		03.10.1957	01.04.1958		
	Italy	17.12.1951	27.02.1986	27.02.1986	27.02.1986		05.09.1991	09.05.2002	26.07.1999	09.05.1958	09.05.1958		27.11.1981
	Jamaica	20.07.1964	29.07.1986	29.07.1986	29.07.1986		14.05.1991	09.05.2002					
	Japan	21.04.1953	31.08.2004	31.08.2004	31.08.2004		22.04.1994	02.08.2004	17.07.2007	10.09.2007	10.09.2007	10.09.2007	09.06.1982
	Jordan	29.05.1951	01.05.1979	01.05.1979	01.05.1979		24.05.1991	23.05.2003	11.04.2002	02.10.1957	02.10.1957		
	Kazakhstan	05.05.1992	05.05.1992	05.05.1992	05.05.1992		12.08.1994	10.04.2003		14.03.1997	14.03.1997		25.04.2005
	Kenya	20.09.1966	23.02.1999	23.02.1999	23.02.1999		30.07.1990	28.01.2002	15.03.2005				
	Kiribati	05.01.1989					11.12.1985						
	Korea (Dem. People's Rep.)	27.08.1957	09.03.1988				21.09.1990						08.11.1984
	Korea (Republic of)	16.08.1966	15.01.1982	16.04.2004	15.01.1982		20.11.1991	24.09.2004	13.11.2002				02.12.1986
	Kuwait	02.09.1967	17.01.1985		17.01.1985		21.10.1991	26.08.2004		06.06.1969	11.02.1970		02.01.1980
	Kyrgyzstan	18.09.1992	18.09.1992		18.09.1992		07.10.1994	13.08.2003		03.07.1995			
	Lao (People's Dem.)	29.10.1956	18.11.1980	30.01.1988	18.11.1980		08.05.1991	20.09.2006					05.10.1978
	Latvia	24.12.1991	24.12.1991		24.12.1991	02.04.2007	14.04.1992	19.12.2005	28.06.2002	19.12.2003	19.12.2003		
	Lebanon	10.04.1951	23.07.1997		23.07.1997		14.05.1991			01.06.1960	01.06.1960		
	Lesotho	20.05.1968	20.05.1994		20.05.1994		10.03.1992	24.09.2003	06.09.2000				
	Liberia	29.03.1954	30.06.1988		30.06.1988		04.06.1993		22.09.2004				
	Libyan Arab Jamahiriya	22.05.1956	07.06.1978		07.06.1978		15.04.1993	29.10.2004		19.11.1957	19.11.1957	20.07.2001	
	Liechtenstein	21.09.1950	10.08.1989	10.08.1989	10.08.1989	24.08.2006	22.12.1995	04.02.2005	02.10.2001	28.04.1960	28.04.1960		
	Lithuania	03.10.1996	13.07.2000	13.07.2000	13.07.2000	28.11.2007	31.01.1992	20.02.2003	12.05.2003	27.07.1998	27.07.1998	13.03.2002	16.04.2002
	Luxembourg	01.07.1953	29.08.1989	12.05.1993	29.08.1989		07.03.1994	04.08.2004	08.09.2000	29.09.1961	29.09.1961	30.06.2005	
	Madagascar	18.07.1963	08.05.1992	27.07.1993	08.05.1992		19.03.1991	22.09.2004	14.03.2008	03.11.1961	03.11.1961		
	Malawi	05.01.1968	07.10.1991		07.10.1991		02.01.1991		19.09.2002				05.10.1978
	Malaysia	24.08.1962					17.02.1995			12.12.1960	12.12.1960		
	Maldives	18.06.1991	03.09.1991		03.09.1991		11.02.1991	29.12.2004					
	Mali	24.05.1965	08.02.1989	09.05.2003	08.02.1989		20.09.1990	16.05.2002	16.08.2000	18.05.1961	18.05.1961		
	Malta	22.08.1968	17.04.1989	17.04.1989	17.04.1989		30.09.1990	09.05.2002	29.11.2002				
	Marshall	01.06.2004					04.10.1993		07.12.2000				
	Mauritania	30.10.1962	14.03.1980		14.03.1980		16.05.1991						
	Mauritius	18.08.1970	22.03.1982		22.03.1982		26.07.1990		05.03.2002	22.09.2006	07.05.1956	07.10.2003	09.12.1992
	Mexico	29.10.1952	10.03.1983				21.09.1990	15.03.2002					
	Micronesia	19.09.1995	19.09.1995		19.09.1995		05.05.1993						
	Moldova (Republic of)	24.05.1993	24.05.1993		24.05.1993	19.08.2008	26.01.1993	07.04.2004		09.12.1999	09.12.1999		
	Monaco	05.07.1950	07.01.2000	26.10.2007	07.01.2000	12.03.2007	21.06.1993	13.11.2001		10.12.1957	10.12.1957		
	Mongolia	02.12.1958	06.12.1995	06.12.1995	06.12.1995		05.07.1990	06.10.2004	11.04.2002	04.11.1964			19.05.1978
	Montenegro (Republic of)	02.08.2006	02.08.2006	08.02.2006	02.08.2006		23.10.2006	02.05.2007	23.10.2006	26.04.2007	26.04.2007	26.04.2007	
	Morocco	26.07.1956					21.06.1993	22.05.2002		30.08.1968	30.08.1968		
	Mozambique	14.03.1983	14.03.1983		12.11.2002		26.04.1994	19.10.2004					
	Myanmar	25.08.1992					15.07.1991			10.02.1956	10.02.1956		
	Namibia	22.08.1991	17.06.1994	21.07.1994	17.06.1994		30.09.1990	16.04.2002	26.06.2002				
	Nauru	27.06.2006	27.06.2006		27.06.2006		27.07.1994		12.11.2001				

Country		Protection of victims of armed conflicts										International Criminal Court	Protection of Cultural Property		Environment
Country	GC I-IV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976			
Nepal	07.02.1964	26.06.1987	26.06.1987	26.06.1987	13.12.2006	14.09.1990	03.01.2007	17.07.2001	14.10.1958	14.10.1958	30.01.2007	15.04.1983			
Netherlands	03.06.1954	08.02.1988	08.02.1988	08.02.1988		06.04.1993	12.11.2001	07.09.2000	24.07.2008			07.09.1984			
New Zealand	02.05.1959	19.07.1959		19.07.1959		05.10.1990	17.03.2005		25.11.1959	25.11.1959	01.06.2001	06.09.2007			
Nicaragua	17.12.1953	08.06.1979	Niger	08.06.1979		30.09.1990		11.04.2002	06.12.1976	06.12.1976	16.06.2006	17.02.1993			
Nigeria	20.06.1961	10.10.1988		10.10.1988		19.04.1991		27.09.2001	05.06.1961	05.06.1961	21.10.2005				
Niue	(¹)					20.12.1995									
Norway	03.08.1951	14.12.1981	14.12.1981	14.12.1981	13.06.2006	08.01.1991	23.09.2003	16.02.2000	19.09.1961	19.09.1961		15.02.1979			
Oman	31.01.1974	29.03.1984		29.03.1984		09.12.1996	17.09.2004		26.10.1977						
Pakistan	12.06.1951					12.11.1990			27.03.1959	27.03.1959		27.02.1986			
Palau	25.06.1996	25.06.1996		25.06.1996		04.08.1995									
Panama	10.02.1956	18.09.1995	26.10.1999	18.09.1995		12.12.1990									
Papua New Guinea	26.05.1976		26.10.1999			02.03.1993		21.03.2002	17.07.1962	08.03.2001	08.03.2001	13.05.2003			
Paraguay	23.10.1961	30.11.1990	30.01.1998	30.11.1990		25.09.1990	27.09.2002	14.05.2001	09.11.2004	09.11.2004	09.11.2004				
Peru	15.02.1956	14.07.1989		14.07.1989		04.09.1990	08.05.2002	10.11.2001	21.07.1989	21.07.1989	24.05.2005				
Philippines	06.10.1952			11.12.1986	22.08.2006	21.08.1990	26.08.2003								
Poland	26.11.1954	23.10.1991	02.10.1992	23.10.1991		07.06.1991	07.04.2005	12.11.2001	06.08.1956	06.08.1956		08.06.1978			
Portugal	14.03.1961	27.05.1992	01.07.1994	27.05.1992		21.09.1990	19.08.2003	05.02.2002	04.08.2000	18.02.2005					
Qatar	15.10.1975	05.04.1988	24.09.1991	05.01.2004		03.04.1995	25.07.2002		31.07.1973		04.09.2000				
Romania	01.06.1954	21.06.1990	31.05.1995	21.06.1990		28.09.1990	10.11.2001	11.04.2002	21.03.1958	21.03.1958	07.08.2006	06.05.1983			
Russian Federation	10.05.1954	29.09.1989	29.09.1989	29.09.1989		16.08.1990			04.01.1957	04.01.1957		30.05.1978			
Rwanda	05.05.1964	19.11.1984	08.07.1993	19.11.1984		24.01.1991	23.04.2002		28.12.2000						
Saint Kitts and Nevis	14.02.1986	14.02.1986		14.02.1986		24.07.1990		22.08.2006							
Saint Lucia	18.09.1981	07.10.1982		07.10.1982		16.06.1993						27.05.1993			
Saint Vincent & Grenadine	01.04.1981	08.04.1983		08.04.1983		26.10.1993		03.12.2002				27.04.1999			
Samoa	23.08.1984	23.08.1984		23.08.1984		29.11.1994		16.09.2002							
San Marino	29.08.1953	05.04.1994		05.04.1994	22.06.2007	25.11.1991		13.05.1999	09.02.1956	09.02.1956					
Sao Tome and Principe	21.05.1976	05.07.1996		05.07.1996		14.05.1991						05.10.1979			
Saudi Arabia	18.05.1963	21.08.1987		28.11.2001		26.01.1996			20.01.1971	06.11.2007	06.11.2007				
Senegal	18.05.1963	07.05.1985		07.05.1985		31.07.1990	03.03.2004	02.02.1999	17.06.1987	17.06.1987					
Serbia (Republic of)	16.10.2001	16.10.2001	16.10.2001	16.10.2001		12.03.2001	31.01.2003	06.09.2001	11.09.2001	09.11.2001	02.09.2002				
Seychelles	08.11.1984	22.05.1984		08.11.1984		07.09.1990			08.10.2003						
Sierra Leone	10.06.1965	21.10.1986		21.10.1986		18.06.1990	15.05.2002	15.09.2000							
Singapore	27.04.1973				07.07.2008	05.10.1995									
Slovakia	02.04.1993	02.04.1993	13.03.1995	02.04.1993	30.05.2007	28.05.1993	07.07.2006	11.04.2002	31.03.1993	31.03.1993	11.02.2004	28.05.1993			
Slovenia	26.03.1992	26.03.1992	26.03.1992	26.03.1992	10.03.2008	06.07.1992	23.09.2004	31.12.2001	28.10.1992	05.11.1992	13.04.2004	20.04.2005			
Solomon Islands	06.07.1981	19.09.1988		19.09.1988		10.04.1995						19.06.1981			
Somalia	12.07.1962														
South Africa	31.03.1952	21.11.1995		21.11.1995		16.06.1995		27.11.2000	18.12.2003						
Spain	04.08.1952	21.04.1989	21.04.1989	21.04.1989		06.12.1990	08.03.2002	24.10.2000	07.07.1960	26.06.1992	06.07.2001	19.07.1978			
Sri Lanka	28.02.1959					12.07.1991	08.09.2000		11.05.2004			25.04.1978			

Country		Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court		Protection of Cultural Property			Environment	
Country	GC I-IV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976		
Sudan	23.09.1957	07.03.2006		13.07.2006		03.08.1990	26.07.2005		23.07.1970					
Suriname	13.10.1976	16.12.1985		16.12.1985		01.03.1993								
Swaziland	28.06.1973	02.11.1995		02.11.1995		07.08.1995								
Sweden	28.12.1953	31.08.1979		31.08.1979		29.06.1990	20.02.2003	28.06.2001	22.01.1985	22.01.1985			27.04.1984	
Switzerland	31.03.1950	17.02.1962		17.02.1962	14.07.2006	24.02.1997	28.06.2002	12.10.2001	15.05.1962	15.05.1962	09.07.2004		05.08.1988	
Syrian Arab Republic	02.11.1953	14.11.1983				15.07.1993	17.10.2003		06.03.1958	06.03.1958				
Tajikistan	13.01.1993	13.01.1993		13.01.1993		26.10.1993	05.08.2002	05.05.2000	28.08.1992	28.08.1992	21.02.2006		12.10.1999	
Tanzania (United Rep.of)	12.12.1962	15.02.1983		15.02.1983		10.06.1991	11.11.2004	20.08.2002	23.09.1971					
Thailand	29.12.1954					27.03.1992	27.02.2006		02.05.1958	02.05.1958				
The former Yugoslav Republic of Macedonia	01.09.1993	01.09.1993		01.09.1993		02.12.1993	12.01.2004	06.03.2002	30.04.1997	30.04.1997	19.04.2002			
Timor-Leste	08.05.2003	12.04.2005		12.04.2005		16.04.2003	02.04.2004	06.09.2002						
Togo	06.01.1962	21.06.1984		21.06.1984		01.08.1990	28.11.2005							
Tonga	13.04.1978	20.01.2003		20.01.2003		06.11.1995								
Tunisia	24.09.1963	20.07.2001		20.07.2001		05.12.1991		06.04.1989						
Turkey	04.05.1957	09.08.1979		09.08.1979		30.01.1992	02.01.2003		28.01.1981	28.01.1981			11.05.1978	
Turkmenistan	10.02.1954					04.04.1995	04.05.2004		15.12.1965	15.12.1965				
Tuvalu	19.02.1981	10.04.1992		10.04.1992		22.09.1995	29.04.2005							
Uganda	18.05.1964	13.03.1991		13.03.1991		17.08.1990	06.05.2002	14.06.2002						
Ukraine	03.08.1954	25.01.1990		25.01.1990		28.08.1991	11.07.2005		06.02.1957	06.02.1957			13.06.1978	
United Arab Emirates	10.05.1972	09.03.1983		09.03.1983		03.01.1997								
United Kingdom	23.09.1957	28.01.1998		28.01.1998		16.12.1991	24.06.2003	04.10.2001						
United States of America	02.08.1955				08.03.2007		23.12.2002						16.05.1978	
Uruguay	05.03.1969	13.12.1985		13.12.1985		20.11.1990	09.09.2003	28.06.2002	24.09.1999	24.09.1999	03.01.2007		17.01.1980	
Uzbekistan	08.10.1993	08.10.1993		08.10.1993		29.06.1994			21.02.1996				16.09.1993	
Vanuatu	27.10.1982	28.02.1985		28.02.1985		07.07.1993	28.09.2007						26.05.1993	
Venezuela	13.02.1956	23.07.1998		23.07.1998		13.09.1990	23.09.2003	07.06.2000	09.05.2005					
Viet Nam	28.06.1957	19.10.1981				01.05.1991	03.02.2007		06.02.1970	06.02.1970			26.08.1980	
Yemen	16.07.1970	17.04.1990		17.04.1990		01.05.1991	03.02.2007						20.07.1977	
Zambia	19.10.1966	04.05.1995		04.05.1995		06.12.1991		13.11.2002						
Zimbabwe	07.03.1983	19.10.1992		19.10.1992		11.09.1990			09.06.1998					
Total	194	168	70	164	33	193	122	108	122	99	50	73		

Palestine. On 21 June 1989, the Swiss Federal Department of Foreign Affairs received a letter from the Permanent Observer of Palestine to the United Nations Office at Geneva informing the Swiss Federal Council "that the Executive Committee of the Palestine Liberation Organization, entrusted with the functions of the Government of the State of Palestine by decision of the Palestine National Council, decided, on 4 May 1989, to adhere to the Four Geneva Conventions of 12 August 1949 and the two Protocols additional thereto".

On 13 September 1989, the Swiss Federal Council informed the States that it was not in a position to decide whether the letter constituted an instrument of accession, "due to the uncertainty within the international community as to the existence or non-existence of a State of Palestine".

(*) **Niue.** As evidenced by paragraph 10(1) read together with sub-paragraph 10(3)(b) of New Zealand's 1958 Geneva Conventions Act adopted in anticipation of New Zealand's accessions (2 May 1959) to the Four Geneva Conventions of 1949, Niue's Geneva Conventions Act 1958 (published most recently in Niue Laws 2006, vol. 2, p. 877), bearing in mind the rule as expressed in Article 29 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, and following discussions with relevant authorities, the International Committee of the Red Cross considers that the 1959 New Zealand accessions cover the territory of Niue.

Country		Weapons										
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Afghanistan	09.12.1986	26.03.1975									24.09.2003	11.09.2002
Albania	20.12.1989	11.08.1992	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	12.05.2006	11.05.1994	11.05.1994	29.02.2000
Algeria	27.01.1992	22.07.2001									14.08.1995	09.10.2001
Andorra											27.02.2003	29.06.1998
Angola	08.11.1990										05.07.2002	05.07.2002
Antigua and Barbuda	27.04.1989	29.01.2003									29.08.2005	03.05.1999
Argentina	12.05.1989	05.12.1979	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	21.10.1998	21.10.1998	25.02.2004		02.10.1995	14.09.1999
Armenia	07.06.1994											27.01.1995
Australia	24.05.1930	05.10.1977	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	22.08.1997	22.08.1997	03.12.2002	04.01.2007	06.05.1994	14.01.1999
Austria	09.05.1928	10.08.1973	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	27.07.1998	27.07.1998	25.09.2003	01.10.2007	17.08.1995	29.06.1998
Azerbaijan		26.02.2004									29.02.2000	
Bahamas		26.11.1986										31.07.1998
Bahrain	09.12.1988	28.10.1988									28.04.1997	
Bangladesh	20.05.1989	13.03.1985	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000			25.04.1997	06.09.2000
Barbados	16.07.1976	16.02.1973									03.07.2007	26.01.1999
Belarus		26.03.1975	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	13.09.2000	02.03.2004	27.03.2008	29.09.2008	11.07.1996	03.09.2003
Belgium	04.12.1928	15.03.1979	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	10.03.1999	10.03.1999	12.02.2004		27.01.1997	04.09.1998
Belize		20.10.1986									01.12.2003	23.04.1998
Benin	09.12.1986	25.04.1975	27.03.1989	27.03.1989							14.05.1998	25.09.1998
Bhutan	19.02.1979	08.06.1978									18.08.2005	18.08.2005
Bolivia	13.08.1985	30.10.1975	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001			14.08.1998	09.06.1998
Bosnia-Herzegovina		15.08.1994	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	11.10.2001	07.09.2000	17.03.2008	28.11.2007	25.02.1997	08.09.1998
Botswana		05.02.1992									31.06.1998	01.03.2000
Brazil	28.08.1970	27.02.1973	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	04.10.1999	04.10.1999			13.03.1996	30.04.1999
Brunei Darussalam		31.01.1991									28.07.1997	24.04.2006
Bulgaria	07.03.1934	02.08.1972	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	03.12.1998	03.12.1998	28.02.2003	08.12.2005	10.08.1994	04.09.1998
Burkina Faso	03.03.1971	17.04.1991	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003		08.07.1997	16.09.1998
Burundi											04.09.1998	22.10.2003
Cambodia	15.03.1983	09.03.1983	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997			19.07.2005	28.07.1999
Cameroon	07.12.1989	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006			16.09.1996	19.09.2002
Canada	06.05.1930	18.09.1972	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	05.01.1998	05.01.1998	22.07.2002		26.09.1995	03.12.1997
Cape Verde	15.10.1991	20.10.1977	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997			10.10.2003	14.05.2001
Central African Republic	31.07.1970										20.09.2006	08.11.2002
Chad											13.02.2004	06.05.1999
Chile	02.07.1935	22.04.1980	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	27.09.2007		12.07.1996	10.09.2001
China	13.07.1952	15.11.1984	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	04.11.1998	04.11.1998	11.08.2003		25.04.1997	
Colombia		19.12.1983	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000			05.04.2000	06.09.2000
Comoros											18.08.2006	19.09.2002
Congo		23.10.1978									04.12.2007	04.05.2001
Congo (Dem Rep)		16.09.1975									12.10.2005	02.05.2002
Cook Islands											15.07.1994	15.03.2006

Country		Weapons											
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1985	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997	
Costa Rica	27.07.1970	17.12.1973	17.12.1998	17.12.1998	17.12.1998	17.12.1998	17.12.1998	17.12.1998			31.05.1996	17.03.1999	
Côte d'Ivoire	18.12.2006	08.10.1991	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993			18.12.1995	30.06.2000	
Croatia	24.06.1966	21.04.1976	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	27.05.2003	07.02.2005	23.05.1995	20.05.1998	
Cuba	12.12.1966	06.11.1973	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	17.10.2007		29.04.1997		
Cyprus	16.08.1938	05.04.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	06.06.2006	06.06.2006	06.03.1996	17.01.2003	
Czech Republic	05.05.1930	01.03.1973	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	15.09.2004	28.06.2005	13.07.1995	08.06.1998	
Denmark			29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996			25.01.2006	18.05.1998	
Djibouti	08.11.1978										12.02.2001	26.03.1999	
Dominica	08.12.1970	23.02.1973									30.06.2000	30.06.2000	
Dominican Republic	16.09.1970	12.03.1975	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982			06.09.1995	29.04.1999	
Ecuador	06.12.1928		26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	13.09.2007	23.03.2006	30.10.1995	27.01.1999	
Egypt	20.05.1989	31.12.1991									25.04.1997	16.09.1998	
El Salvador		16.01.1989									14.02.2000	27.08.2001	
Equatorial Guinea			20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	12.05.2003	18.12.2006	26.05.1999	12.05.2004	
Eritrea	28.08.1931	21.06.1993									13.05.1996	17.12.2004	
Estonia	07.10.1935	26.05.1975									20.01.1993	10.06.1998	
Ethiopia	21.03.1973	01.10.1973									07.02.1995		
Fiji	26.06.1929	04.02.1974	08.05.1982	08.05.1982	08.05.1982	08.05.1982	11.01.1996	03.04.1998	22.06.2004	23.03.2005	07.02.1995	23.07.1998	
Finland	10.05.1926	27.09.1984	04.03.1988	04.03.1988	04.03.1988	18.07.2002	30.06.1998	23.07.1998	10.12.2002	31.10.2006	02.03.1995	08.09.2000	
France		16.08.2007	01.10.2007	01.10.2007		01.10.2007					19.05.1998	23.09.2002	
Gabon	05.11.1966	21.11.1991									27.11.1995		
Gambia		22.05.1996	29.04.1996	29.04.1996	29.04.1996	29.04.1996	14.07.2006				12.08.1994	23.07.1998	
Georgia	25.04.1929	07.04.1983	25.11.1992	25.11.1992	25.11.1992	25.11.1992	27.06.1997	02.05.1997	26.01.2005	03.05.2005	09.07.1997	30.06.2000	
Germany	03.05.1967	06.06.1975									22.12.1994	25.09.2003	
Ghana	30.05.1931	10.12.1975	28.01.1992	28.01.1992	28.01.1992	28.01.1992	05.08.1997	20.01.1999	26.11.2004		03.06.2005	19.08.1998	
Greece	03.01.1989	22.10.1986									12.02.2003	26.03.1999	
Grenada	03.05.1983	19.09.1973	21.07.1983	21.07.1983	21.07.1983	21.07.1983	30.08.2002	29.10.2001		28.02.2008	09.06.1997	08.10.1998	
Guatemala			06.08.2008	06.08.2008	06.08.2008	06.08.2008	06.08.2008	06.08.2008	06.08.2008	06.08.2008	20.05.2008	22.05.2001	
Guinea	20.05.1989	20.08.1976									12.09.1997	05.08.2003	
Guinea-Bissau											22.02.2006	15.02.2006	
Guyana											29.08.2005	24.09.1998	
Haiti	18.10.1966	04.01.2002	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	09.12.2002	13.12.2005	12.05.1999	17.02.1998	
Holy See	14.03.1979	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003			29.08.2005	24.09.1998	
Honduras	11.10.1952	27.12.1972	14.06.1982	14.06.1982	14.06.1982	14.06.1982	30.01.1998	30.01.1998	27.12.2002	13.11.2006	31.10.1996	06.04.1998	
Hungary	02.11.1967	15.02.1973	22.08.2008	22.08.2008	22.08.2008	22.08.2008	22.08.2008	22.08.2008	22.08.2008	22.08.2008	28.04.1997	05.05.1999	
Iceland	09.04.1930	15.07.1974	01.03.1984	01.03.1984	01.03.1984	01.03.1984	02.09.1999	02.09.1999	18.05.2005	18.05.2005	03.09.1996		
India	21.01.1971	19.02.1992									12.11.1998	20.02.2007	
Indonesia	05.11.1929	22.08.1973									03.11.1997		
Iran (Islamic Rep)	08.09.1931	19.06.1991										15.08.2007	
Iraq	29.08.1930	27.10.1972	13.03.1995	13.03.1995	13.03.1995	13.03.1995	27.03.1997	27.03.1997	08.11.2006	08.11.2006	24.06.1996	03.12.1997	

Country		Weapons										
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Israel	20.02.1969		22.03.1995	22.03.1995	22.03.1995	20.01.1995	30.10.2000	30.10.2000				
Italy	03.04.1928	30.05.1975	20.01.1995	20.01.1995	20.01.1995	20.01.1995	13.01.1999	13.01.1999	01.09.2004		08.12.1995	23.04.1999
Jamaica	28.07.1970	13.08.1975	25.09.2008				25.09.2008	25.09.2008	25.09.2008	25.09.2008	08.09.2000	17.07.1998
Japan	21.05.1970	18.06.1982	09.06.1982	09.06.1982	09.06.1982	09.06.1982	10.06.1997	10.06.1997	10.07.2003		15.09.1995	30.09.1998
Jordan	20.01.1977	27.06.1975	19.10.1995	19.10.1995		19.10.1995		06.09.2000			23.03.2000	13.11.1998
Kazakhstan		28.06.2007									25.04.1997	23.01.2001
Kenya	06.07.1970	07.01.1976									07.09.2000	07.09.2000
Kiribati												
Korea (Dem.People's Rep.)	04.01.1989	13.03.1987						09.05.2001	13.02.2003	23.01.2008	28.04.1997	
Korea (Republic of)	04.01.1989	25.06.1987	09.05.2001	09.05.2001							28.05.1997	30.07.2007
Kuwait	15.12.1971	26.07.1972									29.09.2003	
Kyrgyzstan		12.10.2004									25.02.1997	
Lao (People's Dem.)	20.05.1989	25.04.1973	03.01.1983	03.01.1983	03.01.1983	03.01.1983		22.08.2002	23.04.2003		23.07.1996	01.07.2005
Latvia	03.06.1931	06.02.1997	04.01.1993	04.01.1993	04.01.1993	04.01.1993						
Lebanon	17.04.1969	26.03.1975										
Lesotho	10.03.1972	06.08.1977	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000					07.12.1984	02.12.1998
Liberia	17.06.1927		18.09.2005	18.09.2005	18.09.2005	18.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	23.02.2006	23.12.1999
Libyan Arab Jamahiriya	29.12.1971	19.01.1982									06.07.2004	
Liechtenstein	06.09.1991	06.06.1991	16.08.1989	16.08.1989	16.08.1989	16.08.1989	19.11.1997	19.11.1997	18.06.2004	12.05.2006	24.11.1999	05.10.1999
Lithuania	15.06.1933	10.02.1998	03.06.1998	03.06.1998	03.06.1998	03.06.1998	03.06.1998	03.06.1998	12.05.2003	29.09.2004	15.04.1998	12.05.2003
Luxembourg	01.09.1936	23.03.1976	21.05.1996	21.05.1996	21.05.1996	21.05.1996	05.08.1999	05.08.1999	13.06.2005	13.06.2005	15.04.1997	14.06.1999
Madagascar	02.08.1967	07.03.2008	14.03.2008	14.03.2008	14.03.2008	14.03.2008		14.03.2008		14.03.2008	20.10.2004	16.09.1999
Malawi	14.09.1970										11.06.1998	13.08.1998
Malaysia	10.12.1970	06.10.1991									20.04.2000	22.04.1999
Maldives	27.12.1966	02.08.1993	07.09.2000	07.09.2000		07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000			31.05.1984	07.09.2000
Mal		25.11.2002	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001			28.04.1997	02.06.1998
Malta	21.09.1964	07.04.1975	26.06.1995	26.06.1995	26.06.1995	26.06.1995	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	22.09.2006	28.04.1997	07.05.2001
Marshall											19.05.2004	
Mauritania											09.02.1998	21.07.2000
Mauritius	12.03.1968	11.01.1973	06.05.1996	06.05.1996	06.05.1996	06.05.1996	24.12.2002				09.02.1993	03.12.1997
Mexico	28.05.1932	08.04.1974	11.02.1982	11.02.1982	11.02.1982	11.02.1982	10.03.1998		22.05.2003		29.08.1994	09.06.1998
Micronesia											21.06.1999	
Moldova (Republic of)		05.11.2004	08.09.2000	08.09.2000	08.09.2000	08.09.2000	08.09.2000	16.07.2001	05.01.2005	21.04.2008	08.07.1996	08.09.2000
Monaco	06.01.1967	30.04.1999	12.08.1997	12.08.1997				04.05.1997			01.06.1995	17.11.1998
Mongolia	06.12.1968	14.09.1972	08.06.1982	08.06.1982	08.06.1982	08.06.1982	06.04.1999				17.01.1995	
Montenegro (Republic of)		03.06.2007	23.10.2006	23.10.2006	23.10.2006	23.10.2006			23.10.2006			23.10.2006
Morocco	13.10.1970	21.03.2002	19.03.2002	19.03.2002	19.03.2002						28.12.1995	
Mozambique											15.08.2000	25.08.1998
Myanmar												
Namibia											24.11.1995	21.09.1998
Nauru			12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001			12.11.2001	07.08.2000

Country		Weapons										
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Nepal	09.05.1969										18.11.1997	
Netherlands	31.10.1930	22.06.1981	18.06.1987	18.06.1987	18.06.1987	18.06.1987	25.03.1999	25.03.1999	19.05.2004	18.07.2005	30.06.1995	12.04.1999
New Zealand	24.05.1930	18.12.1972	18.10.1993	18.10.1993	18.10.1993	18.10.1993	08.01.1998	08.01.1998	02.10.2007	02.10.2007	15.07.1999	27.01.1999
Nicaragua	05.10.1990	07.08.1975	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	06.08.2007	15.01.1900	05.10.1999	30.11.1998
Niger	05.04.1967	23.06.1972	10.11.1992	10.11.1992	10.11.1992	10.11.1992	18.09.2007	18.09.2007	18.09.2007		23.03.1999	
Nigeria	15.10.1968	09.07.1973									20.05.1999	27.09.2001
Niue											21.04.2005	15.04.1998
Norway	27.07.1932	01.08.1973	07.06.1983	07.06.1983	07.06.1983	07.06.1983	20.04.1998	20.04.1998	18.11.2003	08.12.2005	07.04.1984	09.07.1998
Oman		31.03.1992									08.02.1995	
Pakistan	15.04.1960	03.10.1974	01.04.1985	01.04.1985	01.04.1985	01.04.1985	05.12.2000	09.03.1999			28.10.1987	
Palau		03.02.2003									03.02.2003	19.11.2007
Panama	04.12.1970	20.03.1974	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	03.10.1999	16.08.2004		07.10.1998	07.10.1998
Papua New Guinea	02.09.1980	27.10.1980									17.04.1996	28.06.2004
Paraguay	22.10.1933	09.06.1976	22.09.2004	22.09.2004	22.09.2004	22.09.2004		22.09.2004			01.12.1994	13.11.1998
Peru	13.08.1985	05.06.1985	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	14.02.2005		20.07.1995	17.06.1998
Philippines	08.06.1973	21.05.1973	15.07.1996	15.07.1996	15.07.1996	15.07.1996	12.06.1997	12.06.1997			11.12.1996	15.02.2000
Poland	04.02.1929	25.01.1973	02.06.1983	02.06.1983	02.06.1983	02.06.1983	23.09.2004	14.10.2003	15.09.2006		23.08.1995	
Portugal	01.07.1930	15.05.1975	04.04.1997	04.04.1997	04.04.1997	04.04.1997	12.11.2001	31.03.1999	22.02.2008	22.02.2008	10.09.1996	19.02.1999
Qatar	18.10.1976	17.04.1975									03.09.1997	13.10.1998
Romania	23.08.1929	26.07.1979	26.07.1995	26.07.1995	26.07.1995	26.07.1995	25.08.2003	25.08.2003	25.08.2003	29.01.2008	15.02.1995	30.11.2000
Russian Federation	05.04.1928	26.03.1975	10.06.1982	10.06.1982	10.06.1982	10.06.1982		02.03.2005	24.01.2007		05.11.1997	
Rwanda	11.05.1964	20.05.1975									31.03.2004	08.06.2000
Saint Kitts and Nevis	27.04.1989	02.04.1991									21.05.2004	02.12.1998
Saint Lucia	21.12.1988	26.11.1986									09.04.1997	13.04.1999
Saint Vincent & Grenadine	24.03.1999	13.05.1999									18.09.2002	01.08.2001
Samoa											27.09.2002	23.07.1998
San Marino		11.03.1975									10.12.1999	18.03.1998
Sao Tome and Principe		24.08.1979									09.09.2003	31.03.2003
Saudi Arabia	27.01.1971	24.05.1972	07.12.2007	07.12.2007							09.08.1996	
Senegal	15.06.1977	26.03.1975	29.11.1999				07.12.2007	29.11.1999			20.07.1998	24.09.1998
Serbia (Republic of)	06.03.2006	13.06.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.08.2003	29.11.1999	11.11.2003		20.04.2000	18.09.2003
Seychelles	11.10.1979	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	30.09.2004	08.06.2000	30.09.2004	30.09.2004	07.04.1993	02.06.2000
Sierra Leone	20.03.1967	29.06.1976	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	25.04.2001
Singapore		02.12.1975									21.05.1997	
Slovakia	16.08.1938	17.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	30.11.1999	30.11.1999	11.02.2004	23.03.2006	27.10.1999	25.02.1999
Slovenia	08.04.2008	07.04.1992	06.07.1992	06.07.1992	06.07.1992	06.07.1992	03.12.2002	03.12.2002	02.07.2008	22.02.2007	11.06.1997	27.10.1998
Solomon Islands	01.06.1981	17.06.1981									23.09.2004	26.01.1999
Somalia												
South Africa	24.05.1930	03.11.1975	13.09.1995	13.09.1995	13.09.1995	13.09.1995	26.06.1998	26.06.1998			13.09.1995	26.06.1998
Spain	22.08.1929	20.06.1979	29.12.1993	29.12.1993	29.12.1993	29.12.1993	19.01.1998	27.01.1998	09.02.2004	02.08.2007	03.06.1994	19.01.1999
Sri Lanka	20.01.1954	18.11.1986	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004		19.08.1994	

Country		Weapons										
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Sudan	17.12.1980	17.10.2003									24.05.1999	13.10.2003
Suriname	06.01.1993	06.01.1993									28.04.1997	23.05.2002
Swaziland	23.07.1991	18.06.1991									20.09.1996	22.12.1998
Sweden	25.04.1930	05.02.1976	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	15.01.1997	16.07.1997	03.12.2002	02.06.2004	17.06.1993	30.11.1998
Switzerland	12.07.1932	04.05.1976	20.08.1982	20.08.1982	20.08.1982	20.08.1982	24.03.1998	24.03.1998	19.01.2004	12.05.2006	10.03.1995	24.03.1998
Syrian Arab Republic	17.12.1968											
Tajikistan		08.12.2004	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999		18.05.2006	11.01.1995	12.10.1999
Tanzania (United Rep.of)	22.04.1963										25.06.1998	13.11.2000
Thailand	06.06.1931	28.05.1975									10.12.2002	27.11.1998
The former Yugoslav Republic of Macedonia		14.03.1997	30.12.1996	30.12.1996	30.12.1996	30.12.1996	19.03.2007	31.05.2005	11.07.2007	19.03.2007	20.06.1997	09.09.1998
Timor-Leste		05.05.2002									07.05.2003	07.05.2003
Togo	05.04.1971	10.11.1976	04.12.1995	04.12.1995	04.12.1995	04.12.1995					23.04.1997	09.03.2000
Tonga	19.07.1971	28.09.1976									29.05.2003	
Trinidad and Tobago	31.08.1962	19.07.2007									24.06.1997	27.04.1998
Tunisia	12.07.1967	06.06.1973	15.05.1987	15.05.1987	15.05.1987	15.05.1987	23.03.2006	23.03.2006		07.03.2008	15.04.1997	09.07.1999
Tunisia	05.10.1929	04.11.1974	02.03.2005	02.03.2005			02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005		12.05.1997	25.09.2003
Turkey		11.01.1996	19.03.2004	19.03.2004	19.03.2004			19.03.2004			29.09.1994	19.01.1998
Turkmenistan											19.01.2004	
Tuvalu												
Uganda	24.05.1965	12.05.1992	14.11.1995	14.11.1995	14.11.1995	14.11.1995					30.11.2001	25.02.1999
Ukraine	07.08.2003	26.03.1975	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	28.05.2003	15.12.1999	29.06.2005	17.05.2005	16.10.1998	27.12.2005
United Arab Emirates	19.06.2008										28.11.2000	
United Kingdom	09.04.1930	26.03.1975	13.02.1995	13.02.1995	13.02.1995	13.02.1995	11.02.1999	11.02.1999	25.07.2002		13.05.1996	31.07.1998
United States of America	10.04.1975	26.03.1975	24.03.1995	24.03.1995	24.03.1995	24.03.1995		24.05.1999			25.04.1997	
Uruguay	12.04.1977	06.04.1981	06.10.1994	06.10.1994	06.10.1994	06.10.1994	18.08.1998	18.08.1998		07.08.2007	06.10.1994	07.06.2001
Uzbekistan		11.01.1996	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997				23.07.1996	
Vanuatu		12.10.1990									16.09.2005	16.09.2005
Venezuela	08.02.1928	18.10.1978	19.04.2005	19.04.2005	19.04.2005	19.04.2005		19.04.2005			03.12.1997	14.04.1999
Viet Nam	15.12.1980	20.06.1980									30.09.1998	
Yemen	17.03.1971	01.06.1979									02.10.2000	01.09.1998
Zambia											23.02.2001	23.02.2001
Zimbabwe		05.11.1990									25.04.1997	18.06.1998
Total	135	162	108	105	92	100	91	92	63	47	184	156

EL «*STATUS OF FORCES AGREEMENT*» DE LA UNIÓN EUROPEA (EU SOFA) DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2003

José Luis Rodríguez-Villasante Prieto

Por considerarlo de sumo interés para los lectores de la Revista Española de Derecho Militar, se publica a continuación, en idioma español, el *Status of Forces Agreement de la Unión Europea* (EU SOFA), aprobado según un acuerdo concluido el 17 de noviembre de 2003 por los Estados miembros de la Unión Europea en el ámbito de la Política europea de Seguridad y Defensa (PESD).

El acuerdo desempeña un papel similar al que juega el SOFA OTAN en el marco de la Alianza Atlántica. A partir del 17 de diciembre de 2001 comienzan en la Unión Europea los debates sobre un proyecto de acuerdo, que sufre numerosas revisiones para concluir en una versión Enmendada (décima revisión) de fecha 11 de julio de 2003. Esta versión del proyecto fue aprobada por el Permanent Representatives Committee (COREPER II) del Consejo el 23 de julio de 2003 y, posteriormente, revisada por los expertos legales y lingüísticos del propio Consejo durante octubre del mismo año.

El texto final fue firmado en Bruselas el 17 de noviembre de 2003, por los representantes de los Estados Miembros en la reunión del Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores de la Unión Europea. Como el texto del EU SOFA fue autenticado en las, entonces, once lenguas oficiales de la Unión Europea, todas las versiones del acuerdo en tales idiomas son igualmente auténticas.

No cabe duda de la influencia del SOFA de la OTAN (1951) en este nuevo acuerdo de la Unión Europea. No obstante existen algunas diferen-

cias relevantes. Así, el estatuto jurídico de las diferentes clases de personal, civil o militar de la OTAN se regula en tres instrumentos jurídicos distintos: el NATO SOFA relativo a la posición legal de las fuerzas militares, el Acuerdo de Ottawa sobre el estatuto de la NATO como Organización (20 de septiembre de 1951) y el Protocolo de París que comprende el estatuto de los Cuarteles Generales Militares Internacionales de la NATO. Sin embargo, en el EU SOFA se optó por definir en un único tratado el estatuto jurídico de las diversas clases de personal que desempeña su misión el ámbito de la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD).

En el número 46 (2007), volumen 1-2 de la *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre* (Revista de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra), se publica un largo comentario del EU SOFA firmado por Aurel Sari (University College London) bajo el título «*The EU Status of Forces Agreement: Continuity and Change in the Law of Visiting Forces*» («El Acuerdo de la Unión Europea relativo al Estatuto de las Fuerzas: Continuidad y cambio en el derecho de las fuerzas estacionadas en el extranjero»). El exhaustivo artículo, que se extiende desde la página 9 a 247, es un estudio «artículo por artículo» del citado Acuerdo y abarca la totalidad del volumen 1-2 de la mencionada revista. Se trata de un relevante trabajo doctrinal publicado en lengua inglesa, con abundantes notas a pié de página, al que remitimos a nuestros lectores si desean profundizar en esta importante materia.

Después de una breve introducción, el estudio de Aurel Sari expone las líneas básicas de la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD) y las vicisitudes cronológicas del proyecto de EU SOFA hasta su aprobación en 2003. A continuación se comenta el Preámbulo y las partes Primera (Disposiciones comunes al conjunto del personal militar y civil amparado por el Acuerdo), Segunda (aplicable únicamente al personal militar o civil de los Estados Miembros destacado en las instituciones de la Unión Europea), Tercera (relativa a los Cuarteles Generales y a las fuerzas, comprendiendo al personal y civil que en ellas desempeña sus funciones) y Cuarta (Disposiciones finales).

Críticamente se advierten algunas ambigüedades, pues el EU SOFA no alcanza a distinguir –por una parte– a los contingentes nacionales que actúan en nombre de sus Estados de origen y, por otro lado, al personal militar y civil que actúa por parte de la Unión Europea en un contexto internacional.

Por otra parte, el EU SOFA reitera la validez del NATO SOFA como modelo de acuerdo multilateral par regular el estatuto de las fuerzas estacionadas fuera del territorio nacional y, en si mismo, refuerza las capaci-

dades jurídico-internacionales de la Unión Europea en la gestión de crisis. Como se concluye en el resumen del comentario publicado en la *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre: Tratando algunas cuestiones jurídicas y prácticas claves que se presentan a raíz de la presencia en territorio extranjero de personal militar o civil destacado por los Estados miembros de la UE, el EU SOFA facilita su tránsito y su despliegue temporal en el territorio de la UE de conformidad con los objetivos de la PESD.*

A continuación se publica el texto íntegro del Acuerdo de la Unión Europea relativo al Estatuto de la Fuerza (EU SOFA).

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES
CORTES GENERALES
VIII LEGISLATURA
Serie A: ACTIVIDADES PARLAMENTARIAS
30 de enero de 2006

Núm. 224

Autorización de Tratados y Convenios Internacionales 110/000134 (CD)
Acuerdo entre los Estados miembros de la Unión Europea relativo al estatuto del personal militar y civil destacado en las instituciones de la Unión Europea, de los cuarteles generales y de las fuerzas que pueden ponerse a disposición de la Unión Europea en el marco de la preparación y ejecución de las operaciones previstas en el artículo 17.2 del Tratado de la Unión Europea, incluidos los ejercicios, y del personal civil y militar de los Estados miembros puesto a disposición de la Unión Europea para que actúe en ese contexto (EU-SOFA), hecho en Bruselas el 17 de noviembre de 2003.

La Mesa del Congreso de los Diputados, en su reunión del día de hoy, ha acordado la publicación del asunto de referencia.

(110) Autorización de Convenios Internacionales.

110/000134

AUTOR: Gobierno.

Acuerdo entre los Estados miembros de la Unión Europea relativo al estatuto del personal militar y civil destacado en las instituciones de la Unión Europea, de los cuarteles generales y de las fuerzas que pueden ponerse a

disposición de la Unión Europea en el marco de la preparación y ejecución de las operaciones previstas en el artículo 17.2 del Tratado de la Unión Europea, incluidos los ejercicios, y del personal civil y militar de los Estados miembros puestos a disposición de la Unión Europea para que actúe en ese contexto (EU-SOFA), hecho en Bruselas el 17 de noviembre de 2003.

Acuerdo:

Encomendar Dictamen a la Comisión de Asuntos Exteriores y publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, estableciendo plazo para presentar propuestas, que tendrán la consideración de enmiendas a la totalidad o de enmiendas al articulado conforme al artículo 156 del Reglamento, por un período de quince días hábiles que finaliza el día 17 de febrero de 2006.

En consecuencia se ordena la publicación en la Sección Cortes Generales del BOCG de conformidad con lo establecido en el Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado de 19 de diciembre de 1996.

Palacio del Congreso de los Diputados, 24 de enero de 2006.-P. D. El Letrado Mayor de las Cortes Generales, Manuel Alba Navarro.

ACUERDO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA RELATIVO AL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR Y CIVIL DESTACADO EN LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA, DE LOS CUARTELES GENERALES Y DE LAS FUERZAS QUE PUEDEN PONERSE A DISPOSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL MARCO DE LA PREPARACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS OPERACIONES PREVISTAS EN EL APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 17 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, INCLUIDOS LOS EJERCICIOS, Y DEL PERSONAL CIVIL Y MILITAR DE LOS ESTADOS MIEMBROS PUESTO A DISPOSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA PARA QUE ACTÚE EN ESE CONTEXTO (EU-SOFA), HECHO EN BRUSELAS EL 17 DE NOVIEMBRE DE 2003

Los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea, reunidos en el seno del Consejo,

Visto el Tratado de la Unión Europea (TUE), y en particular su Título V;

Considerando lo siguiente:

(1) El Consejo Europeo decidió, con vistas a la realización de su Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), dotar a la UE de las capacidades necesarias para adoptar y ejecutar decisiones en toda la gama de tareas de prevención de conflictos y gestión de crisis que se definen en el TUE.

(2) Las decisiones nacionales de enviar fuerzas de los Estados miembros de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Estados miembros») al territo-

rio de otros Estados miembros, o de recibir dichas fuerzas de los Estados miembros, en el contexto de la preparación y ejecución de las misiones a que se refiere el apartado 2 del artículo 17 del TUE, incluidos los ejercicios, se adoptarán de acuerdo con lo dispuesto en el Título V del TUE, y, en particular, en el apartado 1 de su artículo 23, y estarán sometidas a arreglos separados entre los Estados miembros afectados.

(3) Deben celebrarse acuerdos específicos con los países terceros interesados cuando los ejercicios u operaciones tengan lugar fuera del territorio de los Estados miembros.

(4) De conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo, los derechos y las obligaciones de las partes con arreglo a acuerdos internacionales y demás instrumentos internacionales por los que se establecen tribunales internacionales, incluido el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no se verán afectados.

Han convenido en las disposiciones siguientes:

PARTE I

Disposiciones comunes al conjunto del personal militar y civil

ARTÍCULO 1

En el presente Acuerdo, la expresión:

1. «personal militar», significa:

a) el personal militar de los Estados miembros destacado en la Secretaría General del Consejo con objeto de constituir el Estado Mayor de la Unión Europea (EMUE);

b) el personal militar distinto del personal de las instituciones de la UE al que el EMUE pueda recurrir como refuerzo temporal previa solicitud del Comité Militar de la Unión Europea (CMUE) para realizar actividades en el marco de la preparación y la ejecución de las tareas a que se refiere el apartado 2 del artículo 17 del TUE, incluidos los ejercicios,

c) el personal militar de los Estados miembros destacado en los cuarteles generales y las fuerzas que puedan destacarse a la UE o el personal de éstos, en el marco de la preparación y la ejecución de las tareas contempladas en el apartado 2 del artículo 17 del TUE, incluidos los ejercicios;

2. «personal civil», significa el personal civil de los Estados miembros destacado en las instituciones de la UE para efectuar actividades en el marco de la preparación y la ejecución de las operaciones contempladas en el apartado 2 del artículo 17 del TUE, también durante los ejercicios, o el

personal civil, con excepción del personal local contratado, que trabaje en el cuartel general o la fuerza que de otra forma esté a disposición de la UE por los Estados miembros para dicha actividad;

3. «persona a cargo», significa toda persona definida o reconocida por el ordenamiento del Estado de origen como miembro de la familia de un militar o de un miembro del personal civil. No obstante, cuando dicho ordenamiento considere miembro de la familia o del hogar sólo a una persona que viva bajo el mismo techo que el militar o el miembro del personal civil, se considerará que esta condición queda satisfecha cuando la persona en cuestión dependa principalmente de este último;

4. «fuerza», significa personas que pertenezcan a, u órganos constituidos por, personal militar y personal civil tal como se definen en los apartados 1 y 2, en la inteligencia de que los Estados miembros afectados podrán convenir que los Estados miembros interesados acuerden que determinadas personas, unidades, formaciones u otros órganos no se consideren parte de una fuerza o incluidos en una fuerza a los efectos del presente Acuerdo;

5. «cuartel general», significa todo cuartel general, situado en el territorio de los Estados miembros, establecido por uno o varios Estados miembros o por una organización internacional, y puesto a disposición de la UE en el contexto de la preparación y ejecución de las misiones a que se refiere el apartado 2 del artículo 17 del TUE, incluidos los ejercicios;

6. «Estado de origen», significa el Estado miembro al que pertenezca el personal militar o civil o la fuerza;

7. «Estado receptor», significa el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el personal militar o civil, la fuerza o los cuarteles generales, ya sea estacionado, desplegado o en tránsito en el marco de una orden de misión individual o colectiva o de una comisión de servicios en las instituciones de la UE.

ARTÍCULO 2

1. Los Estados miembros facilitarán cuando sea necesario la entrada, la permanencia y la salida del personal o las personas a su cargo a que se refiere el artículo 1 para la realización de actividades oficiales. En cualquier caso podrá pedirse a dicho personal y personas a cargo que prueben su pertenencia a las categorías descritas en el artículo 1.

2. Para ello, y sin perjuicio de las normas pertinentes aplicables a la libre circulación de personas en virtud del Derecho comunitario, bastará una orden de destino, individual o colectiva, o una decisión de comisión de servicio ante las instituciones de la UE.

ARTÍCULO 3

El personal civil y militar, así como las personas a su cargo, tendrán la obligación de respetar la legislación del Estado receptor y de evitar cualquier actividad incoherente con el espíritu del presente Acuerdo.

ARTÍCULO 4

A efectos del presente Acuerdo:

1. El permiso de conducción expedido por los servicios militares de un Estado de origen será reconocido en el territorio del Estado receptor para vehículos militares comparables.

2. El personal autorizado de cualquier Estado miembro podrá prestar asistencia médica y cuidado dental al personal de las fuerzas y del cuartel general de cualquier otro Estado miembro.

ARTÍCULO 5

El personal militar y el personal civil afectado llevará normalmente su uniforme, según los reglamentos en vigor en el Estado de origen.

ARTÍCULO 6

Los vehículos con una matrícula específica de las Fuerzas Armadas o de la Administración del Estado de origen llevarán, además de su número de matrícula, una marca distintiva de su nacionalidad.

PARTE II

Disposiciones aplicables exclusivamente al personal militar o civil destacado en las instituciones de la UE

ARTÍCULO 7

El personal militar o civil destacado en las instituciones de la UE podrá poseer y llevar armas de conformidad con el artículo 13, cuando se encuentre trabajando en los cuarteles generales y las fuerzas que pueden ponerse a disposición de la UE en el contexto de la preparación y ejecución de las tareas a que se refiere el apartado 2 del artículo 17 del TUE, incluidos los ejercicios, o cuando participe en misiones relacionadas con dichas tareas.

ARTÍCULO 8

1. El personal militar o civil destacado en las instituciones de la UE gozará de inmunidad frente a cualquier tipo de proceso judicial en relación con manifestaciones orales o escritas, así como por todo acto realizado en el ejercicio de sus funciones oficiales; dicha inmunidad continuará aun cuando las personas interesadas hayan cesado en sus funciones.

2. La inmunidad mencionada en el presente artículo se concederá en interés de la Unión Europea y no en beneficio del personal afectado.

3. Tanto la autoridad competente del Estado de origen como las correspondientes instituciones de la UE deberán suspender la inmunidad de que disfruta el personal militar o civil destacado en las instituciones de la UE en aquellos casos en que la inmunidad ponga obstáculos a la acción de la justicia y dicha autoridad competente y las correspondientes instituciones de la UE puedan suspenderla sin perjudicar los intereses de la Unión Europea.

4. Las instituciones de la UE cooperarán, en todo momento, con las autoridades competentes de los Estados miembros para facilitar la adecuada administración de la justicia y evitarán todo abuso de las inmunidades otorgadas con arreglo al presente artículo.

5. Si una autoridad competente o un órgano judicial de un Estado miembro estimare que ha habido abuso de una inmunidad otorgada por el presente artículo, la autoridad competente del Estado de origen y la institución correspondiente de la UE, previa solicitud, celebrará consultas con las autoridades competentes del Estado miembro interesado a fin de determinar si se ha producido tal abuso.

6. Si tales consultas no dieran un resultado satisfactorio para ambas partes, el contencioso será examinado por la institución correspondiente de la UE con el fin de lograr su resolución.

7. Cuando no es posible resolver el contencioso, la institución correspondiente de la UE determinará la forma en que se ha de resolver.

Cuando se trate del Consejo, éste deberá decidir por unanimidad.

PARTE III

Disposiciones aplicables únicamente a los cuarteles generales y a las fuerzas, así como al personal militar y civil que trabaje en ellos.

ARTÍCULO 9

En el marco de la preparación y la ejecución de las operaciones contempladas en el apartado 2 del artículo 17 del TUE, incluidos los

ejercicios, los cuarteles generales, las fuerzas y su personal, mencionados en el artículo 1, así como su material estarán autorizados a transitar y desplegarse temporalmente en el territorio de un Estado miembro, previo consentimiento de las autoridades competentes de éste.

ARTÍCULO 10

El personal militar y civil recibirá asistencia médica y cuidado dental urgente, incluida la hospitalización, en las mismas condiciones que el personal comparable del Estado receptor.

ARTÍCULO 11

A reserva de la aplicación de los acuerdos ya en vigor o que puedan, tras la entrada en vigor del presente Acuerdo, concertarse en lo sucesivo entre los representantes autorizados de los Estados de origen y receptor, las autoridades del Estado receptor asumirán ellas solas la responsabilidad de tomar las medidas oportunas para que las unidades, formaciones u otros órganos dispongan de los edificios y terrenos que necesiten e igualmente de las instalaciones y servicios correspondientes.

Estos acuerdos y medidas cumplirán, en la medida de lo posible, las normas que rijan el alojamiento y acantonamiento de las unidades, formaciones u otros órganos similares del Estado receptor.

En ausencia de un acuerdo específico en contrario, las leyes del Estado receptor determinarán los derechos y obligaciones derivados de la ocupación o utilización de los edificios, terrenos, instalaciones o servicios.

ARTÍCULO 12

1. Las unidades, formaciones u órganos normalmente constituidos por personal militar o civil tendrán derecho a ejercer funciones policiales, en virtud de un acuerdo con el Estado receptor, en todos los campamentos, establecimientos, cuarteles generales u otras instalaciones que ocupen exclusivamente. La policía militar de dichas unidades, formaciones u órganos podrá adoptar todas las medidas útiles para garantizar el mantenimiento del orden y de la seguridad en esos recintos.

2. El uso de la policía militar contemplada en el apartado 1 fuera de esas instalaciones quedará supeditado a un acuerdo con las autoridades del Estado receptor, se hará en coordinación con estas últimas y sólo se ejercerá en la medida necesaria para mantener el orden y la disciplina entre los miembros de tales unidades, formaciones u órganos.

ARTÍCULO 13

1. El personal militar podrá poseer y llevar sus armas reglamentarias a condición de que sus órdenes se lo autoricen y previo acuerdo con las autoridades del Estado receptor.

2. El personal civil podrá tener y llevar armas de servicio, siempre que la normativa nacional del Estado de origen así lo autorice y previo acuerdo de las autoridades del Estado receptor.

ARTÍCULO 14

Los cuarteles generales y las fuerzas disfrutarán de los mismos medios en materia de correos y telecomunicaciones, viajes y descuentos en tarifa que las fuerzas del Estado receptor con arreglo a las disposiciones y a la normativa de dicho Estado.

ARTÍCULO 15

1. Los archivos y demás documentos oficiales de un cuartel general conservados en los locales utilizados por dicho cuartel general o poseídos por cualquier miembro de dicho cuartel general con la debida autorización serán inviolables, salvo que el cuartel general renuncie a esta inmunidad. Previa solicitud del Estado receptor y en presencia de un representante de este Estado, el cuartel general verificará el carácter de los documentos a fin de constatar si están protegidos por la inmunidad contemplada en el presente artículo.

2. Si una autoridad competente u órgano judicial del Estado receptor considera que ha tenido lugar un abuso de la inviolabilidad concedida por el presente artículo, el Consejo, previa solicitud, evacuará consultas con las autoridades competentes del Estado receptor para determinar si se ha producido dicho abuso.

3. Si tales consultas no dieran un resultado satisfactorio para ambas partes interesadas, el contencioso será examinado por el Consejo con el fin de lograr su resolución. Cuando no se haya podido resolver el contencioso el Consejo determinará, por unanimidad, la forma en que se ha de resolver.

ARTÍCULO 16

A fin de evitar la doble imposición, para la aplicación de los Convenios sobre doble imposición celebrados entre Estados miembros y sin perjuicio

del derecho del Estado receptor a gravar fiscalmente al personal militar y civil que posea su nacionalidad o que resida habitualmente en el Estado receptor:

1. Cuando la repercusión legal de cualquier forma de imposición en el Estado receptor dependa de la residencia o domicilio, los períodos durante los cuales un militar o un miembro del personal civil se encuentre en el territorio de dicho Estado, por la única razón de ser miembro del personal militar o civil, no se considerarán como períodos de residencia en dicho Estado, o como susceptibles de producir un cambio de residencia o domicilio a los fines de tal imposición contributiva;

2. Los miembros del personal militar y civil estarán exentos en el Estado receptor de impuestos sobre los salarios o emolumentos que les abonen como miembros de dicho personal el Estado de origen, así como sobre cualquier bien mueble corporal de su pertenencia cuya presencia en el Estado receptor sea debida únicamente a su presencia temporal allí.

3. Nada de lo previsto en el presente artículo impedirá la percepción de impuestos a un miembro del personal militar o civil por las actividades con fin lucrativo que no estén relacionadas con su empleo como miembro de ese personal, que realice en el Estado receptor, y, excepto en lo que se refiere a los salarios, emolumentos y bienes muebles corporales a que se refiere el apartado 2, las disposiciones del presente artículo no se oponen en nada a la percepción de impuestos a la cual, dichos miembros del personal militar o civil están sujetos en virtud de la legislación del Estado receptor, incluso si se considera que tiene su residencia o domicilio fuera del territorio del Estado receptor.

4. Nada de lo previsto en el presente artículo se aplicará a los derechos.

Se entenderá por «derechos» los derechos de aduana y demás derechos y tasas que, según el caso, gravan la importación o la exportación, con la excepción de los derechos y tasas que se cobren únicamente en concepto de servicios prestados.

ARTÍCULO 17

1. Las autoridades del Estado de origen tendrán el derecho de ejercer la plena jurisdicción penal y disciplinaria que les concede el ordenamiento del Estado de origen sobre el personal militar y también sobre el personal civil cuando éste esté sujeto a la legislación aplicable a todas o alguna fuerza(s) armada(s) del Estado de origen, a causa de su despliegue junto con dichas fuerzas.

2. Las autoridades del Estado receptor tendrán el derecho de ejercer su jurisdicción exclusiva sobre el personal militar y civil, así como sobre

las personas a su cargo, respecto de los delitos cometidos en el territorio del Estado receptor punibles por la ley de dicho Estado.

3. Las autoridades del Estado de origen tendrán el derecho de ejercer su jurisdicción exclusiva sobre el personal militar y también sobre el personal civil, cuando éste esté sujeto a la legislación aplicable a todas o alguna fuerza(s) armada(s) del Estado de origen, a causa de su despliegue junto con dichas fuerzas, respecto de los delitos, especialmente los que afectan a su seguridad, punibles por la ley del Estado de origen pero no por la ley del Estado receptor.

4. Las autoridades del Estado receptor tendrán el derecho de ejercer su jurisdicción exclusiva sobre el personal militar y civil y personas a su cargo, sujetos a las leyes de dicho Estado, respecto de los delitos, especialmente los que afectan a su seguridad, punibles por sus leyes pero no por las leyes del Estado de origen.

5. A los fines de los apartados 3, 4 y 6 del presente artículo, los delitos contra la seguridad del Estado incluirán:

- a) traición contra el Estado;
- b) sabotaje, espionaje o violación de cualquier ley relacionada con secretos oficiales de dicho Estado o con secretos relacionados con la defensa nacional de dicho Estado.

6. En los casos en que el derecho a ejercer jurisdicción sea concurrente, se aplicarán las normas siguientes:

a) Las autoridades competentes del Estado de origen tendrán el derecho preferente de ejercer jurisdicción sobre el personal militar y también sobre el personal civil, cuando éste esté sujeto a la legislación aplicable a todas o alguna fuerza(s) armada(s) del Estado de origen, a causa de su despliegue junto con dichas fuerzas, en relación con:

i) delitos que afecten únicamente a la seguridad o propiedad de dicho Estado, o delitos que afecten únicamente a la persona o a la propiedad de un miembro del personal militar o civil de dicho Estado o de una persona a su cargo;

ii) delitos derivados de cualquier acto y omisión durante la ejecución de actos de servicio oficial;

b) en caso de cualquier otro delito, las autoridades del Estado receptor tendrán derecho preferente a ejercer su jurisdicción;

c) si el Estado que tenga derecho preferente decide no ejercer jurisdicción, lo notificará a las autoridades del otro Estado tan pronto como sea posible. Las autoridades del Estado que tenga jurisdicción preferente considerarán benévolamente las peticiones de las autoridades del otro Estado de renunciar a su derecho, cuando estas últimas lo entiendan justificado por consideraciones de particular importancia.

7. Las disposiciones del presente artículo no implicarán derecho alguno por parte de las autoridades del Estado de origen a ejercer jurisdicción sobre personas que sean nacionales de dicho Estado receptor o residan habitualmente en el mismo, a menos que sean miembros de las fuerzas armadas del Estado de origen.

ARTÍCULO 18

1. Cada Estado miembro renunciará a todos sus derechos a reclamar contra otro Estado miembro por los daños causados a los bienes del Estado que se hayan utilizado en el marco de la preparación y la ejecución de las operaciones contempladas en el apartado 2 del artículo 17 del TUE, incluidos los ejercicios, si los daños:

a) fueran causados por un miembro del personal militar o civil del otro Estado miembro, en el ejercicio de sus funciones en el marco de las referidas operaciones;

b) se ocasionaran por el uso de cualquier vehículo, navío o aeronave propiedad de un Estado miembro y utilizado por sus fuerzas, siempre que el vehículo, navío o aeronave que causara los daños fuera utilizado para acciones emprendidas en el marco de las referidas operaciones, o que los daños fueran causados a bienes utilizados en las mismas condiciones.

Las reclamaciones por salvamento marítimo por parte de un Estado miembro contra otro Estado miembro serán también objeto de renuncia, siempre que el navío o la carga salvados fueren propiedad de un Estado miembro y estuvieren siendo utilizados por sus fuerzas armadas con motivo de acciones emprendidas en el marco de las referidas tareas.

2. a) En caso de daños distintos a los contemplados en el apartado 1 que se hubieran causado a los bienes de un Estado miembro situados en su territorio, y en la medida en que los Estados miembros interesados no hayan celebrado un acuerdo en contrario, la responsabilidad y la cuantía de los daños se determinarán mediante negociación entre estos Estados miembros;

b) no obstante, cada Estado miembro renunciará a reclamar una compensación si la cuantía del daño es inferior a la cuantía que se fijará mediante decisión unánime del Consejo.

Cualquier otro Estado miembro cuyos bienes hayan sido dañados en el mismo incidente renunciará también a su reclamación hasta la cuantía arriba indicada.

3. A efectos de los apartados 1 y 2, la expresión «bienes de un Estado miembro», en el caso de los navíos, se aplicará a todo navío fletado sin tri-

pulación ni combustible por un Estado miembro o requisado por él en iguales términos o apresado por él (excepto en la medida en que el riesgo de pérdida o la responsabilidad recaiga en alguna entidad distinta de dicho Estado miembro).

4. Cada Estado miembro renunciará a sus reclamaciones contra cualquier otro Estado miembro por lesiones o muerte sufridas por cualquier miembro del personal militar o civil de sus fuerzas en el desempeño de sus deberes oficiales.

5. Las reclamaciones (distintas de las reclamaciones contractuales y de aquellas a que se refieren los apartados 6 ó 7) originadas por actos u omisiones de un miembro del personal militar o civil cometidos durante el desempeño de sus deberes oficiales o por cualquier otro acto, omisión o suceso del cual sea responsable igualmente un miembro de la fuerza y que cause daños, en el territorio del Estado receptor, a terceros que no sean uno de los Estados miembros serán resueltas por el Estado receptor de acuerdo con las siguientes disposiciones:

a) las reclamaciones serán presentadas, tramitadas y resueltas o falladas de acuerdo con las leyes y disposiciones del Estado receptor aplicables en la materia a sus propias fuerzas armadas;

b) el Estado receptor podrá resolver sobre estos daños y procederá al pago de las compensaciones concedidas en su divisa;

c) dicho pago, bien se efectúe con arreglo a un acuerdo, o a una decisión de un órgano jurisdiccional competente del Estado receptor, o a la decisión de dicho órgano jurisdiccional por la que se deniegue el pago, será concluyente y vinculante para los Estados miembros interesados;

d) toda compensación pagada por el Estado receptor será comunicada a los Estados de origen interesados junto con todos los pormenores y una propuesta de distribución de conformidad con los incisos i), ii) e iii) de la letra e). A falta de respuesta en el plazo de dos meses, la distribución propuesta se considerará aceptada;

e) los gastos en que se incurra para la satisfacción de reclamaciones de conformidad con lo dispuesto en las letras a), b), c) y d) precedentes y en el apartado 2 del presente artículo se distribuirán entre los Estados miembros como sigue:

i) cuando sólo un Estado de origen sea responsable, la cuantía de la indemnización se distribuirá en la proporción de un 25 por ciento a cargo del Estado receptor y un 75 por ciento a cargo del Estado de origen;

ii) cuando haya más de un Estado responsable del daño, la cuantía de la indemnización se distribuirá en partes iguales entre ellos; sin embargo,

si el Estado receptor no es uno de los Estados responsables, su contribución será la mitad de la de cada uno de los Estados de origen;

iii) cuando el daño haya sido causado por las fuerzas de los Estados miembros y no sea posible atribuirlo específicamente a una o más de estas fuerzas, la cuantía de la indemnización se distribuirá en partes iguales entre los Estados miembros interesados; sin embargo, si el Estado receptor no está entre los Estados por cuyas fuerzas se causó el daño, su contribución será la mitad de la de cada uno de los Estados de origen afectados;

iv) cada seis meses se enviará a los Estados de origen interesados una declaración de las sumas pagadas por el Estado receptor durante el semestre anterior relativa a cada caso respecto al cual se ha aceptado la distribución propuesta sobre base porcentual, juntamente con una petición de reembolso. Dicho reembolso se efectuará en el plazo más breve posible en la divisa del Estado receptor;

f) en los casos en que la aplicación de las disposiciones de las letras b) y e) pudiera causar a un Estado miembro una seria dificultad, éste podrá solicitar a los Estados miembros interesados que la cuestión se resuelva mediante una negociación entre ellos basada en una liquidación de naturaleza diferente;

g) el personal militar o civil no estará sujeto a ningún procedimiento de ejecución de una sentencia dictada en su contra en el Estado receptor en un litigio que se derive de un acto realizado el desempeño de sus deberes oficiales;

h) excepto en la medida en que la letra e) se aplique a las reclamaciones previstas por el apartado 2, las disposiciones de la presente letra h) no se aplicarán a ninguna reclamación relacionada con la navegación o funcionamiento de un buque o la carga, transporte o descarga de un cargamento que no sea una reclamación por muerte o lesiones personales a las que no sea aplicable el apartado 4.

6. Las reclamaciones contra el personal militar o civil por actos u omisiones ilícitos civiles en el Estado receptor no cometidos en el desempeño de deberes oficiales, se resolverán de la forma siguiente:

a) las autoridades del Estado receptor instruirán la reclamación y fijarán la compensación al reclamante de forma equitativa y justa, y tomando en cuenta todas las circunstancias del caso, incluida la conducta de la persona perjudicada y prepararán un informe sobre este asunto;

b) el informe se enviará a las autoridades del Estado de origen, que decidirán sin pérdida de tiempo si ha de ofrecerse un pago «ex gratia» y, en caso afirmativo, de qué cuantía;

c) si se hace una oferta de pago «ex gratia» y es aceptada por el reclamante como satisfacción completa de su reclamación, las autoridades del

Estado de origen efectuarán el pago e informarán a las autoridades del Estado receptor de su decisión y de la suma pagada;

d) nada de lo contenido en el presente apartado afectará a la competencia de los tribunales del Estado receptor para aceptar una acción contra el personal militar o civil mientras no se haya efectuado el pago a plena satisfacción de la reclamación.

7. Las reclamaciones surgidas de la utilización no autorizada de cualquier vehículo de las fuerzas de un Estado de origen, serán tratadas de acuerdo con el apartado 6 excepto en el caso de que la unidad, la formación o el órgano afectados sean responsables legalmente.

8. Si surge controversia sobre si un acto u omisión ilícito civil por parte del personal militar o civil se cometió en el desempeño de sus deberes oficiales o sobre si la utilización de cualquier vehículo de las fuerzas de un Estado de origen había sido o no autorizada, la cuestión se resolverá mediante negociación entre los Estados miembros interesados.

9. El Estado de origen no podrá reclamar inmunidad de jurisdicción de los tribunales del Estado receptor para el personal militar o civil respecto a la jurisdicción civil de los tribunales del Estado receptor, con excepción de lo dispuesto en la letra g) del apartado 5.

10. Las autoridades del Estado de origen y del Estado receptor cooperarán en la obtención de pruebas para un justo enjuiciamiento y para una liquidación definitiva de las reclamaciones que soliciten los Estados miembros.

11. Cualquier controversia relativa a la resolución de reclamaciones que no se pueda dirimir mediante negociaciones entre los Estados miembros afectados se someterá a un árbitro seleccionado por acuerdo de los Estados miembros afectados entre los nacionales del Estado receptor que ostenten o hayan ostentado un alto cargo judicial. Si en el plazo de dos meses los Estados miembros afectados no lograran alcanzar un acuerdo sobre un árbitro, cada uno de ellos podrá pedir al Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que seleccione a una persona con la citada competencia.

PARTE IV

Cláusulas finales

ARTÍCULO 19

1. El presente Acuerdo estará supeditado a la aprobación por los Estados miembros conforme a sus respectivos requisitos constitucionales.

2. Los Estados miembros notificarán a la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea la conclusión de los procedimientos constitucionales relativos a la aprobación del presente Acuerdo.

3. El presente Acuerdo entrará en vigor el primer día del segundo mes siguiente a la notificación por el último Estado miembro de la conclusión de sus procedimientos constitucionales a que se refiere el apartado 2.

4. La Secretaría General del Consejo de la Unión Europea será el depositario del presente Acuerdo. El depositario publicará el presente Acuerdo en el «Diario Oficial de la Unión Europea» así como la información sobre su entrada en vigor una vez concluidos los procedimientos constitucionales a que se refiere el apartado 2.

5. a) El presente Acuerdo únicamente será aplicable en el territorio metropolitano de los Estados miembros.

b) Cualquier Estado miembro podrá notificar al Secretario General del Consejo de la Unión Europea que el presente Acuerdo se aplicará, asimismo, a otros territorios de cuyas relaciones internacionales es responsable.

6. a) Las disposiciones de las Partes I y III del presente Acuerdo sólo se aplicarán a los cuarteles generales y a las fuerzas, y a su personal, que se ponga a disposición de la UE en el contexto de la preparación y la ejecución de las misiones mencionadas en el apartado 2 del artículo 17 del TUE, incluidos los ejercicios, en la medida en que el estatuto de dichos cuarteles generales o fuerzas, y su personal, no está regulado en otro acuerdo.

b) En los casos en que el estatuto de dichos cuarteles generales y fuerzas, y de su personal, está regulado en otro acuerdo y dichos cuarteles generales y fuerzas, y su personal, actúan en el mencionado contexto, podrán celebrarse arreglos específicos entre la UE y los Estados u organismos de que se trata, con objeto de acordar qué acuerdo se aplicará a la operación o ejercicio de que se trata.

c) En los casos en que no haya sido posible celebrar dichos acuerdos específicos, seguirá aplicándose el otro acuerdo a la operación o ejercicio de que se trata.

7. En los casos en que países terceros participan en las actividades a las que se aplica el presente Acuerdo, los acuerdos o arreglos que regulen dicha participación podrán incluir una disposición en la que se declare que el presente Acuerdo también se aplicará a los países terceros en el contexto de dichas actividades.

8. Las disposiciones del presente Acuerdo podrán modificarse por acuerdo escrito unánime de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea reunidos en el Consejo.

Hecho en Bruselas, el diecisiete de noviembre del dos mil tres.

DECLARACIONES

Declaración de los Estados miembros de la UE

Tras la firma del presente Acuerdo, los Estados miembros harán todos los esfuerzos posibles para cumplir cuanto antes los requisitos de sus procedimientos constitucionales, con objeto de permitir la rápida entrada en vigor del Acuerdo.

Declaración de Dinamarca

Al firmar el presente Acuerdo, Dinamarca recordó el Protocolo sobre la posición de Dinamarca adjunto al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Unión Europea. La aprobación del Acuerdo por Dinamarca tendrá lugar con arreglo al mencionado Protocolo y cualquier reserva o declaración que Dinamarca tenga que formular a este respecto se limitará al ámbito de aplicación de la Parte II del citado Protocolo y en modo alguno impedirá la entrada en vigor del Acuerdo y su plena aplicación por los demás Estados miembros.

Declaración de Suecia

Por la presente, el Gobierno de Suecia declara que el artículo 17 del presente Acuerdo no conlleva el derecho para el Estado de origen de ejercer una jurisdicción en el territorio sueco. En particular, la citada disposición no confiere al Estado de origen el derecho a crear tribunales o a ejecutar sentencias en el territorio de Suecia.

Lo anterior no afectará al reparto de jurisdicción entre el Estado de origen y el Estado receptor con arreglo al artículo 17. Tampoco afectará al derecho de un Estado de origen a ejercer dicha jurisdicción dentro de su propio territorio tras el regreso al Estado de origen de las personas abarcadas por el artículo 17.

Por otra parte, lo anterior no obstará para que las autoridades militares del Estado de origen adopten medidas adecuadas, que sean absolutamente necesarias para garantizar el mantenimiento del orden y la seguridad dentro de la fuerza, dentro del territorio de Suecia.

Declaración de Irlanda

Ninguna disposición del presente Acuerdo, especialmente los artículos 2, 9, 11, 12, 13 y 17, autorizará o necesitará legislación o cualquier otra

acción por parte de Irlanda que esté prohibida por la Constitución de Irlanda y, en particular, su artículo 15.6.2.

Declaración de la República de Austria relativa al artículo 17 del Acuerdo

La aceptación por Austria de la jurisdicción de autoridades militares por el Estado de origen con arreglo al artículo 17 del «Acuerdo entre los Estados miembros de la Unión Europea relativo al estatuto del personal militar y civil destacado en el Estado Mayor de la Unión Europea, de los cuarteles generales y de las fuerzas que pueden ponerse a disposición de la Unión Europea en el marco de la preparación y ejecución de las operaciones previstas en el apartado 2 del artículo 17 del Tratado de la Unión Europea, incluidos los ejercicios, y del personal civil y militar de los Estados miembros puesto a disposición de la Unión Europea para que actúe en ese contexto (EU-SOFA)» no supone el ejercicio de jurisdicción por tribunales del Estado de origen en el territorio de Austria.

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN DE LIBROS

GARCÍA BELAUNDE, D. (Coord.): *La jurisdicción militar en debate*, con presentación de L. C. Cervantes Liñán y epílogo de J. F. Palomino Manchego, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Grijley, Lima, 2008 (96 páginas)

El artículo 139 de la Constitución Política Peruana de 1993 (con práctica transcripción del artículo 233 de la anterior Constitución de 1979) señala, entre los principios de la función jurisdiccional, su unidad y exclusividad, determinando que «no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral».

Bajo su vigencia se publicaron la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia militar-policial (Ley 28665, de 7 de enero de 2006) y el Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo 961, de 11 de enero de 2006), que fueron abiertamente cuestionados desde su misma promulgación, planteándose sendas demandas de inconstitucionalidad por la Fiscalía de la Nación y por el Colegio de Abogados de Lima (con apoyo de otras relevantes instituciones como la Defensoría del Pueblo).

Los indicados recursos fueron estimados por el Alto Tribunal, que declaró la inconstitucionalidad de ambas disposiciones. En lo que ahora más nos interesa, anuló hasta un ochenta por ciento del articulado de la Ley 28665, al entender, básicamente, que, si bien la Constitución peruana «ha considerado excepcionalmente a la jurisdicción militar como una jurisdic-

ción independiente, ello no autoriza a que ésta diseñe y autorice el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como el de la garantía de inamovilidad de los jueces». Dado el alcance sustancial del fallo, el Tribunal Constitucional estableció una *vacatio sententiae* de seis meses, que concluían el 31 de diciembre de 2006.

En tales circunstancias, el Gobierno peruano decidió designar una Comisión Especial que se encargara de «evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar-policial y proponer las recomendaciones y proyectos normativos que resulten pertinentes para esa finalidad». La Comisión, presidida por el prestigioso Catedrático de Derecho constitucional y abogado Domingo García Belaunde, estuvo integrada por los doctores Francisco J. Eguiguren Praeli, Arsenio Oré Guardia y Luis García-Corrochano Moyano y por el Mayor General retirado Enrique Quiroga Carmona.

Pues bien, la presente obra, coordinada por el profesor García Belaunde, recoge, básicamente, la documentación sustancial derivada de los trabajos de dicha Comisión.

En efecto, tras la presentación, a cargo del doctor Luis Cervantes Liñán, Rector de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima), patrocinadora de la publicación, figura un enjundioso prólogo del profesor García Belaunde, en el que narra la génesis y trabajos de la Comisión desde su encargo por el Ministro de Defensa Wagner Tizón.

Se integran, después, la Resolución 362/2006, de 24 de agosto, por la que se constituye la Comisión Especial encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar-policial, y la Resolución 490/2006, de 29 de noviembre, por la que se dan por concluidas sus funciones, así como la carta o escrito de remisión de los trabajos a los Ministros de Defensa e Interior.

Naturalmente, el documento de mayor interés sustancial es el informe final de la Comisión, al que siguen el anteproyecto de ley propuesto, la metodología de trabajo de la Comisión y la que, finalmente, resultó ser Ley 28934, que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual justicia militar policial.

En síntesis, la Comisión, poniendo de manifiesto las ambivalencias y contradicciones de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, llega a la conclusión de que el problema es optar por un modelo de jurisdicción militar que, a su entender, no existe en el Ordenamiento jurídico peruano, sin que, en ese momento, pudiera afrontarse su determinación tanto por el

escaso tiempo conferido a la Comisión (tres meses) como por estimar ésta que la adopción de un modelo coherente requiere una previa reforma de la Constitución Política, que fije claramente las líneas básicas de dicho modelo.

En este sentido, la Comisión propuso una solución transitoria, que no se limitaba a prolongar la normativa vigente, sino que introducía en ella algunos elementos garantistas y, especialmente, la revisión por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de las sentencias recaídas en la jurisdicción militar en las que la pena impuesta fuere superior a cuatro años.

Remitidos los trabajos al Ministerio de Defensa, éste eliminó la propuesta reforma constitucional, lo que motivó que, al debatirse el anteproyecto de ley en la Comisión de Defensa del Congreso de la República, se cuestionase su constitucionalidad, decidiéndose, finalmente, abandonarlo y aprobar la Ley 28934, que, sin alteración normativa alguna, amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual Justicia militar-policial. Como, con razón, señala García Belaunde, al legislador no pareció importarle ni la situación existente, ni las sentencias del Tribunal Constitucional, ni el informe de la propia Comisión.

Como tampoco le importaron, posteriormente, en la promulgación de la reciente Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar-Policial (Ley 29182), publicada el 11 de enero de 2008, que insiste en la configuración normativa anterior sin abordar los problemas nucleares que impiden la conformación de un modelo plenamente constitucional de la jurisdicción militar peruana.

Complementa esta obra un anexo (que se rubrica como «epílogo») de mi buen amigo e ilustre compañero José F. Palomino Manchego, consistente en la reimpresión del Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú (Imprenta de la Instrucción Primaria por S. Hurley, Lima, 1827), del que fueron sus autores el oficial Anselmo Quirós, el magistrado Manuel Ignacio García y el diputado Pedro Bermúdez.

En su nota previa al documento reimpreso, el doctor Palomino destaca los rasgos históricos de la Justicia militar en el Virreinato y su influjo en la época republicana hasta 1827, así como el sentido y alcance del Proyecto de Constitución Militar, un documento de trabajo que, a su entender, es precursor de lo que hoy en día constituye la legislación castrense, especialmente en lo que se refiere a aquellos aspectos de organización y estructura de las fuerzas armadas y a otros en los que se delimita la Justicia militar.

Tras una rigurosa referencia de síntesis al contenido del Proyecto, se inserta el documento que, pese a su relevancia histórica, hasta ahora había pasado inadvertido a los estudiosos.

Éste es, en definitiva, el contenido de la presente nueva obra del profesor García Belaunde, excelentemente editada por Grijley (buena composición tipográfica, formato adecuado, moderno diseño), que, además de su valor documental y estrictamente informativo, ofrece planteamientos, reflexiones y sugerencias a tener en cuenta en el marco de la ya extensa literatura jurídicomilitar peruana.

ANTONIO MILLÁN GARRIDO
Universidad de Cádiz

**Antonio Millán Garrido, «Justicia Militar», 7.^a Edición actualizada,
Editorial Ariel (Derecho), Barcelona 2008, 1217 páginas**

En el ámbito económico se suele repetir un aforismo «La moneda mala echa del mercado a la buena moneda» pero, como es obvio, en el mundo editorial está vigente justamente el principio contrario. Esa es la razón de la presencia casi monopolística entre los estudiosos y operadores del Derecho Penal, Disciplinario y Procesal Militar de la obra que presentamos en su séptima edición. Y ello porque la cuidada edición que prepara, casi anualmente, con rigor académico y un alto grado de perfeccionismo, nuestro compañero el profesor doctor Millán Garrido ha alcanzado una calidad que se encuentra muy por encima de algunas ediciones oficiales o de otras compilaciones privadas no siempre caracterizadas precisamente por su carácter original.

Antonio Millán Garrido no necesita presentación para los lectores de la Revista Española de Derecho Militar por sus notables y constantes aportaciones al Derecho Penal Militar y al Derecho Militar Comparado en las páginas de nuestra publicación. El autor, que forma parte de su Consejo de Redacción, miembro destacado del Cuerpo Jurídico Militar (hoy en situación de retirado), Magistrado y Doctor en Derecho, en la actualidad es catedrático de Derecho Mercantil de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de Jerez de la Frontera (Universidad de Cádiz). Sin embargo, con independencia de su también relevante dedicación al Derecho Mercantil, no ha abandonado nunca su interés académico por los problemas penales, procesales y disciplinarios de la Justicia Militar, siendo su obra escrita una referencia ineludible para los estudiosos de esta materia.

Otra faceta importante del autor es su contribución a la metodología de la investigación en el campo del derecho, es decir al proceso, estructura y

redacción de los trabajos de investigación de contenido jurídico. Bien conocido es su *Libro de Estilo para juristas. Normas básicas y reglas técnicas en la elaboración del trabajo académico* (Editorial Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1997), de lectura imprescindible para quienes inician una tesis doctoral o simplemente un artículo monográfico en el ámbito de cualquier rama del derecho.

El libro que comentamos, como en sus anteriores ediciones, es una compilación completísima (que se podría calificar de exhaustiva) de las normas vigentes en España sobre la Justicia Militar, a través de la presentación de textos legales y reglamentarios que se sistematizan adecuadamente y ocupan más de mil páginas. La obra se divide en cinco partes (I. Derecho Penal Militar, II. Derecho Procesal Militar, III. Derecho Penitenciario Militar, IV. Derecho Disciplinario Militar y V. Antecedentes penales y notas desfavorables) y un utilísimo Anexo normativo. Como se afirma en el propio libro, *comprende, con pretensión de exhaustividad, toda la legislación judicial castrense, que, minuciosamente actualizada, se presenta con breves y precisos comentarios, rigurosas concordancias y completas referencias normativas y jurisprudenciales.*

Debemos destacar que preceden a las normas los Prólogos a la primera, segunda y tercera edición, así como una Nota a la séptima. Y lo verdaderamente relevante es que tales prólogos, alejándose del contenido retórico habitual, constituyen un importante trabajo académico de investigación jurídica que justamente se titula *La reforma de la Justicia militar en el Derecho español*. No en vano el Profesor Millán Garrido formó parte de la Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, establecida por Orden Ministerial de 17 de noviembre de 1980, donde tuve el honor de compartir trabajos y debates, así como de preparar los textos que culminaron en la reforma penal, disciplinaria, orgánica y procesal de la Jurisdicción Militar en España. Pero el Prólogo a la Primera edición del libro es todavía más ambicioso pues, a través de sus más de setenta páginas, expone los antecedentes históricos o línea evolutiva de la Justicia militar española partiendo de las Ordenanzas, la Codificación decimonónica y el Código de Justicia Militar de 1945. De particular interés es el estudio de los Antecedentes de la reforma (Ley Orgánica 9/1980) y las normas que la integran: Código Penal Militar con sus reformas posteriores, Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, Ley Procesal Militar y Regímenes disciplinarios militares (Fuerzas Armadas y Guardia Civil). Se trata de un estudio doctrinal, con abundantes citas a pié de página de la mejor doctrina y pleno tanto de reflexiones críticas como de propuestas sugerentes. Sin duda la crónica científica más

completa de la reforma de la Justicia Militar en España. Los Prólogos a la segunda y tercera ediciones dan cuenta, con menor extensión y sin pretensiones dogmáticas, de las novedades introducidas en la legislación vigente que aconsejan estas nuevas versiones de la obra, como la suspensión del servicio militar obligatorio o la Ley Orgánica 9/2003, pero añaden acertados comentarios a las vicisitudes y desarrollo del servicio militar obligatorio en España o aportan su punto de vista acerca de la polémica jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos sobre determinados aspectos de la Jurisdicción Militar. La breve Nota a la Séptima edición, que comentamos, tampoco se limita a justificarla por las novedades normativas integradas por la reforma del Código Penal Militar, Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (así como por la aprobación de algunos textos que se hacen figurar en el Anexo normativo), pues no renuncia a la inclusión de acertadas anotaciones críticas.

La primera parte del libro comprende una cuidada edición del Código Penal Militar puesto al día con sus numerosas modificaciones y abundantes concordancias al pié de sus artículos que dotan a la edición de una utilidad excepcional. Aunque se han hecho desaparecer las referencias jurisprudenciales (particularmente de las sentencias de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo), que figuraban en ediciones anteriores, no faltan breves comentarios a los preceptos que sirven de orientación preciosa para el intérprete. Este apartado contiene también la Ley Orgánica 11/1995, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra,

La parte segunda se denomina Derecho Procesal Militar y contiene la Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar, asimismo profusamente concordada, la Ley Orgánica 9/2003 que modifica la anterior, la Ley 44/1998, de planta y organización de la Jurisdicción Militar, la Orden de 1999 por la que se da publicidad a las sedes y domicilios de los Organos Judiciales Militares, la Instrucción 97/1999, la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar (norma que, por su importancia, se completa con abundantes referencias legislativas y reglamentarias a pié de sus artículos), el Real Decreto 492/2004, relativo a las autoridades del Ministerio de Defensa facultadas para dirigirse a los órganos de la Fiscalía Jurídico Militar, la Ley Orgánica 2/1987, de Conflictos de Jurisdicción y la Ley de 1870 sobre la gracia de indulto con la Orden de 1993 sobre la tramitación de las solicitudes de indulto.

El Derecho penitenciario militar ocupa la tercera parte de la obra y reproduce el Real Decreto 1396/1992, que aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares y la Orden Ministerial que regula su

dependencia. Ambas normas están ilustradas a pié de página con las imprescindibles concordancias.

La cuarta parte del libro agrupa los textos relativos al Derecho Disciplinario Militar. En primer lugar la Ley Orgánica 8/1998, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Aquí también el autor aporta unas cuidadas y extensas anotaciones, así como comentarios no exentos de luminosas puntualizaciones críticas. Sigue la gran novedad de esta edición que es la Ley Orgánica 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, asimismo anotada y concordada. Ya en la Nota a la Séptima Edición, Millán Garrido nos había advertido sobre las novedades de esta ley como la supresión del arresto de entre las sanciones imponibles, la tipificación de los ilícitos disciplinarios de modo más acorde con la función policial desarrollada por el Instituto y la admisión del recurso judicial contra las sanciones impuestas por falta leve. Por cierto que, en esta nota, el autor no ahorra críticas a la no modificación de los preceptos de la Ley Procesal Militar que niegan la posibilidad de recurso (judicial) a los sancionados en vía disciplinaria militar, manteniendo un precepto inconstitucional por lo que se refiere a las garantías de los miembros de las Fuerzas Armadas. Solo me queda adherirme a esta postura crítica, que he sostenido en numerosas ocasiones, pudiendo añadir hoy a lo escrito la constancia de la dilatada pervivencia (a punto de cumplirse las bodas de plata) de este *dontancredismo* disciplinario militar. Completan el apartado las Instrucciones de Régimen Interior de los Establecimientos Disciplinarios Militares y la Orden Ministerial sobre su implantación territorial y utilización conjunta.

En la breve parte quinta del libro se publica el Real Decreto 2012/1983, sobre cancelación de antecedentes penales y el Real Decreto 555/1989 sobre anotación y cancelación de notas desfavorables en la documentación militar personal.

Una de las partes más interesantes de la obra que comentamos y que ocupa más del tercio de sus páginas, recibe el nombre genérico de Anexo normativo. En ella se contienen las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, con sus recientes derogaciones, las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, la Ley Orgánica 11/2007, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil (otra de las novedades de esta séptima edición), la Ley Orgánica 5/2005, de la Defensa Nacional, la Ley 39/2007, de la carrera militar (que también ha sido incorporada a esta edición), la Ley 19/1999, de régimen de personal de las Fuerzas Armadas (algunos de cuyos artículos continúan en vigor), la Ley 8/2006, de tropa y marinería, así como la Ley 42/1999, de régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil. Pudiera

resultar insólito el contenido de este Anexo normativo en una compilación de textos normativos relativos a la Justicia Militar, pero esta primera impresión se desvanece cuando nos adentramos en el análisis de los problemas que presenta el ejercicio de la Jurisdicción militar pues es deseable que exista (y en buena parte se ha logrado) una unidad en los principios que regulan el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil y en la garantía de los valores que defienden según nuestro ordenamiento jurídico. Las normas penales y las disciplinarias son, en definitiva, como una fotografía en negativo que al sancionar unas determinadas conductas está afirmando la vigencia de determinados valores y conformando la conciencia colectiva de los llamados de defenderlos y observarlos. A la vista de los numerosos elementos normativos que contienen las normas penales, orgánicas, procesales y disciplinarias militares resulta de obligada consulta y es práctica imprescindible tener a la vista las Reales Ordenanzas y otras normas administrativas fundamentales de la Defensa Nacional.

No podíamos terminar esta recensión sin destacar el cuidado y extensísimo índice analítico de la obra. Con una mención muy especial al apartado de Bibliografía (páginas 1087 a 1132) que, de forma exhaustiva, da cuenta de libros y artículos de revistas relativos al Derecho Penal Militar, Derecho Procesal Militar, Derecho Disciplinario Militar y Obras Generales. Esta aportación, que nunca valoraremos suficientemente, constituye realmente un estudio (único por su extensión y calidad) de imprescindible consulta para adentrarse en la investigación de estas materias con el necesario rigor académico.

En definitiva, el libro *Justicia Militar* de Antonio Millán Garrido constituye, particularmente en su séptima edición, una obra actual, minuciosa, completa y sistemática de la materia que presenta, con relevantes aportaciones doctrinales, comentarios, anotaciones y concordancias, de manera que no dudamos en aconsejar su utilización por todos los profesionales que concurren en la aplicación de las normas judiciales militares y su consulta por los interesados en la investigación del Derecho penal, disciplinario y procesal castrenses.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

NOTICIA DE LIBROS

NOTICIA DE LIBROS

Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández
Teniente Coronel Auditor

LUIS COSCULLUELA MONTANER y MARIANO LÓPEZ BENITEZ. *Derecho Público Económico*. 2.^a Edición. Iustel 2008. Se trata de un libro, válido como Manual docente, para alumnos de Facultades universitarias no jurídicas, a los que interesa impartir un conocimiento somero, pero riguroso y ajustado al método jurídico, del derecho que ordena la actuación de los Poderes Públicos en el ámbito económico. Tiene unas primeras lecciones introductorias sobre el Derecho Público, sus fuentes y el Derecho de Organización Administrativa con especial atención a su dimensión económica. A continuación, se aborda el estudio de los bienes y mercados públicos con una completa revisión del derecho de la contratación recientemente reformado por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. También se estudian las Técnicas de Intervención Pública en la Economía con el análisis, tanto de las materias clásicas en el ramo (Planificación, concesiones y autorizaciones, servicio público y actividad de fomento), como de cuestiones más modernas como la actividad económica regulada y el poder público regulatorio. En la última parte, se aborda la Ordenación del Mercado con atención especial a un tema tan de actualidad como es el de la Ordenación Pública del Crédito y la Banca. Finalmente, en la obra se incluye la bibliografía más señalada y actual de cada tema, con una relación bibliográfica en el tema primero, más amplia y general, de la disciplina del Derecho Público Económico, considerada en su conjunto.

FERNANDO GARCÍA RUBIO. Manual de Administración y Legislación Ambiental de la Comunidad de Madrid. Montecorvo 2007. Este libro constituye una buena referencia para el estudio del Derecho Ambiental, tanto en su parte general (instituciones y conceptos fundamentales) como en su parte especial (aguas, costas, contaminación atmosférica, suelos, ruidos, etc.). También es mucho más de lo que se desprende de su título, pues no solo trata de la Administración y la Legislación ambiental en la Comunidad Autónoma madrileña, sino que entra en todos los conceptos y regulaciones generales de esta materia. En este sentido, el Profesor García Rubio ha coordinado a un grupo de profesionales del derecho, profesores universitarios y profesionales de la Administración, para conseguir una obra final que, sin merma del rigor que un libro universitario exige, aborda los principales conceptos del derecho público y de la organización administrativa con carácter previo a la profundización en el ámbito del derecho ambiental, en sus aspectos no solo administrativos sino también penales y tanto a nivel internacional y comunitario europeo como a nivel nacional, analizando, finalmente, el derecho ambiental de la Comunidad de Madrid como muestra indispensable de la parte sustancial de la regulación jurídica sobre esta materia que en nuestro actual Estado autonómico está competencialmente atribuida a las autonomías.

NOTICIAS DE REVISTAS

NOTICIA DE REVISTAS

José Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ

SUMARIO

A) Cuestiones administrativas; B) Cuestiones de derecho penal; C) Cuestiones de derecho internacional y humanitario de la guerra; D) Cuestiones de derecho privado.

A) CUESTIONES ADMINISTRATIVAS

La promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha dado lugar a la publicación de diversos trabajos de interés en distintas revistas. Entre ellos son destacables en la *Revista Española de Control Externo*, número 27, de septiembre de 2007, el de Luis Cosculluela Montaner, «*La nueva Ley de Contratos del Sector Público*»; el de Bernardino Pérez Crespo y Alberto Valdivieso Cañas «*La Ley de Contratos del Sector Público. Novedades más relevantes*». En la *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 15, mayo, 2008, Margarita Pérez Roldán publica «*El recurso administrativo especial en materia de contratación pública y las medidas provisionales en la nueva Ley de Contratos del Sector público*».

También en la citada *Revista Española de Control Externo*, número 27, de septiembre de 2007, se publica un artículo de Angelina Sánchez Lerma e Ignacio Cabeza del Salvador, «*Fiscalización externa de los convenios urbanísticos de las Administraciones públicas con particulares*».

En la *Revista Andaluza de Administración Pública*, número 67, de julio-agosto-septiembre, de 2007, se incluye un artículo de Gregorio Pérez Borrego titulado «¿Puede ejecutarse mediante el establecimiento de la vía de apremio una sanción administrativa recurrida en alzada si el recurso ha sido desestimado por silencio administrativo?».

Finalmente, es de reseñar que el número 174 de la *Revista de Administración Pública*, septiembre-diciembre de 2007, bajo el título toda ella de «Últimas reformas legislativas y otros estudios» está dedicada como Homenaje al Profesor Ramón Parada Vazquez, Catedrático de Derecho Administrativo y del Cuerpo Jurídico Militar, en el que ingresó en 1953, prestando sus servicios en la Capitanía General de Canarias, en Guinea Ecuatorial y posteriormente en la Auditoría de Guerra de la Capitanía General de Valladolid. El número que está prologada por Eduardo García de Enterría, incluye una veinte de trabajos de diverso y variado contenido escritos por el ya citado García de Enterría, Alejandro Nieto, Lorenzo Martín-Retortillo, Tomás Ramón Fernández, Rafael Gomez-Ferrer Morant y Rafael Gómez-Ferrer Rincón, Silvia del Saz, Carmen Chinchilla y otros destacados administrativistas del mundo universitario.

B) CUESTIONES DE DERECHO PENAL

En la revista *Actualidad Penal*, número 21, de noviembre de 2005, se inserta un artículo de Don Faustino Gudín Rodríguez-Magariños que lleva por título «La cárcel electrónica. El modelo de derecho norteamericano».

C) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO

En la colección *Monografías del CESEDEN*, la número 98, julio 2007, Guillermo Velarde Pinacho y Natividad Carpintero Santamaría publican un artículo titulado «Terrorismo nuclear».

En el *Boletín de Información del CESEDEN*, número 288, se incluye un interesante artículo «De las operaciones de mantenimiento de la paz a las operaciones de estabilización: la última generación de operaciones de paz», del Coronel Don Enrique Vega Fernández.

El número 101, vol. 3, julio, 2007 del *American Journal of International Law* incluye el siguiente trabajo de interés «Dealing with a «Rogue State»: The Libya precedent» de Jonathan B. Scharz. Asimismo, la esta

revista da cuenta de la actividad de los Estados Unidos en relación con distintos aspectos del derecho internacional.

El *Journal du Droit International*, número 4 (2007) incluye un trabajo de Cécile Legros titulado «*Les conflicts de normes jurisdictionelles en matière de transports internationaux de marchandises*»; otro de Walid Ben Hamida, «*Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends: que dit l'histoire?*»

D) CUESTIONES DE DERECHO PRIVADO

En la *Revista de Derecho Mercantil*, número 267, enero-marzo, 2008, se inserta un artículo de José Manuel Martín Osante sobre «*El embargo preventivo de buques: Convenio de Bruselas de 1952 y lex fori*».

En la *Harvard Law Review*, vol. 121, abril, 2008, se inserta una interesante nota, no firmada, titulada «*Leegin's Unexplored «Change in Circumstance»: The Internet and Resale Price Maintenance*».