

# REVISTA *de* ESPAÑOLA DERECHO MILITAR

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

n.º 109 y 110

---

Madrid (España) • enero - diciembre 2018 • ISSN: 0034-9399

---



MINISTERIO DE DEFENSA

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

DIRECTOR

Manuel Hernández-Tejero García, general auditor

CONSEJO EDITORIAL

Ángel Calderón Cerezo, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Ricardo Cuesta del Castillo asesor jurídico general del Ministerio de Defensa. Fernando Marín Castán, fiscal togado. Carlos Melón Muñoz, auditor presidente del Tribunal Militar Central. Ángel Menéndez Rexach, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Alejo de la Torre de la Calle, subsecretario del Ministerio de Defensa. Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández, secretario general técnico del Ministerio de Defensa.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Javier Aparicio Gallego, exmagistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Concepción Escobar Hernández, catedrática de Derecho Internacional Público de la UNED. Francisco Fernández Segado, catedrático de Derecho Constitucional de la UCM. Federico Fernández de Buján Fernández, catedrático de Derecho Romano de la UNED. Jacobo Barja de Quiroga, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Juan Manuel García Labajo, exasesor jurídico del Ministerio de Defensa. Leandro Martínez-Cardós Ruiz, letrado mayor del Consejo de Estado. Francisco Menchén Herreros, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Antonio Millán Garrido, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz. Antonio Mozo Seoane, exasesor jurídico general del Ministerio de Defensa. Carlos Pérez del Valle, decano de la Facultad de Derecho Universidad CEU San Pablo. Manuel Pérez González, catedrático emérito de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. Fernando Pignatelli y Meca, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, expresidente del Tribunal Militar Central. Luis Rueda García, fiscal del Tribunal de Cuentas. Rafael Alcalá Pérez Flores, magistrado. Eduardo Montull Lavilla, general consejero togado. Miguel Sáenz Sagaseta de Ilurdoz, académico de número de la Real Academia Española de la Lengua. Rafael Eduardo Matamoros Martínez, expresidente del Tribunal Militar Central.

SECRETARIO

Laureano Tomás Zafrilla, coronel auditor

SECRETARIA ADJUNTA

Elisabeth Lora Vega, capitán auditor

REDACCIÓN

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

Teléfs.: 91 364 73 93

Fax: 91 364 73 99

emej@oc.mde.es

## Catálogo de Publicaciones de Defensa

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

### APP Revistas Defensa

Disponible para dispositivos Android en Google Play <http://play.google.com/store> y para dispositivos iOS en App Store en <http://store.apple.com/es>

### Publicación de periodicidad semestral

Tarifas de suscripción anual: 9,62€

Canarias: 9,25€ Extranjero: 11,42€

Precio ejemplar: 6,01€

REVISTA  
*de* ESPAÑOLA  
DERECHO  
MILITAR

**109** ENERO  
**110** DICIEMBRE  
2018

latindex

MADRID

**CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES**  
<https://cpage.mpr.gob.es>

Edita:



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

© Autores y editor, 2019

NIPO: 083-15-140-0 (edición en papel)

NIPO: 083-15-141-6 (edición en línea)

ISSN: 0034-9399

ISSN: 2530-1497 (edición en línea)

Depósito Legal: M-523-1958

Fecha de edición: diciembre 2019

Maqueta e imprime: Ministerio de Defensa

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

En esta edición se ha utilizado papel 100 % libre de cloro procedente de bosques gestionados de forma sostenible.

## ÍNDICE GENERAL DE LOS NÚMEROS 109 Y 110 ENERO-DICIEMBRE 2018

### IN MEMORIAM

- Juan Manuel García Labajo. *A la memoria del general auditor D. Luis Bernardo Álvarez Roldán*..... 9

### ESTUDIOS

- Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández. *El libre acceso a la documentación custodiada en los archivos militares y, particularmente, a la documentación con marcas de clasificación anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Secretos Oficiales*.. 15
- Abraham Martínez Alcañiz. *El principio de distinción y la identificación positiva* ..... 53
- José Ramón Suberviola Gilabert. *Aspectos jurídicos de las respuestas ante las amenazas híbridas*..... 103
- David Javier Santos Sánchez. *El contrato Gobierno a Gobierno ¿una regulación eficaz?* ..... 147
- José Luis Martín Delpón. *La información reservada en el ámbito disciplinario: una laguna en las garantías del procedimiento sancionador* ..... 199
- Jesús Ayala González. *El mecanismo residual internacional para los Tribunales Internacionales Penales para la ex-Yugoslavia y Ruanda* ..... 237

### NOTAS

- Raudiel F. Peña Barrios. *Aproximación teórica a la defensa como servicio público. Una visión desde Cuba* ..... 291
- José Enrique Anguita Osuna. *La labor asistencial de la Orden Militar de San Juan de Jerusalén durante la Edad Media*..... 321
- Daniel Vallès Muñío. *La ampliación de la competencia de la jurisdicción militar al amparo del actual Código Penal Militar. Tendencias y mejoras* ..... 349

— José Ramón Suberviola Gilabert. *El 21 Congreso de la Société Internationale de droit militaire et de droit de la guerre y la presentación del Manual de Lovaina*..... 375

**NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN**

**IN MEMORIAM**





**NECROLÓGICA DEL GENERAL AUDITOR  
DON LUIS BERNARDO ÁLVAREZ ROLDÁN**

Juan Manuel García Labajo



Nacido en Madrid, el 19 de diciembre de 1944, aunque criado en la segoviana ciudad de Sepúlveda, donde se trasladó con su familia por razón del destino judicial de su padre, Magistrado de Carrera, Luis Bernardo Álvarez Roldán supo pronto de las exigencias que impone una vida de responsabilidad, la cual le tocó llevar ya desde niño, como el mayor, con tan solo diez años de edad, de los cuatro hermanos que quedaron huérfanos a la temprana muerte de aquel servidor de la justicia y a cargo de una madre viuda a la que él ayudó por su parte a llevar el peso de la familia y a la que cuidó luego siempre con suma fidelidad y solícito en todos los aspectos.

En el año 1968 ingresó en el entonces existente Cuerpo Jurídico del Aire, tras realizar una brillante oposición y con la experiencia militar previamente adquirida, como tantos otros oficiales auditores de la época, a través de su paso como miembro de las Milicias Universitarias por la Instrucción Premilitar Superior, en la que había llegado a alcanzar el empleo de alférez de complemento de Infantería. Dentro ya del Cuerpo Jurídico del Aire, sirvió en una extensa gama de destinos que le llevaron a desempeñar cuantas funciones se hallaban encomendadas a los antiguos auditores del Aire, haciéndolo además en las tres Regiones Aéreas por entonces existentes en el territorio de la Península y su espacio suprayacente. Ejerció de este modo funciones relatoras, consultivas, judiciales y fiscales, según los distintos destinos que fue ocupando: en la Auditoría de la Segunda Región Aérea, de sede en Sevilla, que fue su primer destino de teniente auditor; en la Asesoría General del Ministerio del Aire, donde ascendió a capitán auditor; en la Auditoría de la Tercera Región Aérea, de sede en Zaragoza; en la Relatoría del antiguo Consejo Supremo de Justicia Militar, organismo interejércitos que fue también para él espacio frecuente, además del aeronáutico propio y genuino, para el ejercicio de su quehacer profesional en la trayectoria de su vida militar activa; en la Secretaría de Justicia de la Primera Región Aérea, de sede en Madrid y, sin solución de continuidad, en la Fiscalía de esta misma Región Aérea, en la que ascendería a comandante auditor; y otra vez en el Consejo Supremo de Justicia Militar, dentro la Fiscalía Togada, en la que le sobrevendría el ascenso a teniente coronel auditor, todavía en la plantilla propia de aquel Cuerpo Jurídico del moderno Ejército del Aire de pertenencia.

Con ocasión de la nueva estructuración de la Jurisdicción Militar, pasaría en 1988 a desempeñar el cargo de vocal togado del Tribunal Militar Territorial Primero, de sede en Madrid y al año siguiente, ya con el empleo de coronel auditor del nuevo Cuerpo Jurídico Militar unificado, fue destinado de nuevo a la Fiscalía Togada, ahora de la Sala V del Tribunal Supremo, hasta que tiempo después fue nombrado director de la prestigiosa

Escuela Militar de Estudios Jurídicos, pasando así a desempeñar también funciones docentes, las cuales, por cierto, no le resultaban nada ajenas, según lo que se dirá más adelante. Ascendido al empleo de general auditor en 1994, contando a la sazón cuarenta y nueve años de edad, desempeñó sucesivamente los cargos de 2º Jefe de las Asesorías Jurídicas de los Cuarteles Generales del Ejército de Tierra y del Ejército del Aire, hasta pasar a la situación de reserva, una vez agotado el plazo cuatrienal máximo legalmente establecido para el ejercicio del primer empleo del Generalato, al que perteneció con justicia.

En todos los destinos y cargos militares que desempeñó fue siempre fama su sólida base jurídica y una idiosincrasia característica en cuanto a la manera de entender y aplicar el Derecho, sin apego apriorístico a postulados teóricos de clase alguna, sino movido de un eminente sentido práctico, que le hacía identificar con velocidad el núcleo básico del problema y aplicar certeramente y de manera precisa la solución jurídica más eficaz posible para solventarlo: las mismas características de velocidad y profundidad que permiten al poder aéreo llegar al corazón del enemigo. Esta practicidad, sin duda derivada de su amplia experiencia como abogado, profesión que ejerció con éxito tanto en el ámbito liberal de su despacho, como en el concepto de asesor jurídico y consultor de importantes empresas, no fue óbice, sin embargo, para un cultivo dogmático del Derecho y una afición intelectual a su estudio doctrinal: «era muy estudioso, riguroso y discreto», dejó dicho de él el general D. Francisco Blay Villasante en su celebrado opúsculo sobre la «Remembranza del Cuerpo Jurídico del Aire y de la Justicia Militar».

Este gusto por el saber jurídico le llevó a obtener primero, siendo todavía capitán auditor, el «Diploma de especialidad en Derecho Internacional» propio del Cuerpo Jurídico Militar, tras la realización del curso correspondiente en la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército de Tierra, al que concurrió al efecto dentro de las plazas ofertadas a oficiales auditores de otros Ejércitos, como también a obtener más tarde, siendo ya comandante auditor, el prestigioso «Diploma de Estudios Superiores de Derecho Internacional Aéreo e Industrial» establecido en la estructura del Cuerpo Jurídico del Aire, tras realizar igualmente con aprovechamiento el curso correspondiente, a lo largo de un semestre y sin perjuicio de las obligaciones propias de su destino.

Fue también profesor ayudante en la Cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, como asimismo formó frecuentemente parte del Cuadro de Profesores de la Escuela Superior del Aire encargados de impartir, a los compañeros del Arma de

Aviación y demás Cuerpos, los cursos de aptitud para el ascenso a comandante y para la obtención del Diploma de Estado Mayor.

En el ámbito doctrinal, aparte de numerosos artículos publicados en revistas especializadas y obras colectivas -fue miembro del Consejo de Redacción de la Revista Española de Derecho Militar-, sin duda su legado más recordado estuvo constituido por la publicación que alumbró siendo teniente coronel auditor, a raíz de la promulgación en 1985 de la primera Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en coautoría con otro compañero del Cuerpo Jurídico de Tierra, D. Ricardo Fortún Esquifino, que luego alcanzaría también el empleo de general auditor. La obra intitulada «La ley disciplinaria militar, ley orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, con precedentes, jurisprudencia, concordancias, comentarios y formularios», Editorial Aranzadi, Pamplona, 1986, sería declarada por Órdenes sucesivas de utilidad para el Ejército de Tierra, para la Armada, para el Ejército del Aire y para la Guardia Civil.

Tan buen hacer como el hasta aquí expresado fue justamente recompensado con la Cruz del Mérito Militar, la Cruz del Mérito Aeronáutico, la Cruz del Mérito de la Guardia Civil, la Cruz, la Encomienda, la Placa y la Gran Cruz de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, así como la Gran Cruz del Mérito Aeronáutico, amén de diversas Menciones Honoríficas.

Aparte de ello, obtuvo sobre todo el generalizado reconocimiento profesional por parte de sus compañeros y el aprecio personal de muchísimos de ellos, para los que su compañía resultó siempre muy apetecida y grata, lo que explicó Paco Blay en el lugar ya expresado, diciendo que Luis era de por sí «bueno y servicial», contaba con una saneada posición económica fruto de su esfuerzo y del mucho trabajo ya más arriba aludido, tenía un celo especial en mantener su soltería y un sempiterno espíritu jovial, «siempre el más joven Tte. Coronel, Coronel y General», además de ser «apuesto y alto» y un «lúdico vocacional», dispuesto sin fatiga a asistir a reuniones, espectáculos y viajes y a ejercer de «D. Juan de la noche madrileña», según se dice literalmente todo ello en aquella Remembranza.

En los últimos años, unos accidentes vasculares repetidos hicieron mermar sensiblemente su condición física, pero no su espíritu ni su intelecto: de esta época son, por ejemplo, unos meritorios estudios que también nos legó acerca de la jurisdicción universal y del crimen internacional de genocidio. El 17 de febrero del presente año de 2019 falleció en Madrid, dentro de la fe católica en la que siempre se mantuvo. ¡Dios le haya acogido en su Gloria, a la que llegó, a no dudarle, con la íntima satisfacción del deber cumplido en su servicio a España!

# **ESTUDIOS**



**EL LIBRE ACCESO A LA DOCUMENTACIÓN CUSTODIADA  
EN LOS ARCHIVOS MILITARES Y, PARTICULARMENTE, A  
LA DOCUMENTACIÓN CON MARCAS DE CLASIFICACIÓN  
ANTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE  
SECRETOS OFICIALES**

Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández  
*General Consejero Togado*

*Resumen*

En este estudio se analiza el régimen jurídico del acceso a los documentos de los archivos del Ministerio de Defensa anteriores al año 1968 y especialmente la posibilidad y el procedimiento a seguir para que se pueda poner a disposición del público documentación con marcas de clasificación anteriores a 1968, cuya consulta no esté impedida por otros motivos legalmente previstos.

*Palabras clave:* Derecho de acceso a la información, transparencia, secretos oficiales, archivos públicos, archivos militares, gobierno abierto.

*Abstract*

Free access to the documentation custodied in the military archives and, particularly, to the documentation with classification marks prior to the entry into force of the Official Secrets Act.

This Study analyzes the legal status of access to documents in the Ministry of Defense archives prior to 1968 and especially the possibility and

procedure to be followed so that documentation with classification marks earlier than 1968 can be made available to the public, whose consultation is not impeded by other legally foreseen reasons.

*Keywords:* Right of access to information, transparency, official secrets, public archives, military archives, open government.

### *SUMARIO*

I. Introducción. II. Antecedentes. III. Consideraciones. 1. Referencia al artículo 105 b) de la Constitución. 2. La irretroactividad de la Ley de Secretos Oficiales. 3. Normativa aplicable al derecho de acceso a la documentación custodiada en archivos militares. A) La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. B) Normativa reglamentaria. a) El R. D. 2598/1998, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Archivos Militares. b) El R.D. 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso. c) Consideración especial sobre el art. 27.2 del Real Decreto 1708/2011. C) La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. D) Referencia al Reglamento de los Archivos Judiciales Militares. E) Referencia final a la organización actual del Sistema Archivístico de la Defensa. 4. Conclusiones

## I. INTRODUCCIÓN

El acceso libre a la consulta de una parte muy importante de la documentación custodiada en archivos militares, que es la constituida por documentos que tienen marcas de clasificación, se ha encontrado tradicionalmente con el obstáculo, solo salvable mediante una intervención desclasificatoria previa por parte del Consejo de Ministros, de que tal libre acceso está impedido total o parcialmente por razón de su clasificación con arreglo a la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales.

Pero lo que hasta septiembre de 2018 no se había estudiado es la posibilidad de eludir dicho obstáculo demostrando, primero, la irretroactividad de la Ley de Secretos Oficiales de 1968 y limitando, después, a los documentos con marcas de clasificación anteriores a ese año, la candente cuestión de la apertura a la consulta pública de los archivos militares.

Con las novedosas consideraciones fruto de ese estudio, contenidas en la Resolución de la Ministra de Defensa de 20 de septiembre de 2018 por la que se autorizó con carácter general la consulta pública de la documentación del Archivo General Militar de Ávila anterior a 1968 descrita en un anexo a la misma, seguida por la posterior Resolución de la Ministra



de Defensa de 30 de enero de 2019 referida a la numerosa documentación también descrita en su anexo, se ha abierto un proceso progresivo de futuras autorizaciones similares que, dentro del vasto ámbito del sistema archivístico militar, ha supuesto un gran salto adelante en la efectividad del derecho de acceso a los registros y documentos administrativos consagrado en el artículo 105 de la Constitución.

Este trabajo es una continuación del estudio mencionado anteriormente ampliando ahora el análisis del régimen jurídico de acceso general aplicable a la documentación de los archivos del Ministerio de Defensa anterior al año 1968 y del procedimiento a seguir para facilitar que pueda seguirse poniendo a disposición del público documentación con marcas de clasificación anteriores a 1968, cuya consulta no esté impedida por otros motivos legalmente previstos y que progresivamente vaya pudiendo ser objeto del necesario proceso técnico previo de tratamiento especializado consistente fundamentalmente en su identificación, descripción y digitalización.

## II. ANTECEDENTES

Desde finales del siglo XIX los antiguos ministerios militares españoles han dispuesto de una organización archivística propia, independiente de la del resto de la Administración civil del Estado, entendiendo por tal el conjunto de centros, normas y medios humanos y materiales que hicieron posible la gestión continuada de la documentación militar<sup>1</sup>.

Siguiendo la clasificación de los archivos contenida en el Real Decreto 2598/1998, de 4 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de Archivos Militares, el Ministerio de Defensa gestiona en la actualidad 8 archivos históricos, 15 intermedios y más de 500 archivos, entre centrales y de gestión u oficina, repartidos entre los Ejércitos, la Armada y el Órgano Central. A estos hay que sumar 3 archivos científicos que reúnen en cada uno de ellos las características de los cuatro tipos indicados anteriormente: histórico, intermedio, central y de gestión u oficina<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Para un análisis de su régimen normativo, número y características de los archivos militares, Vid.: LÓPEZ WEHRLI, Silvia Alicia y CABALLERO, Antonio. «El acceso a los archivos militares: un análisis práctico». *Boletín de la Asociación Española de Archiveros, Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas (ANABAD)*, año 1999, tomo 49, núm. 3-4, pp. 319-341.

<sup>2</sup> TORRES LÓPEZ, C. «Los archivos y sus nuevas funciones». *Revista General de Marina*, marzo 2010, pp. 253-266.

Repartidos entre diversos archivos históricos e intermedios de los que integran el Sistema Archivístico de la Defensa y en un volumen aproximado de unos 1.400 metros lineales de estantería, se encuentran depositados fondos documentales que en diferentes momentos y por distintos motivos se declararon «materias clasificadas» y, por consiguiente, recibieron la correspondiente calificación de SECRETO, RESERVADO, MÁXIMO SECRETO, CONFIDENCIAL, etc. dependiendo de la época y de la normativa en vigor.

Cada vez es mayor el número de investigadores, estudiosos y personas en general que demandan acceso libre a la consulta de estos fondos, pero este se les deniega de manera sistemática en aplicación de la legislación vigente en materia de Secretos Oficiales. Sin embargo, muchos de esos fondos protegidos, bien por el tiempo transcurrido desde su generación, bien por haber quedado derogado el motivo que aconsejó su calificación, o por ambas cuestiones a la vez, estarían en condiciones de someterse a un proceso de cancelación de la calificación o coloquialmente «desclasificación», para permitir el principio general de libre acceso a los mismos. Se trataría, en todo caso, de fondos documentales cuyo conocimiento ya no daña ni pone en riesgo la seguridad y defensa del Estado o de las Fuerzas Armadas.

Por ese motivo, desde hace varios años, se ha pretendido desarrollar un procedimiento que permita materializar y hacer efectiva esa «desclasificación», dado que la Ley 9/1968, reguladora de los Secretos Oficiales, no lo contempla como tal y se limita, en su artículo 7, a indicar que «la cancelación de cualquiera de las calificaciones previstas en el artículo 3 de esta Ley será dispuesta por el órgano que hizo la respectiva declaración», que si bien, cuando se publica la Ley en 1968, ese «órgano» podía ser tanto el Consejo de Ministros y sus miembros (es decir, cada uno de los ministros), como los jefes de misiones diplomáticas de España en el extranjero y el jefe del Alto Estado Mayor, con la modificación de 1978 queda reducido exclusivamente al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor, cada uno en la esfera de su competencia y, finalmente, con la desaparición de la Junta de Jefes de Estado Mayor en 2005, exclusivamente al Consejo de Ministros.

En busca de ese procedimiento de desclasificación, en los últimos tiempos se han barajado diversas iniciativas, se han creado grupos de trabajo, se han celebrado jornadas específicas, se ha involucrado a la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa, se ha contactado con los cuarteles generales para tratar posibles soluciones puntuales para solicitudes concretas de investigadores, pero en ningún caso se ha llegado a una solución definitiva<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> HERMOSO DE MENDOZA Y BAZTAN, M. T. y otros (1995). «Documentación clasificada custodiada en archivos militares». *Boletín de la ANABAD*, T. 55, n.º 4. VII Jornadas de Archivística Militar. 2005, p. 96.

Durante 2011 se elaboró y gestionó desde el Ministerio de Defensa (Secretaría de Estado de Defensa) un proyecto de desclasificación de documentos militares para su elevación al Consejo de Ministros, con el objetivo de que dicho organismo lo estudiara y procediera a su aprobación mediante el correspondiente Acuerdo de Consejo de Ministros. Se trataba de aplicar un procedimiento de desclasificación «exclusivamente» a documentos cuyo contenido o materia ya no era necesario proteger, o lo que es lo mismo, el contenido o materia de la que trataban, ya no suponía riesgo para la seguridad y defensa del Estado.

El organismo encargado de iniciar el citado proyecto fue la Subdirección General de Patrimonio Histórico-Artístico (suprimida en marzo de 2012), que el 14 de abril de 2011 elevó un informe al secretario de Estado de Defensa, del que dependía orgánicamente en aquel momento, proponiendo iniciar un proceso de desclasificación de documentos militares producidos antes de la entrada en vigor de la Ley de Secretos Oficiales de 1968 (podría haberse elegido otra fecha diferente, pero los responsables de la citada Subdirección consideraron que esa norma legal marcaba un punto de inflexión claro en esta materia).

Los pasos que se propusieron fueron los siguientes: a) Que el Secretario de Estado de Defensa (SEDEF) elevara una propuesta de desclasificación a la Ministra. b) Que el Jefe de Estado Mayor de Defensa (JEMAD) y los tres Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos y la Armada (JEM) identificaran las series documentales cuya desclasificación no entrañara riesgo para la seguridad y defensa del Estado. c) Que se solicitara informe al Centro Nacional de Inteligencia y d) Que se elevara la propuesta al Consejo de Ministros.

La Secretaría de Estado preparó, en junio de 2011, una nota de despacho para tratar el tema con la Ministra de Defensa y elaboró el texto de unas cartas para que la Ministra solicitara la colaboración del JEMAD y de los tres JEM. Esas cartas fueron firmadas y enviadas el 8 de julio de 2011 y, en ellas, se solicitó que tanto el Estado Mayor de la Defensa, como los tres Ejércitos, revisaran y relacionaran la documentación clasificada generada por los órganos antecesores de estos, indicando el contenido de los documentos y su grado de clasificación, así como especificando los motivos por los que algunos de los documentos debían seguir estando protegidos.

Entre agosto y septiembre de 2011, contestaron a las cartas de la Ministra de Defensa el JEMAD, el Jefe del Estado Mayor del Ejército (JEME) en dos ocasiones, el Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada (AJEMA) y el Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire (JEMA). En todos

los casos enviaron relaciones por materia o series documentales (en ningún caso relaciones pormenorizadas documento a documento), especificando las que no afectaban a la seguridad y defensa del Estado. Los criterios seguidos por cada Estado Mayor a la hora de seleccionar qué documentos eran susceptibles de desclasificarse y cuáles no, no fueron comunicados, por lo que, en el caso de que quisieran conocerse, sería necesario preguntar a cada uno de ellos sobre el particular. De cualquier forma, lo que sí se consideró en todos los casos, fue que solo personal especializado de cada Estado Mayor tenía capacidad suficiente para discernir entre lo que debía seguir estando protegido y lo que no.

Con las contestaciones de los Estados Mayores, en la Secretaría de Estado se elaboró un borrador de Acuerdo de Consejo de Ministros en el que se incluyó un anexo con las materias o series documentales que podían ser desclasificadas y, en octubre de 2011, se preparó una nota de despacho para que el Secretario de Estado despachase con la Ministra la situación en que se encontraba este asunto, sin que desde entonces se volviera a conocer ningún otro dato al respecto. La propuesta no fue aprobada en Consejo de Ministros y ni siquiera se tiene constancia de que llegara a tratarse en él.

Coincidiendo en el tiempo con el proyecto de Defensa, durante 2011 el Ministerio de la Presidencia inició actuaciones para desarrollar la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, conocida como de la Memoria Histórica, con el objetivo de regular y favorecer el acceso a la documentación afectada por la misma. Se crearon tres grupos de trabajo con la participación de diferentes departamentos ministeriales.

El primero, coordinado directamente por personal del Ministerio de la Presidencia, se encargó desde el punto de vista jurídico de estudiar la afectación que sobre otras leyes podía tener el desarrollo de la Ley 52/2007. Otro, con el Ministerio de Cultura como coordinador, se encargó de regular el acceso a la documentación, que dio como fruto la aprobación del Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, y por último, el tercer grupo, coordinado por la Subsecretaría del Ministerio del Interior, se encargó de la problemática puntual del acceso a la documentación clasificada.

Este último grupo en el que había representantes de los departamentos de Interior, Presidencia, Asuntos Exteriores, Cultura y Defensa, valoró la situación de la documentación clasificada en cada departamento y cómo afrontar un hipotético procedimiento de desclasificación. Se concluyó que el único órgano competente para desclasificar era el Consejo de Ministros,

pero no llegó a fijarse un procedimiento concreto. El adelanto de elecciones generales supuso la desarticulación de los grupos de trabajo.

### III. CONSIDERACIONES

#### 1. REFERENCIA AL ARTÍCULO 105 B) DE LA CONSTITUCIÓN

Dentro del título IV dedicado al «Gobierno y la Administración», el artículo 105 de nuestra actual Carta Magna dispone que: «La Ley regulará: b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas».

Como ya se ha hecho notar, el precepto se enmarca en un título exclusivamente dedicado al «Gobierno y la Administración» y su tenor literal se refiere solo a «archivos y registros administrativos», por lo que parece han de tenerse por excluidos los archivos y registros que solo contengan procedimientos de carácter judicial los cuales se regirán únicamente con arreglo a lo previsto por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>4</sup>.

Por otra parte, el precepto constitucional referido contiene una reserva de ley ordinaria, lo que excluye una regulación reglamentaria de carácter independiente pero no impide que, como veremos, sean varias las normas legislativas que se ocupen de esta materia. Finalmente, es de significar que, como resultaría absurda la interpretación del término «salvo» en el sentido de que la ley no regulara las cuestiones que se citan en el mismo artículo después de dicha palabra, hay que entender que la ley, o mejor, las leyes aplicables en la materia, regularán el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos de suerte que, en principio, tal acceso será libre y solo podrá restringirse cuando concurra uno o más de los supuestos previstos, es decir, que se afecte: a) a la seguridad y defensa del Estado; b) a la averiguación de los delitos; y c) a la intimidad de las personas.

Sin embargo, muy pronto el desarrollo legislativo de esta materia demostró que los supuestos previstos en el referido artículo 105 b) para restringir el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos no se entendían de modo tasado, pues la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, que fue la primera ley postconstitucional

---

<sup>4</sup> Para un estudio profundo de este precepto constitucional vid.: MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Análisis del artículo 105 b) de la Constitución*. Madrid: Cívitas, 1993.

que de modo sectorial se ocupó de estas cuestiones, introdujo, en virtud de lo dispuesto en su artículo 57.1 a) la posibilidad de restringir el acceso a documentación obrante en registros y archivos administrativos que no deba ser públicamente conocida «por disposición expresa de la ley»<sup>5</sup>.

La tendencia expuesta en el párrafo anterior se confirmó con el artículo 37 de la hoy ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>6</sup>.

Este precepto legal de 1992 está ya ampliamente superado por el tratamiento más amplio y detallado dado a esta materia por la Ley 19/2013,

---

<sup>5</sup> En 1991, ya afirmaba SAINZ MORENO, F. en *Secreto e información en el derecho público. Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor García de Enterría*, vol. 2. Madrid: Civitas, «...los problemas que plantea el secreto administrativo exceden, sin embargo, de ese precepto constitucional ya que no solo la seguridad, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas necesitan la protección del secreto, sino que también se exige su aplicación a otros ámbitos como el profesional o el económico, que no están directamente relacionados con la intimidad de las personas. Además, desde la teoría de la organización, o, más concretamente, de la eficacia de la organización, la estrategia del secreto parece ineludible».

<sup>6</sup> Este artículo recogió efectivamente «el principio general de libre acceso» a archivos y registros administrativos contenido en el artículo 105.b) de la Constitución, estableció la posibilidad de reservar determinados datos a ciertas personas para la protección de su intimidad (apartado 2) e impidió el citado derecho de acceso respecto de los expedientes que contengan información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado, así como los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estuvieran realizando (apartado 5, letras b) y c), respectivamente).

Ahora bien, el precepto no dudó en admitir la posibilidad de denegación del citado derecho de acceso «cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros necesitados de protección o cuando así lo disponga una Ley» (apartado 4), o simplemente no reconoció el derecho al acceso a determinados expedientes, entre los que se encontraban no solo los que contuvieran información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado, sino también los que tuvieran información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a derecho administrativo, los relativos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial y los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria (apartado 5, letras a), d) y e), respectivamente).

Por último, contenía también una serie de remisiones a lo que las disposiciones específicas por razón de la materia pudieran establecer acerca de esta cuestión, siendo la remisión a la normativa sobre «materias clasificadas» la primera que se contenía en el apartado 6, letra a) si bien dicho apartado remitía también a lo previsto por las siguientes disposiciones específicas: legislación sobre datos sanitarios personales, legislación del régimen electoral, legislación estadística, del Registro Civil, del Registro Central de Penados y Rebeldes así como de los registros públicos cuyo uso esté regulado por una ley y legislación por la que se regule la consulta de fondos documentales existentes en los archivos históricos y el acceso a documentos obrantes en las Administraciones Públicas por parte de Diputados, Senadores o miembros de una asamblea legislativa de una comunidad autónoma o de una corporación local. Existían, por tanto, una pluralidad de criterios legislativamente relevantes para limitar el acceso de los ciudadanos a los registros y documentos que, formando parte de un expediente, obran en los archivos administrativos.

de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, a la que nos referiremos más adelante. Bastará tan solo con decir aquí que el aspecto más reseñable de dicha superación estriba en que la ley 19/2013, con mayor fidelidad al art. 105 de la Constitución, no contiene bloques de materias sobre las que se excluye el derecho de acceso por considerarlas como un límite solo relativo y no absoluto como hacía en el apartado 5 del artículo 37 anteriormente mencionado<sup>7</sup>.

## 2. LA IRRETROACTIVIDAD DE LEY DE SECRETOS OFICIALES

La Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales<sup>8</sup> (LSO), norma pre-constitucional<sup>9</sup>, pero que sigue formando parte de nuestro ordenamiento

---

<sup>7</sup> Por este motivo no han faltado autores que consideraban inconstitucional este apartado del art. 37. Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 164.

<sup>8</sup> Para su estudio en general con la bibliografía que respectivamente citan, Vid.:

- COUSIDO GONZÁLEZ, M.P. *Secretos Oficiales: comentarios a su ley y reglamento*. Ed. Bosch, 1995.
- FERNÁNDEZ ALLES, J.J. «Los secretos de Estado en España: jurisprudencia y teoría constitucional». *Diario La Ley*. Núms. 4762 y 4763 de 25 y 26 de marzo. 1999.
- LUCAS MARTÍN, J. (1999): «“Secretos de Estado”. Derechos y libertades». *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Universidad Carlos III, BOE, 1999, pp. 35-62.
- ABA CATORRA, A. «El secreto de Estado y los servicios de inteligencia». *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* n.º 38/39. Valencia: 2002.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. «El secreto de Estado». *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo II. Thomson-Reuters, 2011.
- DIEZ-PICAZO, L.M. *Sobre secretos oficiales*. Madrid: Civitas 1ª ed. reimp. 2016, 106 pp.
- SÁNCHEZ FERRO, S. *El secreto de Estado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- SOTO LOSTAL, S. A. «Comentarios a la legislación española sobre secretos oficiales a la vista de la sentencia de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia (EE. UU.) de 21 de mayo de 2013». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111. 2017, pp. 379-412. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.12>

Desde el punto de vista de su interés militar, Vid. MARTÍNEZ MARTÍN, R. «Los secretos oficiales, particularidades en el ámbito militar». *Estudios de derecho militar* n.º 2. Madrid: Ministerio de Defensa, 2018, pp. 285-305.

Para un estudio sistemático de la legislación española relativa a los secretos oficiales y los procedimientos administrativos con carácter clasificado, así como una somera comparativa con las legislaciones de los países con mayor importancia en la Organización del Tratado del Atlántico Norte, Vid. CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, A. «Legislación española sobre secretos oficiales y su comparación con otras legislaciones OTAN. A propósito de wikileaks». *Diario La Ley*, núm. 7584. 2011.

<sup>9</sup> TORRES VENTOSA, J.J. «La regulación legal de los secretos oficiales». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 16. 1998, p. 386, afirma en la primera de sus conclusiones que «treinta años después de la aprobación de la Ley de

jurídico<sup>10</sup>, no contiene disposición transitoria alguna de carácter retroactivo que resulte aplicable a la documentación anterior al día 26 de abril de 1968 que fue su fecha concreta de entrada en vigor. Tampoco incluye ninguna disposición derogatoria porque antes de esa fecha no había norma legal alguna en vigor que regulase las materias clasificadas. Este dato nos lo proporciona el propio preámbulo de la Ley en el que se dice que «en este aspecto existe una laguna en nuestra legislación, que al contrario de lo que ocurre en los Estados caracterizados por la mayor libertad de información, no prevé una regulación de las medidas protectoras de los secretos oficiales».

A partir de estos dos importantes elementos extraídos de la LSO (inexistencia de previsiones tanto retroactivas como derogatorias) resulta pertinente acudir a un principio vertebrador de nuestro ordenamiento jurídico, que rige tanto ahora como en el momento de la promulgación de la LSO, que es el principio de irretroactividad de las leyes salvo que se dispusiere lo contrario, recogido en el art. 2.3 del actual Código Civil y presente igualmente en el art. 3 del mismo texto legal en su versión original. La esencia de este principio conecta a su vez con otros postulados que alcanzan el rango de principios constitucionales como el de la seguridad jurídica previsto en el art. 9.3 de la Constitución española.

Además, en nuestro Ordenamiento jurídico impera la máxima *tempus regit actum*, lo que implica que si el legislador no ha establecido nada sobre la retroactividad de la norma legal, la norma en cuestión no puede regular hechos acaecidos en el pasado que han surtido unas consecuencias jurídicas. Esta posición ha sido sostenida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de mayo de 1995, al establecer que nuestro ordenamiento positivo se inspira en el principio *tempus regit actum* o de irretroactividad, en cuya virtud cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que venga permitido

---

Secretos Oficiales parece a todas luces obvio la necesidad de elaborar un nuevo texto legal plenamente acorde con los principios del Estado social y democrático de derecho que la *lex suprema* proclama y ello por más que el TCJ (Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales) y el TS manifestaran en su día *expressis verbis* la conformidad de aquella con la Constitución».

Sobre la necesidad de reforma de la LSO, Vid. PALACIOS, J.M. «Hacia la reforma de la Ley de Secretos Oficiales». Análisis GESI 24/2018. Grupo de Estudios de Seguridad Internacional. Universidad de Granada, 2018. <http://www.seguridadinternacional.es>

<sup>10</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L. «La Ley de Secretos Oficiales». *Foro Nueva Época* vol.18 núm.1. 2015, p. 228 defiende con acierto que hasta que llegue el momento de su conveniente reforma "...no se trata tanto de decir que la LSO es inconstitucional, sino que hay que interpretar sus artículos a la luz de la Constitución dando lógicamente primacía a esta aplicándose directamente cuando el artículo en cuestión de la LSO tenga un contenido no conciliable con la Carta Magna."



alterarla por preceptos ulteriores a menos que ofrezcan inequívoco carácter retroactivo.

De lo expuesto hasta aquí cabe concluir que «la Ley de Secretos Oficiales no es en sí misma aplicable a la documentación anterior al 26 de abril de 1968 que fue la fecha de su entrada en vigor y que, por lo tanto, a esta documentación no procede aplicarle el término desclasificación», toda vez que este último concepto no existía en nuestro ordenamiento jurídico antes de dicha fecha<sup>11</sup>.

Finalmente, la afirmación anterior resulta válida y coherente también para todos aquellos documentos anteriores al 26 de abril de 1968 incluso aunque presenten «marcas de reserva o confidencialidad» que aparentaran su clasificación, pues para una verdadera clasificación se requiere un procedimiento tasado y restrictivo exigido por el principio de publicidad y acceso a la información pública presente en el artículo 105.2 de la Constitución en cuya virtud el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos se considera un derecho constitucional vinculado íntimamente con el principio de transparencia administrativa<sup>12</sup> especialmente tras la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo contenida en su sentencia de 14 de noviembre de 2000, según la cual «*el derecho de acceso a los registros y documentos administrativos constituye un derecho de los ciudadanos de los denominados de tercera generación: el cual está enraizado en el principio de transparencia administrativa, el cual responde a una nueva estructuración de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos*».

El precepto constitucional citado y la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente expuesta justifica también que,

---

<sup>11</sup> A la misma conclusión llega RIAL QUINTELA, M.C. «El derecho de acceso a la información en los archivos del Ministerio de Defensa», en DE ANDRÉS DÍAZ R. y SIERRA RODRÍGUEZ J. (coords.). *La función de archivo y la transparencia en España*. Universidad Complutense de Madrid. Centro Superior de Estudios de Gestión. 2018, p. 189 cuando afirma que «... es evidente que una aplicación de la LSO mínimamente compatible y respetuosa con la CE implicará que no puede restringirse el acceso a ningún documento o información anterior a la fecha de su entrada en vigor, bajo ninguna circunstancia. Ello supondría una suerte de retroactividad restrictiva de los derechos individuales que está constitucionalmente prohibida en el artículo 9.3 CE».

<sup>12</sup> RIAL QUINTELA. *Op. cit.*, p. 189, llega también al mismo resultado cuando señala que «... tampoco cabe considerar clasificado conforme a la LSO ningún documento anterior a su entrada en vigor, con marca de clasificación o sin ella, por el simple hecho de que su contenido encaje en las materias clasificadas conforme a la misma. Dado que los Acuerdos del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 y de 16 de febrero de 1996 se dictaron en aplicación del artículo 4 de la LSO, la eficacia de los mismos tampoco puede predicarse respecto a los documentos emitidos durante un periodo temporal que no alcanza la propia LSO».

a día de hoy, carezca de interés analizar con detalle el régimen jurídico anterior a la Ley de Secretos Oficiales aplicable a la documentación anterior al momento de su entrada en vigor en 1968. El motivo que justifica el escaso interés actual por el régimen jurídico anterior a la LSO estriba en que esta norma legal es la primera que en el ordenamiento jurídico español configura realmente los secretos oficiales como una excepción al principio de publicidad de la actividad de los órganos del Estado<sup>13</sup>, si bien, como certeramente afirma SÁNCHEZ FERRO<sup>14</sup>, siguiendo a GÓMEZ-REINO CARNOTA, el principio de publicidad considerado por el preámbulo de la mencionada ley como principio general del ordenamiento jurídico español es una afirmación que hoy se ajusta a la realidad, pero no lo hacía en la época en que fue dictada la ley a poco que se analice la normativa y práctica vigentes en aquel momento<sup>15</sup>.

Así pues, la gran novedad que trajo consigo la LSO fue la técnica de las «materias clasificadas», es decir, de un conjunto de límites formales y explícitos, que antes no existían, a toda pretensión de que no fuera aplicable a algún asunto el principio de publicidad de toda la actividad de los órganos del Estado.

Por eso, hoy tiene sentido recordar que la LSO no derogó nada, pues solo empezó a cambiar la perspectiva del principio de publicidad acercándolo a la esfera de los derechos de los ciudadanos obviamente con grandes limitaciones y tiene mucho sentido también poner de relieve la irretroactividad de esta ley y de su *técnica clasificatoria precisamente porque, aunque modificada en 1978 e interpretada después a la luz de los preceptos de la Constitución*, de todas las normas que antes de 1968 se ocupaban de la publicidad de la actividad de los órganos del Estado, la LSO es la única que sigue en vigor.

---

<sup>13</sup> Así el artículo 1.1 de la LSO establece claramente que los órganos del Estado «estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo los casos en que por la naturaleza de la materia sea esta declarada expresamente clasificada, cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente Ley».

<sup>14</sup> SÁNCHEZ FERRO, S. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>15</sup> En efecto, del régimen legal anterior aplicable en el contexto jurídico político entonces existente y hoy ya no solo derogado sino completamente superado, solo merece la pena en la actualidad citar lo que en el año 1976 decía GÓMEZ-REINO CARNOTA, E. («El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales»). *REDA* n.º 8, p. 127) cuando, al analizar el artículo 7 de la Ley de Prensa e Imprenta, concluía que entonces el derecho a obtener información oficial quedaba circunscrito al sector prensa porque «... el bien jurídico protegido no era, en rigor, el derecho del ciudadano a la información oficial, sino más bien el derecho del Estado a controlar esa información y su difusión posterior a los efectos de intervenir, asimismo, en el proceso de formación de la opinión pública».

No obstante y para aclarar plenamente la materia, resulta necesario situar el acceso a la documentación con marcas de clasificación anteriores a la entrada en vigor de la Ley sobre Secretos Oficiales en el contexto del régimen de acceso que, con carácter general, regula este derecho en los archivos militares.

3. NORMATIVA APLICABLE AL DERECHO DE ACCESO A LA DOCUMENTACIÓN CUSTODIADA EN ARCHIVOS MILITARES Y, PARTICULARMENTE, A LA DOCUMENTACIÓN CON MARCAS DE CLASIFICACIÓN ANTERIORES A 1968<sup>16</sup>

*A) La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*

A consecuencia de la reserva de ley que se contiene en el art. 105.b) de la Constitución española nuestro legislador ha tenido que desarrollar legalmente el derecho de acceso a los archivos, aspecto que ha sido llevado a cabo mediante la promulgación de distintas normas legales, las cuales –como tendremos ocasión de ver–, tienen que respetar el contenido mínimo constitucional del susodicho precepto constitucional, so pena de incurrir en una infracción del ordenamiento jurídico.

En primer término, y como desarrollo del derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos recogido en el art. 105.b) de la Constitución española, tenemos que referirnos a la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español<sup>17</sup>. Esta norma legal (en adelante LPHE) que sirve de sustento al Reglamento de Archivos Militares (en adelante RAM), aprobado por el Real Decreto 2598/1998, de 4 de diciembre, viene a considerarse una disposición legal capital en la materia que nos concierne. Su artículo 57 regula el acceso a los documentos constitutivos del patrimonio documental español (definido en su art. 49.2 y del

---

<sup>16</sup> DESANTES FERNÁNDEZ, B. *Código de Archivos y Patrimonio Documental. Selección y Ordenación*. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Secretaría General Técnica. Subdirección de Documentación y Publicaciones, 2015. Códigos Electrónicos de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2015.

<sup>17</sup> Para su estudio en general con la bibliografía que respectivamente citan, Vid.:

– BASSOLS COMA, M. «El patrimonio histórico español: Aspectos de su régimen jurídico». *Revista de Administración Pública*, núm. 114, Sept-Dic 1987.

– ALEGRE ÁVILA, J.M. «El patrimonio histórico español: régimen jurídico de la propiedad histórica». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19. 2015, pp. 213-251.

que forman parte los depositados en los archivos militares) y contempla diversos límites al mismo (entre otros, la clasificación de la documentación conforme a la Ley 9/1968 sobre Secretos Oficiales, los riesgos para la seguridad y defensa del Estado o la presencia de datos de carácter personal o que puedan afectar a la seguridad, honor, intimidad de la vida privada y familiar y propia imagen de las personas, caso este último para el que se establece un régimen de plazos de acceso)<sup>18</sup>:

«1. La consulta de los documentos constitutivos del patrimonio documental español a que se refiere el artículo 49. 2 se atenderá a las siguientes reglas:

a) Con carácter general, tales documentos, concluida su tramitación y depositados y registrados en los archivos centrales de las correspondientes entidades de derecho *público*, conforme a las normas que se establezcan por vía reglamentaria, serán de libre consulta a no ser que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos.

b) No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cabrá solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública. Dicha autorización podrá ser concedida, en los casos de documentos secretos o reservados, por la autoridad que hizo la respectiva declaración, y en los demás casos por el jefe del departamento encargado de su custodia.

c) Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si

---

<sup>18</sup> Sobre el artículo 57 de la LPHE, Vid.:

- CAMACHO MATEOS, B. «Los archivos y el acceso a la información pública en España: elementos clave de la transparencia política». *ArchivPost*. Salamanca: Asociación de Archiveros de Castilla y León, 2014.

- CARRILLO-LINARES, A. «Reflexiones y propuestas para una correcta interpretación de la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español. Sobre el artículo 57 y el acceso a los archivos». *Boletín de la Confederación de Asociaciones de Archiveros, Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas (ANABAD)*. LV, núm.3, Julio-Septiembre. Madrid: 2005, pp. 11-48.

su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos».

Las limitaciones al derecho de acceso a los documentos constitutivos del patrimonio documental español que establece el art. 57 de la LPHE son plenamente aplicables a la documentación custodiada en los archivos militares por cuanto esta forma parte del mismo. Ciertamente, el susodicho art. 57 de la LPHE parte del principio de libre consulta de los documentos, si bien a continuación limita el acceso si se trata de documentos clasificados de acuerdo con la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales. Pero, además, añade otro límite que no guarda una relación directa con esta última ley citada, concretamente, nos referimos al supuesto de que el acceso pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado, no siendo necesario para ello que los documentos estén clasificados de conformidad con el art. 2 de la Ley 9/1968, de 5 de abril.

No obstante lo anterior, el apartado b) del meritado art. 57 de la LPHE incorpora la figura de la autorización para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública de una manera que tiene gran trascendencia para identificar correctamente qué órgano concreto queda facultado en cada caso para otorgar la autorización.

En efecto, si nos hallamos ante documentos clasificados de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales la autorización debe ser otorgada por la autoridad que acordó esta medida.

Ahora bien, «en el caso de documentos no clasificados con arreglo a Ley de Secretos Oficiales, aunque tengan marcas de reserva o confidencialidad, cuya difusión pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado, el último inciso del apartado b) dice expresamente que la autorización corresponde al «jefe del departamento encargado de su custodia del archivo» y en el caso de los archivos militares el jefe del departamento que los custodia no puede ser otro más que el ministro de Defensa».

Como al tratar de la irretroactividad de la Ley de Secretos Oficiales ya se ha justificado que esta norma legal no es aplicable a todos aquellos documentos anteriores a su fecha de entrada en vigor incluso aunque tuvieran marcas de reserva o confidencialidad que aparentaran su clasificación, es claro que la LPHE facultó ya al ministro de Defensa para autorizar la consulta pública de estos documentos siempre que no apreciara riesgos para la seguridad y defensa del Estado pero dejando ya esta autorización completamente al margen del ámbito de aplicación de la normativa de desclasificación dimanante de la Ley de Secretos Oficiales.

*B) Normativa reglamentaria*

A nivel reglamentario, para analizar el marco normativo que ha venido regulando el acceso a los archivos militares, hemos de traer a colación el Real Decreto 2598/1998, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Archivos Militares, el Real Decreto 1816/2009, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Archivos Judiciales Militares y, especialmente, el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso.

**a) El R. D. 2598/1998, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Archivos Militares**

Desde la entrada en vigor de la LPHE y hasta el año 1998 el acceso a los archivos dependientes del Ministerio de Defensa quedó determinado por el marco legal establecido en la misma (al que se sumaba la hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común en lo referente al acceso a la documentación con vigencia administrativa, es decir, la obrante en los archivos de oficina). En esa fecha, el Ministerio de Defensa abordó el desarrollo del citado marco normativo para sus archivos mediante la aprobación del RD 2598/1998, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Archivos Militares, con el que se creaba el Sistema Archivístico de la Defensa (art.16) y cuyo capítulo X del título II se ocupaba prolijamente del acceso a los archivos integrantes del mismo.

En este desarrollo reglamentario del derecho de acceso a los archivos del Sistema Archivístico de la Defensa se estableció el principio general de libre acceso a los documentos conservados en los archivos militares (art. 64), regulándose igualmente las limitaciones al mismo por razones de clasificación de la documentación conforme a la Ley sobre Secretos Oficiales, seguridad del Estado, defensa nacional, protección de la intimidad, honor y propia imagen (arts. 64-66). Asimismo, en sus artículos 65 y 67 el Reglamento de Archivos Militares establecía la posibilidad de exclusión provisional de la consulta de aquellos documentos que, pese a no estar clasificados o no estar afectados por un pronunciamiento acerca de su accesibilidad, pudiesen a juicio del ministro de Defensa o los directores de los archivos entrañar peligro para la defensa nacional, la seguridad del Estado

o que, en ciertos casos concretos, pudiesen afectar a la defensa del honor, intimidad y propia imagen de las personas. En dichos artículos se fijaba además el procedimiento a seguir en tales casos y, particularmente en el art. 65, el procedimiento a seguir para conceder autorización de acceso a dicha documentación (concesión por el ministro de Defensa previo informe de la Comisión Calificadora de Defensa):

#### Artículo 65

«El ministro de Defensa, o el órgano en quien este delegue podrá acordar la exclusión de la consulta pública de aquellas series documentales o de aquellos documentos que, sin estar clasificados de acuerdo con la legislación de secretos oficiales, contengan información cuya difusión pueda afectar a la defensa nacional o a la seguridad del Estado.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cabrá solicitar autorización para el acceso a tales documentos o series documentales. Dicha autorización podrá ser concedida por el ministro de Defensa, previo informe de la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa.

La denegación de autorización deberá ser motivada».

En síntesis, esta norma confería al ministro de Defensa la *potestas* de acordar la exclusión de consulta pública de ciertos documentos de los archivos militares si su acceso perjudica la defensa nacional y la seguridad del Estado, sin necesidad de que estén clasificados de acuerdo con la Ley 9/1968, de 5 de abril. Igualmente, se concedía a dicha autoridad administrativa la *potestas* de autorizar el acceso a estos documentos previamente restringidos, todo ello previo informe de la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa, ya que este órgano asesor y consultivo tiene encomendada la función de proponer el régimen de acceso y utilización de los documentos y series documentales, *ex art.* 11 del RAM.

Pero de la misma manera que el ministro podía tomar la iniciativa para determinar documentos excluidos de la consulta pública, nada impedía iniciativas consistentes en que el ministro determinara, *erga omnes* y también previo informe de la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa, partes del patrimonio documental militar que quedaban expresamente abiertas a la consulta pública por no serles de aplicación la LSO y porque se declaraba que la consulta abierta al público de esos documentos no vulneraba la defensa nacional ni la seguridad pública ni del Estado ni ninguna de las demás causas legal y reglamentariamente previstas para prohibir o restringir la consulta abierta al público de los mismos.

## Artículo 67

«Los directores de los archivos militares podrán excluir cautelarmente de la consulta pública aquellos documentos o series documentales que, a su juicio, puedan contener información relevante sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado y sobre los que no haya habido pronunciamiento acerca de su accesibilidad por parte del ministro o del órgano en quien este hubiese delegado la competencia de excluir de la consulta pública documentos o series documentales cuyo contenido afecte a la defensa nacional o a la seguridad del Estado.

En tal caso, los directores de los archivos militares deberán poner el hecho, de forma inmediata, en conocimiento del ministro de Defensa o del órgano en quien este hubiera delegado. La denegación de consulta de estos documentos, caso de producirse solicitud de los mismos por algún usuario, se comunicará al interesado. Tales exclusiones de la libre consulta tendrán carácter provisional hasta que se produzca una resolución definitiva del ministro de Defensa o del órgano en quien delegue, previo informe de la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa, una vez conocida la cual se notificará motivadamente a los usuarios afectados, si los hubiere, la autorización de acceso o la denegación del mismo».

Esta norma venía a desarrollar si cabe más las limitaciones de acceso a los archivos militares, configurando una limitación provisional o cautelar, la cual evidentemente no era definitiva. Si el ministro de Defensa no hubiera acordado qué documentos no clasificados de acuerdo con la Ley 9/1968, de 5 de abril, pudieran verse restringidos de consulta pública, el director del archivo militar cautelarmente podía excluirlos de consulta pública si entendía que perjudicaban a la defensa nacional o seguridad del Estado. Si el director decidía adoptar esta medida excepcional, pues limitaba los derechos de los ciudadanos sin tener una potestad definitiva al respecto, dado que requería de la posterior ratificación del ministro de Defensa, debía comunicarlo inmediatamente a esta autoridad administrativa, quién decidía al respecto, previo informe de la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa.

Esta facultad de los directores de los archivos militares de limitar o restringir provisionalmente el acceso público a documentos que era solo cautelar pues quedaba sometida a la posterior aprobación del ministro de Defensa, lógicamente, devendría en improcedente para los documentos



que el propio ministro ya hubiera declarado antes abiertos a la consulta pública de manera expresa.

En suma, los límites previstos en el Reglamento de Archivos Militares además de reflejar los ya establecidos en la Ley de Patrimonio Histórico Español, y la Ley de Secretos Oficiales, también instauraba una restricción cuya competencia correspondía al ministro de Defensa que podía entenderse tanto en sentido negativo (identificando documentos excluidos de la consulta pública) como en sentido positivo (identificando documentos abiertos a la consulta pública) y una medida cautelar que correspondía a los directores de los archivos militares, que a su vez quedaba sometida a la posterior aprobación del ministro de Defensa.

Sin embargo, toda la regulación de acceso desarrollada en el RAM quedó superada en 2011 por un nuevo y más amplio desarrollo legal del derecho de acceso que no solo vendría a afectar al patrimonio documental de los archivos del Departamento.

**b) El R.D. 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso**

La aprobación del R. D. 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso (en adelante RSEA) dio inicio a una nueva etapa en materia de acceso a documentos y archivos<sup>19</sup>. Dicho Real Decreto define y regula tanto el Sistema Español de Archivos (arts. 3-5) como el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos (arts. 6-22), de los que el Sistema Archivístico de la Defensa forma parte y al que dedica su disposición adicional cuarta. En ella se establece que:

«El Sistema Archivístico de la Defensa se rige por su normativa específica. No obstante, el régimen de acceso a los documentos obrantes en el mismo será el establecido en el presente Real Decreto».

---

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, S. «Marco normativo de los archivos en el Estado de las autonomías». *Cartas diferentes. Revista Canaria de Patrimonio Documental*, núm. 11. 2015, pp. 17-80.

En consecuencia, desde la entrada en vigor de este reglamento el Sistema Archivístico de la Defensa dejó de regirse por su propia normativa en materia de acceso. El Real Decreto 1708/2011 dedica su capítulo IV al procedimiento de acceso a documentos y archivos, definiendo el derecho de acceso a los mismos, estableciendo sus limitaciones (documentación clasificada conforme a la Ley sobre Secretos Oficiales, peligro para la seguridad y defensa del Estado etc.) y regulando un procedimiento de solicitud de acceso<sup>20</sup>. Tomando como referencia los plazos previstos en la Ley del Patrimonio Histórico Español, el Real Decreto regula además en su art. 28 el acceso a los documentos que contienen datos de carácter personal. Asimismo, y como en su momento hizo el Reglamento de Archivos Militares, el Real Decreto 1708/2011 regula en su art. 26 la posibilidad de restringir cautelarmente y de modo excepcional el acceso a determinados documentos que sin haber sido objeto de exclusión previa, a juicio del responsable del archivo, pudiesen incurrir en alguna de las limitaciones previstas en la ley<sup>21</sup>.

#### «Artículo 26. Acceso restringido

1. Los documentos conservados en los archivos incluidos en el ámbito de aplicación de esta norma serán de libre acceso, salvo cuando les afecte alguna de las limitaciones previstas en la Constitución y en las leyes. En particular, serán de acceso restringido los documentos clasificados según lo dispuesto en la normativa sobre secretos oficiales, los documentos que contengan información cuya difusión pudiera entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o interferir en la averiguación de los delitos o la tutela judicial efectiva de ciudadanos e instituciones, así como los declarados reservados por una norma con rango de ley y aquellos que contengan datos personales a los que se refiere el artículo 28.

2. El responsable del archivo, siempre que sea posible, tendrá a disposición del público la relación de los documentos y series documentales de acceso restringido, con exclusión de aquellos que en atención a los intereses protegidos no deban ser objeto de publicidad.

---

<sup>20</sup> DESANTES FERNÁNDEZ, B. «El procedimiento de acceso desarrollado en el RD 1708/2011, de 18 de noviembre. Entre la realidad y el deseo». *Tábula. Asociación de Archiveros de Castilla y León*, núm.15. 2012.

<sup>21</sup> De las relaciones entre el RAM y el RSEA se ha ocupado con detalle RIAL QUINTELA (*Op. cit.*), en cuya p. 200 recoge como primera de las conclusiones de su trabajo que el RSEA no ha producido la derogación tácita de ningún precepto del RAM.

3. El acceso a documentos excluidos de pública consulta será restringido y quedará condicionado, con las excepciones y especialidades previstas en la Ley, a la obtención de autorización previa.

4. Con carácter excepcional, el responsable del archivo podrá restringir cautelarmente el acceso a aquellos documentos o series documentales que, sin haber sido objeto de exclusión de consulta pública, pudieran incurrir, a su juicio y a la vista de su contenido, en alguna de las limitaciones previstas en las leyes.

Toda alteración en el régimen de acceso a documentos deberá ser puesta en conocimiento de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, que será la encargada de informar con carácter previo los casos de modificación del régimen de libre acceso».

Por lo que se refiere a la documentación excluida de la consulta por razones de seguridad y defensa del Estado y, en particular, al acceso a documentación con marcas de clasificación, el Real Decreto en su art. 27 establece con precisión los procedimientos de consulta de la misma:

«Artículo 27. Solicitud de consulta de documentos de acceso restringido por razones de seguridad y defensa del Estado.

1. Los documentos clasificados de conformidad con lo previsto en la normativa sobre secretos oficiales del Estado estarán excluidos de la consulta pública, sin que pueda concederse autorización para el acceso en tanto no recaiga una decisión de desclasificación por el órgano competente para realizarla.

2. Cuando la solicitud de consulta se refiera a documentos o series documentales que incorporen marcas de reserva o confidencialidad, el órgano competente para resolver remitirá la solicitud a su superior jerárquico o, según lo que establezcan las normas de organización de los respectivos departamentos ministeriales y entidades de derecho público, al órgano que realizó la declaración de reserva o confidencialidad, para que decidan sobre la concesión de autorización de la consulta».

**c) Consideración especial sobre el art. 27.2 del RSEA en materia de acceso a los documentos o series documentales que incorporen marcas de reserva o confidencialidad**

Las diferencias fundamentales entre la regulación del derecho de acceso a la documentación de consulta restringida por razones de seguridad y defensa del Estado desarrollada por el Real Decreto 1708/2011 y la establecida anteriormente por el RAM estriban en que el RSEA incluye un precepto expresamente dedicado (el 27.2) a «documentos o series documentales que incorporen marcas de reserva o confidencialidad» y en que ya no hay referencia a competencias expresamente reservadas al ministro de Defensa, manteniéndose lógicamente en las dos regulaciones la mención a los «directores de los archivos militares» (en el RAM) o a los «responsables de los archivos» (en el RSEA).

En lugar del ministro de Defensa se habla ahora del «órgano competente para resolver», de su «superior jerárquico» y del «órgano que realizó la declaración de reserva o confidencialidad» según lo que establezcan las «normas de organización de los respectivos departamentos ministeriales y entidades de derecho público».

El «órgano competente para resolver» al que se refiere el art. 27.2 del RSEA puede ser el responsable de cada archivo, pero para los «documentos o series documentales que incorporen marcas de reserva o confidencialidad», queda claro que este no debe resolver sino remitir la solicitud a su superior jerárquico o al órgano que realizó la declaración de reserva o confidencialidad.

Ahora bien, «a la luz de cuanto se ha dicho anteriormente sobre la irretroactividad de la Ley de Secretos Oficiales y de las facultades otorgadas por el art. 57.1 b) de la LPHE al Ministro de Defensa, la interpretación correcta de esta norma reglamentaria requiere distinguir entre documentos que incorporen marcas de reserva o confidencialidad que sean anteriores a la fecha de entrada en vigor de la Ley de Secretos Oficiales y los que sean posteriores a dicha fecha. Para los posteriores tanto el responsable del archivo como, en su caso, su superior jerárquico tendrán que poner la cuestión en manos del órgano que realizó la declaración de reserva o confidencialidad, pero para los anteriores la autorización corresponde en todo caso al ministro de Defensa sin necesidad de avocar competencia alguna, pues así se desprende de lo razonado anteriormente al tratar del artículo 57.1 b) *in fine* de la LPHE».

C) *La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*

Como ha quedado dicho, desde la entrada en vigor del Real Decreto 1708/2011 el marco legal del acceso a los archivos militares quedó determinado por la Ley 30/1992 para la documentación de los archivos de oficina, y la Ley del Patrimonio Histórico Español y el propio Real Decreto 1708/2011 para los restantes, quedando desde entonces pendiente la adaptación del Reglamento de Archivos Militares en lo referente a acceso al nuevo marco normativo.

Ahora bien, el marco legal del acceso a los archivos de la Administración general del Estado sufrió un nuevo e importante cambio con la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante Ley de Transparencia)<sup>22</sup>. Culminación del principio de transparencia administrativa reconocido por el Tribunal Constitucional al que nos hemos referido con anterioridad que, a su vez, encuentra fundamento en el art. 105.b) de la Constitución española, esta ley surte tal efecto en el funcionamiento de la Administración pública que incluso el art. 13.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se remite expresamente a la misma respecto a los derechos que le corresponden a las personas que se relacionan con la Administración, de ahí que estemos ante una norma legal de gran relevancia jurídica a los efectos que nos ocupan<sup>23</sup>.

La Ley de Transparencia, además de modificar el articulado de la citada Ley 30/1992 en lo referente al acceso a los documentos con vigencia administrativa, formuló como novedad el derecho de acceso a la información pública, fijando límites al mismo y estableciendo un procedimiento de

---

<sup>22</sup> Sobre el impacto jurídico de la transparencia tras la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, Vid.:

- RUIZ-RICO RUIZ, C. *Tendencias legales hacia la calidad democrática del sistema constitucional*. Madrid: DYKINSON ebook, 2014, pp. 12 a 19.
- RODRÍGUEZ-ARANA X. y SENDÍN GARCÍA M.A. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*. Granada: Comares, 2014.

<sup>23</sup> Para un análisis del encaje constitucional de esta norma criticando que se optase por una ley ordinaria y no orgánica Vid.:

- MORENO GONZALEZ, G. «El derecho de acceso a la información pública en la Ley de Transparencia: una aproximación constitucional». *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 8, marzo-agosto. 2015, pp. 93-125.
- OLMEDO PALACIOS, M. «La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno». *Diario La Ley*, núm. 8237. 2014.

acceso<sup>24</sup> muy similar al fijado por el Real Decreto 1708/2011. Así, el art. 12 de la Ley de Transparencia dispone que todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el art. 105.b) de la Constitución española, desarrollados por esta ley. Posteriormente, el art. 13 define el concepto de información pública, indicando lo siguiente:

«Se entiende por información pública los contenidos o **documentos, cualquiera que sea su formato o soporte**, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de la aplicación de este título y que hayan sido elaborados en el ejercicio de sus funciones».

Por último, el art. 14 de la Ley de Transparencia establece ciertos límites que deben ser observados por la Administración en relación al derecho de acceso a la información pública, indicándose lo siguiente:

«1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: a) La seguridad nacional. b) La defensa. c) Las relaciones exteriores. d) La seguridad pública. e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva. g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. h) Los intereses económicos y comerciales. i) La política económica y monetaria. j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. l) La protección del medio ambiente.

2. La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso».

Teniendo presente los preceptos legales anteriores, llegamos a la conclusión de que dentro del concepto de información pública encuentran perfecto acomodo los documentos obrantes en los archivos militares, pues los mismos obran en poder de la Administración militar y además han sido elaborados en el ejercicio de sus funciones, lo que se corrobora por el hecho de que algunos de los documentos controvertidos contienen marcas

---

<sup>24</sup> RAMS RAMOS, L. «El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 41. Iustel, 2016.

de clasificación, potestad que solamente corresponde a determinadas autoridades administrativas, de conformidad con lo previsto en el art. 4 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales. Ahora bien, el derecho de acceso a esta información pública no es absoluto, como bien se indicaba anteriormente, toda vez que el legislador ha establecido límites al mismo, particularmente, con fundamento en la seguridad nacional, seguridad pública, defensa nacional y las relaciones exteriores.

La importancia de estos límites ha quedado recientemente acreditada con la aprobación de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, cuyo art. 3 dispone que por seguridad nacional se entiende «*la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos*». Como puede apreciarse, el concepto de seguridad nacional es amplio, y en el mismo se hallan incardinados una serie de componentes que lo enriquecen y dotan de contenido, aspecto que queda patente a la luz de lo previsto en el art. 9 de la referida Ley 36/2015, de 28 de septiembre, en donde son enumerados, haciendo referencia expresa a la defensa nacional, la seguridad pública y la acción exterior del Estado, conceptos que también constituyen límites al derecho de acceso a la información pública, según previene el art. 14 de la Ley de Transparencia.

Si bien es cierto que el concepto de defensa nacional no está definido en norma legal alguna, el art. 2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, establece la finalidad de la política de defensa –de la cual puede inferirse el propósito de la ley–, disponiendo lo siguiente:

«La política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en esta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España».

Un tanto de lo mismo podemos decir del concepto de seguridad pública. Aunque no está definido legalmente a nivel estatal, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por todas la Sentencia núm. 154/2017,

de 21 de diciembre, ha sostenido que *«la materia de seguridad pública (...) hace referencia a una actividad dirigida a la protección de bienes y personas con la finalidad de garantizar la tranquilidad y el orden de los ciudadanos. Esta protección se lleva a cabo preferentemente mediante la actividad policial propiamente dicha y las funciones no policiales inherentes o complementarias a aquellas (...) no siendo posible realizar una identificación absoluta entre la materia de seguridad pública y las actuaciones que son propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad»*.

En cualquier caso, los límites regulados en la Ley de Transparencia resultan razonables y lógicos en cualquier Estado de derecho, pues son valores e intereses capitales para la existencia del Estado, de ahí que requieran una especial protección, y supongan, en determinados casos, una restricción de los derechos de los ciudadanos.

No obstante, la aprobación de la citada Ley generó un importante grado de incertidumbre en el sector de los archivos por cuanto en su disposición adicional primera, dedicada a las regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública, reconocía la existencia de materias con régimen jurídico específico de acceso que habrían de regirse por su propia normativa y por la Ley 19/2013 de forma supletoria, si bien no enumeraba dichas materias.

Las dudas sobre la posibilidad de considerar a los archivos regulados por el Real Decreto 1708/2011 como materia con normativa de acceso específica (determinada por la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español y el propio Real Decreto 1708/2011) y en la que, en consecuencia, la aplicación de la Ley de Transparencia tendría carácter supletorio, se han despejado gracias a varias Resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Especialmente clarificadora al respecto ha sido la Resolución R/0389/2016, de 4 de octubre de 2016 en cuyo fundamento jurídico 4 se afirma:

*«en caso de que el acceso solicitado se encuentre dentro de los regulados por el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno viene considerando de aplicación lo dispuesto en la disposición adicional primera, apartado 2 de la LTAIBG en el sentido de que se trata de una normativa específica en materia de acceso y que la aplicación de la LTAIBG tendría carácter supletorio»*.



En consecuencia, y tras la aprobación de la citada Ley 19/2013 y las Resoluciones del Consejo de Transparencia, el acceso a los archivos incluso en el Sistema Español de Archivos y el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos (y por tanto también el acceso a los integrantes del Sistema Archivístico de la Defensa) queda regulado por la citada Ley 19/2013 para los archivos de oficina (acceso a documentación con vigencia administrativa) y por el Real Decreto 1708/2011 y la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español para los restantes (centrales, intermedios e históricos). Particularmente, en el caso de los archivos históricos de titularidad y gestión estatal, y en virtud de lo establecido en la disposición adicional sexta del Real Decreto 1708/2011, se consideran además de aplicación las normativas específicas de acceso que pudiesen existir siempre que resulten más favorables al derecho de acceso que las disposiciones de dicho Real Decreto.

#### *D) Referencia al Reglamento de Archivos Judiciales Militares*

Del Real Decreto 1816/2009, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Archivos Judiciales Militares<sup>25</sup> lo que interesa poner de relieve a los efectos de estudio es que su disposición transitoria única establece expresamente que:

«Los procedimientos judiciales militares concluidos antes del 22 de noviembre de 1980 y actualmente archivados bajo la custodia de los tribunales militares territoriales, se transferirán progresivamente al correspondiente archivo histórico militar, conforme a los criterios recogidos en el Reglamento de Archivos Militares, de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias existentes y conforme a las prioridades que establezca la Junta de Archivos Militares, previo informe del presidente del Tribunal Militar Central».

Asimismo, el artículo 18 de este Reglamento añade que:

«Transcurrido un plazo de veinticinco años desde el ingreso de un determinado conjunto documental en un archivo judicial militar territorial o en el Archivo Judicial Militar Central, las Comisiones Calificadoras Territoriales o Central, emitirán una propuesta bien de eliminación

---

<sup>25</sup> GARCÍA MERCADAL Y GARCÍA LOYGORRI, F. «Archivos judiciales militares». *Boletín de la ANABAD*, 1/1995. 1995.

de documentos, bien de su transferencia de la gestión al correspondiente archivo histórico militar, que será remitida, a través del presidente del Tribunal Militar Central a la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa para dictamen. La citada propuesta deberá adaptarse a lo previsto en el artículo 43 del Reglamento de Archivos Militares».

En consecuencia, y por lo que al acceso de esta documentación se refiere, cabe señalar que mientras la documentación judicial militar permanece bajo la custodia legal de los archivos judiciales militares<sup>26</sup>, tal derecho se rige por lo establecido en los artículos 9 y 14 del citado Reglamento de Archivos Judiciales Militares. Sólo cuando la transferencia de fondos<sup>27</sup> prevista en la disposición transitoria única y el art. 18 del mismo se produce, el acceso a los mismos pasa a regirse por la regulación anteriormente descrita para el Sistema Archivístico de la Defensa, como por otra parte el propio Reglamento de Archivos Judiciales recoge en su art.19.

#### *E) Referencia final a la organización actual del Sistema Archivístico de la Defensa*

La Orden PRA/1925/2016, de 14 de diciembre, por la que se determina el órgano de dirección del Sistema Archivístico de la Defensa y se regula la Junta de Archivos Militares y la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa determina en su artículo 2, apartado 1 que el órgano de dirección del Sistema Archivístico de la Defensa es la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa y, en el apartado 2 del mismo artículo, que el Secretario General Técnico es el máximo responsable del Sistema Archivístico de la Defensa y que de él dependen, funcionalmente, los órganos de dirección de los Subsistemas Archivísticos del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y los archivos de los organismos autónomos del Departamento.

Además, esta norma define en su artículo 3 la Junta de Archivos Militares, la hace depender orgánica y funcionalmente de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa y prevé su composición de la siguiente manera:

---

<sup>26</sup> GIL HONDUVILLA, J. «La conservación de los fondos del Archivo del Tribunal Militar Territorial Segundo». *Historia Actual On Line (HAOL)* núm.18. Invierno 2009, pp. 133-140.

<sup>27</sup> Se entiende por transferencia el traspaso de la titularidad y custodia de los fondos.

«a) Presidente: El Secretario General Técnico del Ministerio de Defensa, por delegación del Ministro de Defensa en aplicación de lo previsto en el artículo 8 del Reglamento de Archivos Militares.

b) Vocales:

1º El Subdirector General de Publicaciones y Patrimonio Cultural del Ministerio de Defensa, que actuará, asimismo, como secretario de la Junta con voz y voto.

2º El Director del Instituto de Historia y Cultura Militar del Ejército de Tierra.

3º El Director del Órgano de Historia y Cultura Naval de la Armada.

4º El Jefe del Servicio Histórico y Cultural del Ejército del Aire.

5º El Subdirector General de los Archivos Estatales del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Además, el Presidente podrá designar como vocales a dos expertos de reconocido prestigio en materia de archivos y de historia, uno por cada materia y podrán ser convocados a las reuniones de la Junta, por su presidente, quienes por sus conocimientos técnicos puedan asesorar en los asuntos a tratar, que asistirán a las sesiones con voz pero sin voto».

Por otra parte, el artículo 4 se ocupa de la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa, dedicándole los siguientes apartados:

«1. Con arreglo a lo establecido en los artículos 10 y 12 del Reglamento de Archivos Militares, la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa es el órgano específico del Ministerio de Defensa que estudia y dictamina las cuestiones relativas a la calificación y utilización de los documentos de la Administración militar, así como su integración en los archivos y el régimen de acceso e inutilidad administrativa de tales documentos. Depende orgánica y funcionalmente de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, órgano de dirección del Sistema Archivístico de la Defensa.

2. La Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa está compuesta por:

a) Presidente: El Secretario General Técnico del Ministerio de Defensa, por delegación del Ministro de Defensa en aplicación de lo previsto en el artículo 12 del Reglamento de Archivos Militares.

b) Vocales:

1º Un representante de cada uno de los subsistemas archivísticos que componen el Sistema Archivístico de la Defensa, designado por el titular del órgano de dirección de los mismos.

2º Un representante, con rango de subdirector general o asimilado, de cada uno de los siguientes órganos, designado por su titular:

- Estado Mayor de la Defensa.
- Gabinete del ministro.
- Gabinete del secretario de Estado de Defensa.
- Gabinete Técnico del subsecretario de Defensa.
- Gabinete Técnico del secretario general de Política de Defensa.

3º Un representante de la Asesoría Jurídica General de la Defensa, designado por el Asesor Jurídico General de la Defensa.

4º Un representante de la Subdirección General de Publicaciones y Patrimonio Cultural, designado por su titular, representante que ejercerá, además, la Secretaría de la Comisión Calificadora, asistiendo a las reuniones con voz y voto.

5º Un representante de la Dirección General o del organismo autónomo cuya documentación vaya a ser objeto de examen y consideración según el correspondiente orden del día, quien contará con voz y voto en relación con las series documentales que le afecten.

3. Asimismo, podrá asistir a las sesiones de la Comisión, en calidad de experto, con voz pero sin voto, aquel personal del Ministerio de Defensa y sus organismos autónomos cuya asistencia sea aconsejable por razón de los asuntos a tratar, previa convocatoria del presidente de la Comisión. Asimismo, el presidente podrá solicitar el asesoramiento de hasta dos personas de reconocido prestigio profesional en materias relativas a archivística, derecho administrativo, historia militar, historia contemporánea e información y comunicación, quienes asistirán a las sesiones con voz pero sin voto».

A la luz de todo lo hasta aquí expuesto y por lo que se refiere tanto al régimen de acceso general vigente para los archivos militares así como

al acceso a la documentación anterior a 1968 con marcas de clasificación custodiada en los mismos cabe concluir lo que sigue.

#### 4. CONCLUSIONES

- Los documentos obrantes en los archivos militares con marcas de clasificación anteriores a la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales, no pueden considerarse materia clasificada con base en esta norma.
- El marco normativo general que regula el acceso a los archivos del Sistema Archivístico de la Defensa es el determinado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno para los archivos de oficina, la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos, para los restantes.
- Las limitaciones impuestas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, en la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español y en el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos son de plena aplicación a todo el patrimonio documental contenido en los archivos militares, si bien los límites al acceso regulados en la Ley de Transparencia afectan a la documentación con vigencia administrativa (depositada en archivos de oficina) y los recogidos en la LPHE y el Real Decreto 1708/2011 afectan a los archivos centrales, intermedios e históricos.
- Salvo para documentos secretos o reservados es decir clasificados con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales, la Ministra de Defensa como «jefe del Departamento encargado de su custodia» puede autorizar sin necesidad de avocar competencia alguna la consulta pública de todos los demás documentos que se encontraran excluidos de la misma de conformidad con lo expresamente previsto en el artículo 57.1 b) *in fine* de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.
- El acceso a la documentación judicial militar depositada en los archivos históricos del Sistema Archivístico de la Defensa es el determinado por el marco normativo general referido para el mismo. En tanto que no se produzca la transferencia de fondos de los archivos judiciales militares a dichos archivos históricos, el régi-

- men de acceso será el determinado por el Reglamento de Archivos Judiciales Militares.
- De conformidad con lo previsto por la Orden PRA/1925/2016, de 14 de diciembre, por la que se determina el órgano de dirección del Sistema Archivístico de la Defensa y se regula la Junta de Archivos Militares y la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa, el Secretario General Técnico es el máximo responsable de dicho órgano y preside por delegación de la Ministra de Defensa la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa.
  - La Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa, como órgano asesor en las materias reguladas por el Reglamento de Archivos Militares, tiene entre sus competencias la de «proponer el régimen de acceso y utilización de los documentos y series documentales» en el ámbito de los archivos del Departamento, sin perjuicio de las competencias que en materia de acceso corresponden a la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos conforme prevé en su artículo 58 la Ley de Patrimonio Histórico Español y regulan, entre otras disposiciones reglamentarias, el Real Decreto 1401/2007, de 29 de octubre, por el que se regula la composición, funcionamiento y competencias de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos y el citado RD 1708/2011.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABA CATOIRA, A. «El secreto de Estado y los servicios de inteligencia». *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* n.º 38/39. Valencia: 2002.
- ALEGRE ÁVILA, J.M. «El patrimonio histórico español: régimen jurídico de la propiedad histórica». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19. 2015, pp. 213-251.
- ALONSO DE ANTONIO, A.L. «La Ley de Secretos Oficiales». *Foro Nueva Época* vol.18, núm.1. 2015, pp. 219-24.
- ÁLVAREZ RICO, M. «El derecho de acceso a los documentos administrativos», en *Documentación Administrativa*, n.º 183. 1979, pp-103-133.
- ANSÓN OLIART, R. «Las relaciones con el público en la Administración española», en *Documentación Administrativa*, n.º 183. 1979.
- ANTONIO NIÑO Y CARLOS SANZ. «Los archivos, la intimidad de las personas y los secretos de Estado». *Cuadernos de Historia Contemporánea*, vol. 34. 2012, pp. 309-342.

- BASSOLS COMA, M. «El patrimonio histórico español: aspectos de su régimen jurídico». *Revista de Administración Pública*, núm. 114. Sept-Dic 1987.
- BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las administraciones públicas: el derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- BLASCO DÍAZ, J. L. «El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa», en GARCÍA MACHO, R. (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- BONET I PÉREZ, J. «El derecho a la información en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Promociones y Publicaciones Universitarias». 1994.
- CAMACHO MATEOS, B. «Los archivos y el acceso a la información pública en España: elementos clave de la transparencia política». *ArchivPost*. Salamanca: Asociación de Archiveros de Castilla y León, 2014. <http://www.acal.es/index.php/archivpost-a-fondo>
- CANO BUESO, J. «Información parlamentaria y secretos oficiales». *Revista de las Cortes Generales*, n.º 42. 1997, pp. 7-34.
- CAPDEVILA MARTÍNEZ, C. «La transparencia en la Unión Europea», en *Cuadernos de derecho público*, n.º 26. 2005.
- CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, A. «Legislación española sobre secretos oficiales y su comparación con otras legislaciones OTAN. A propósito de wikileaks». *Diario La Ley*, núm. 7584. 2011.
- CARRILLO-LINARES, A. «Reflexiones y propuestas para una correcta interpretación de la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español. Sobre el artículo 57 y el acceso a los archivos». *Boletín de la Confederación de Asociaciones de Archiveros, Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas (ANABAD)*. LV, núm.3, Julio-Septiembre. Madrid: 2005, pp. 11-48.
- CENDEJAS JÁUREGUL, M. «Evolución histórica de derecho a la información», en *Derecho Comparado de la Información*, n.º 10. 2010.
- CONDESSO, F. *Derecho a la información: crisis del sistema político y transparencia de los poderes públicos*. Madrid: Dykinson, 2011.
- COUSIDO GONZÁLEZ, M.P. *Secretos Oficiales: comentarios a su ley y reglamento*. Ed. Bosch, 1995.
- CRiado DE DIEGO, M. (2007): *Representación, Estado y democracia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

- DESANTES FERNÁNDEZ, B. «El procedimiento de acceso desarrollado en el RD 1708/2011, de 18 de noviembre. Entre la realidad y el deseo». *Tábula. Asociación de Archiveros de Castilla y León*, núm.15. 2012.
- DESANTES FERNÁNDEZ, B. (2015): «Código de Archivos y Patrimonio Documental. Selección y Ordenación». Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Secretaría General Técnica. Subdirección de Documentación y Publicaciones. Códigos Electrónicos de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2015.
- DÍEZ-PICAZO, L.M. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2013.
- DÍEZ-PICAZO, L.M. «Sobre Secretos oficiales». Madrid: Civitas 1ª ed. reimp., 2016, 106 pp.
- EMBID IRUJO, A. «El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de sus consagraciones legislativas», en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*. Madrid: Civitas, T. I, 1993.
- ESTEVE BLASCO, A., (coord.). *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.
- FERNÁNDEZ ALLES, J.J. «Los secretos de Estado en España: jurisprudencia y teoría constitucional». *Diario La Ley*, Núms. 4762 y 4763 de 25 y 26 de marzo. 1999.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. «La transparencia administrativa en Portugal», en *Revista de Administración Pública*, n.º 163, enero-abril. 2004.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a la información ambiental*. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. «El acceso a la información en el proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*. 2013.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIO, J. M. *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. «Marco normativo de los archivos en el Estado de las autonomías». *Cartas diferentes. Revista Canaria de Patrimonio Documental*, núm. 11. 2015, pp. 17-80.



- GARCÍA HERRERA, M. A. «Estado democrático y libertad de expresión», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 65. 1982.
- GARCÍA MERCADAL Y GARCÍA LOYGORRI, F. «Archivos judiciales militares». *Boletín de la ANABAD*, 1/1995. 1995.
- GARCÍA URETA, A. M. «Derecho de acceso a los documentos», en LAGASABASTER, I., (coord.). *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*. Pamplona: Aranzadi, 2014.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. «La interpretación más favorable al derecho fundamental», en *Derecho y Constitución*, n.º 8. 1996.
- GIL HONDUVILLA, J. «La conservación de los fondos del Archivo del Tribunal Militar Territorial Segundo». *Historia Actual On Line (HAOL)*, núm.18. Invierno 2009, pp. 133-140
- GÓMEZ REINO CARNOTA, E. (1976): «El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales». *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, n.º 8. 1976, pp. 115-133.
- GRANADO HIJELMO, I. «La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos», en HINOJOSA MARTÍNEZ, E., y GONZÁLEZ-DELEITO, N. (coords.). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Sevilla: 1996.
- GUICHOT, E. *Transparencia y acceso a la información en el Derecho Europeo*. Sevilla: Global Law Press, 2010.
- GUICHOT, E. «El anteproyecto de ley de transparencia», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 30. 2012.
- GUICHOT, E. (coord.). *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos, 2014.
- HERMOSO DE MENDOZA Y BAZTAN, M.T. y otros. (1995). «Documentación clasificada custodiada en archivos militares». *Boletín de la ANABAD*, T. 55, n.º 4. VII Jornadas de Archivística Militar. 2005, p. 96.
- JIMÉNEZ PLAZA, M.I. *El derecho de acceso a la información municipal*. Madrid: Editorial Iustel, 2006.
- KEANE, J. *Democracia y sociedad civil*. Madrid: Alianza Universidad, 1992.
- KELSEN, H. *De la esencia y valor de la democracia*. Oviedo: K.R.K. Ediciones, 2006.

- LUCAS MARTÍN, J. «“Secretos de Estado”. Derechos y libertades». *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Universidad Carlos III. BOE, 1999, pp. 35-62.
- LUCAS VERDÚ, P. *La Constitución abierta y sus enemigos*. Madrid: Beramar, 1993.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M. «Las generaciones de derechos», en VV.AA., *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, 2004.
- MARTÍNEZ MARTÍN, R. «Los secretos oficiales, particularidades en el ámbito militar». *Estudios de derecho militar*, n.º 2. Madrid: Ministerio de Defensa, 2018, pp. 285-305.
- MARTÍNEZ SORIA, J. «El acceso a la información pública según la ley alemana sobre la libertad de información (*informationsfreiheitsgesetz*)», en GARCÍA MACHO, R. (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- MENDEL, T. *Freedom of information: a comparative legal survey*. United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, Unesco, 2003.
- MENDEL, T. «La libertad de información: derecho humano protegido internacionalmente», en *Derecho Comparado de la Información*, n.º 1. 2003.
- MESTRE DELGADO, J.F. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Análisis del artículo 105 b) de la Constitución*. Madrid: Cívitas, 1993.
- MORENO GONZÁLEZ, G. «El derecho de acceso a la información pública en la Ley de Transparencia: una aproximación constitucional». *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 8, marzo-agosto. 2015, pp. 93-125
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., y DE LA SIERRA MORÓN, S. (dirs.). *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- OLMEDO PALACIOS, M. «La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno». *Diario La Ley*, núm. 8237. 2014.
- PALACIOS, J.M. «Hacia la reforma de la Ley de Secretos Oficiales. Análisis GESI 24/2018». Grupo de Estudios de Seguridad Internacional. Universidad de Granada. 2018. <http://www.seguridadinternacional.es>

- PÉREZ CARRILLO, E. «El derecho de acceso a los documentos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en RUIZ MIGUEL, C. (coord.). *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- PÉREZ LUÑO, A. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1993.
- POMED SÁNCHEZ, L.A. *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*. Madrid: Civitas, 1993.
- RAMS RAMOS, L. *Derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Madrid: Editorial Reus, 2009.
- RAMS RAMOS, L. «El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 41. Iustel, 2016.
- RIAL QUINTELA, M.C. «El derecho de acceso a la información en los archivos del Ministerio de Defensa», en DE ANDRÉS DÍAZ, R. y SIERRA RODRÍGUEZ, J. (coords.). *La función de archivo y la transparencia en España*. Universidad Complutense de Madrid. Centro Superior de Estudios de Gestión, 2018, pp. 177-206.
- RODRÍGUEZ-ARANA, X. y SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia, Acceso a la información y buen gobierno*. Granada: Comares, 2014.
- RUIZ-RICO RUIZ, C. *Tendencias legales hacia la calidad democrática del sistema constitucional*. Madrid: DYKINSON ebook, 2014.
- SÁINZ MORENO, F. *Secreto e información en el derecho público. Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor García de Enterría*, vol. 2. Madrid: Civitas, 1991.
- SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución Española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- SÁNCHEZ FERRO, S. *El secreto de Estado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *El secreto de Estado. Temas Básicos de Derecho Constitucional*, tomo II. Thomson-Reuters, 2011.
- SILVIA ALICIA LÓPEZ WEHRLI Y ANTONIO CABALLERO. «El acceso a los archivos militares: un análisis práctico». *Boletín de la Asociación Española de Archiveros, Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas (ANABAD)*, tomo 49, núm. 3-4. 1999, pp. 319-341.
- SOTO LOSTAL, S. *El derecho de acceso a la información, el Estado social y el buen gobierno*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.
- SOTO LOSTAL, S.A. «Comentarios a la legislación española sobre secretos oficiales a la vista de la sentencia de la Corte de Apelaciones del

- Distrito de Columbia (EE. UU.) de 21 de mayo de 2013». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111. 2017, pp. 379-412. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.12>.
- TAJADURA TEJADA, J. «La noción de sociedad democrática avanzada en la Constitución de 1978», en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, n.º 147. 1998.
- TORRES LÓPEZ, C. «Los archivos y sus nuevas funciones». *Revista General de Marina*, marzo 2010, pp. 253-266.
- TORRES VENTOSA, J.J. «La regulación legal de los secretos oficiales». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 16. 1998, pp. 357-388.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos del público*. Madrid: Tecnos, 1995.

# **EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN Y LA IDENTIFICACIÓN POSITIVA**

**PREMIOS DE DEFENSA 2019**

**Modalidad premio José Francisco Querol y Lombardero**

Abraham Martínez Alcañiz  
*Comandante Auditor*  
*Doctor en Derecho*

## *Resumen*

En la actualidad las operaciones militares bélicas tienen lugar la mayoría de ocasiones en zonas urbanas, lo que dificulta la correcta aplicación del principio de distinción. El mecanismo idóneo para lograr la satisfacción del principio de distinción lo constituye la identificación positiva del objetivo militar, con base en el cual debe obtenerse información sobre el bien, objeto o persona que se va atacar y hacer una valoración razonable de la misma antes del ataque.

*Palabras clave:* principio de distinción, objetivos militares, identificación positiva y operación militar.

## *Abstract*

At present military war operations take place most often in urban areas, which hinders the right application of the principle of distinction. The ideal mechanism to achieve the satisfaction of the principle of distinction is the

positive identification of the military objective, based on which information must be obtained about the object or person to be attacked and make a reasonable assessment of it before the attack.

*Keywords:* Distinction principle, military objective, positive identification and military operation.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. CONFLICTOS ARMADOS ASIMÉTRICOS Y EXTENSIÓN DE LA ZONA DE COMBATE A LAS CIUDADES. 2.1. El fenómeno de la guerra asimétrica. 2.2. Las ciudades como nuevo campo de batalla. 3. EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN. 3.1. Introducción. 3.1.1. Edad moderna. 3.1.2. Edad contemporánea. 3.2. Concreción normativa del principio de distinción. 4. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN EN LOS CONFLICTOS ARMADOS. 4.1. Los objetos como objetivo militar. 4.2. Las personas como objetivo militar. 4.2.1. Conflictos armados internacionales. 4.2.1.1. El combatiente y su estatuto. 4.2.1.2. Presupuestos para ostentar la condición de combatiente. 4.2.2. Conflictos armados no internacionales. 4.2.2.1. Fuerzas armadas disidentes. 4.2.2.2. Grupos armados organizados. 4.2.3. Personas civiles que participan directamente en las hostilidades. 4.2.3.1. Concepto. 4.2.3.2. Elementos constitutivos. 4.2.3.3. Ámbito temporal de la participación directa. Problema de la teoría del *revolving door*. 5. LA IDENTIFICACIÓN POSITIVA COMO MECANISMO PARA SATISFACER EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN. 5.1. Introducción. 5.2. Concepto. 5.2.1. Certeza razonable. 5.2.1.1. Obtención de información. 5.2.1.2. Valoración de la información. 5.2.2. Objetivo militar propuesto legítimo. 5.3. Sensores para configurar la identificación positiva. 6. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

Con carácter general, y dependiendo de la doctrina de cada país, las operaciones militares se clasifican en bélicas o no bélicas, lo que implicará que principalmente la misión se halle sujeta a las normas del derecho internacional humanitario (en adelante, DIH) o al derecho internacional de los derechos humanos<sup>1</sup>. En el primer tipo de operación militar participan directamente —o cuanto menos están implicadas— las Fuerzas Armadas en un conflicto arma-

---

<sup>1</sup> Cfr. Doc. OR7-009, *Orientaciones Operaciones no bélicas*. Mando de Adiestramiento y Doctrina, Ministerio de Defensa, 2005, pp. 1-2 y 4-2, las operaciones militares se clasifican en bélicas y no bélicas. De otra parte, nuestro ordenamiento jurídico, concretamente los art. 88 y siguientes de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, distingue entre operaciones de combate, operaciones de paz y ayuda humanitaria, operaciones de seguridad y bienestar de los ciudadanos y operaciones de evacuación y rescate.

do, siendo el poder militar determinante para alcanzar el objetivo final buscado, mientras que en el segundo tipo de operación militar no lo son. La teoría anteriormente apuntada no satisface los retos de las modernas operaciones militares caracterizadas porque de un escenario de mantenimiento del orden público o *law enforcement* sin solución de continuidad se pasa a un escenario bélico, lo que comporta un cambio drástico de las normas aplicables.

Ante esta tesitura límite, las Fuerzas Armadas deben afrontar una situación de enfrentamiento armado en el seno de una operación militar que ha sido concebida y calificada como no bélica, la cual *prima facie* se rige por las normas de *law enforcement* contenidas en el derecho internacional y nacional de cada estado, siendo el principio de distinción clave en todo caso. La conducción de las hostilidades en tales contextos resulta capital, pues según nuestro ordenamiento jurídico, las Fuerzas Armadas en el cumplimiento de cualquier tipo de operación militar están sujetas, *ex art.* 106 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (en adelante ROFAS), aprobadas por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, al respeto de las normas del DIH o de los conflictos armados. Esta medida supone un avance extraordinario en la eficacia de esta rama del *ius gentium*, en consonancia con nuestra doctrina militar, la cual establece que en las operaciones de mantenimiento, conservación e imposición de la paz se respetará el derecho internacional de los conflictos armados<sup>2</sup>. Por ello, nuestras Fuerzas Armadas tienen que estar perfectamente instruidas y adiestradas en la conducción de las hostilidades y en las normas fundamentales que las integran, contenidas, a su vez, en el DIH, dado que serán de aplicación en todo tipo de operación militar cuando concurren los presupuestos adecuados para ello.

La finalidad del presente estudio consiste en exponer las dificultades que van a encontrarse nuestras Fuerzas Armadas en el respeto del principio de distinción, particularmente, en los enfrentamientos armados que tienen lugar en zonas urbanas. En este sentido, el respeto del DIH resulta incuestionable para nuestras Fuerzas Armadas, por lo que deberán operar teniendo presente estas normas, siendo conscientes de que las actuales operaciones militares son extremadamente complicadas, pues entrañan escenarios muy distintos y cambiantes, siendo una nota constante que las hostilidades y el recurso al uso de la fuerza tienen lugar en zonas urbanas densamente pobladas, a causa de la asimetría de los modernos conflictos, siendo en todo caso un elemento clave para garantizar el principio de distinción la identificación positiva del objeto o persona a atacar.

---

<sup>2</sup> Doc. OR/-004, *Orientaciones el Derecho de los Conflictos Armados*, tomo I. Mando de Adiestramiento y Doctrina, Ministerio de Defensa, 2007, pp. 1-12.

## 2. CONFLICTOS ARMADOS ASIMÉTRICOS Y EXTENSIÓN DE LA ZONA DE COMBATE A LAS CIUDADES

### 2.1. EL FENÓMENO DE LA GUERRA ASIMÉTRICA

En el pasado eran frecuentes los conflictos armados simétricos, caracterizados porque los ejércitos estaban uniformados y pertrechados para la batalla, se enfrentaban en espacios abiertos –sin poner en peligro directo a la población civil– y tenían una capacidad militar similar<sup>3</sup>. La devastación, el cuantioso número de combatientes heridos o muertos y la inherente debilitación económica que se ocasionaba a los Estados ha hecho que estas contiendas armadas disminuyan notablemente, salvo excepciones puntuales, como ha sido la guerra de las Malvinas o la última guerra contra Iraq<sup>4</sup>. Los actuales escenarios en los que participan las Fuerzas Armadas difieren mucho de lo antedicho, pues del clásico concepto de conflicto armado simétrico hemos pasado al asimétrico<sup>5</sup>.

La noción de conflicto armado asimétrico no constituye una novedad *stricto sensu*, estando presente desde tiempos inmemoriales<sup>6</sup>. Tampoco existe una definición unitaria de este concepto, aunque sí se han establecido ciertos elementos comunes, como son la existencia de desigualdades y desequilibrios entre los contendientes<sup>7</sup>. Los conflictos armados suelen ser asimétricos cuando se produce un enfrentamiento armado entre dos partes totalmente desiguales, a saber, una fuerte y otra débil, o una con una fuerza armada numerosa, bien equipada, pertrechada y entrenada y otra que no posee tales características, lo que acontece en la mayoría de los conflictos armados no internacionales. Esto implica que la asimetría tenga por finalidad hallar los medios y métodos en la conducción de las hostilidades

---

<sup>3</sup> Cfr: PFANNER, T. «Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action». *International Review of Red Cross*, vol. 87, núm. 857. 2005, p. 152.

<sup>4</sup> Cfr: JOHN HOPKINS, M. «Regulating the conduct of urban warfare: lessons from contemporary asymmetric armed conflicts». *International Review of Red Cross*, vol. 92, núm. 878. 2010, p. 470.

<sup>5</sup> CASSESE, A. «Current challenges to international humanitarian law». En CLAPHAM, A., y GAETA, P. (eds.). *Handbook of International law in armed conflict*. Oxford: University Press, 2014, p. 8.

<sup>6</sup> PFANNER, T. *Op. cit.*, p. 150; ROGERS, A.P.V. «Unequal combat and the law of war». *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 7. 2004, p. 4.

<sup>7</sup> GEISS, R., y SIEGRIST, M. «¿El conflicto armado en Afganistán ha afectado las normas relativas a la conducción de las hostilidades?». *International Review of Red Cross*, núm. 881. 2011, p. 8.



idóneos para debilitar al enemigo que ostenta un mayor poder militar y tecnológico<sup>8</sup>. La victoria militar —en el sentido clásico— ya no constituye el principal objetivo de los contendientes, sobre todo cuando se sabe que la otra parte ostenta una capacidad militar superior. Ahora el propósito capital reside en dificultar las operaciones militares del enemigo y debilitarle tanto moral como públicamente, lo que suele conseguirse a costa de menoscabar el principio de distinción, pues los combatientes o guerrilleros muchas veces no portan uniformes ni llevan signos distintivos para distinguirse de la población civil, utilizan bienes civiles para lanzar sus ataques, emplean escudos humanos para evitar que sean atacados y ocultan objetivos militares entre bienes civiles<sup>9</sup>.

Además, se prescinde constantemente de un enfrentamiento armado directo y, en el caso de que se produzca, normalmente, tiene lugar en zonas urbanizadas densamente pobladas, siendo la población civil un elemento más de apoyo a los grupos armados, obteniendo estos inteligencia para sus escaramuzas y emboscadas, tácticas propias de la denominada guerra de guerrilla y de la técnica de golpear y correr —*hit and run*—<sup>10</sup>. Esto supone una ventaja militar para los grupos armados y serias dificultades para las Fuerzas Armadas, situando a los soldados que combaten en una atmósfera de extraordinaria tensión, incertidumbre y confusión, ya que sobre ellos recae la responsabilidad de distinguir al combatiente, guerrillero o persona que participa directamente en las hostilidades, de la persona civil, todo ello en un mínimo y escaso periodo de tiempo que delimita la vida de la muerte, lo justo de lo injusto y, en definitiva, una posible actuación criminal de una que no lo sea.

En este orden de ideas, las principales características de los modernos conflictos armados pueden resumirse en lo siguiente:

- El enfrentamiento armado suele tener lugar entre Fuerzas Armadas y actores armados no estatales, lo que supone *prima facie* que nos hallemos ante contiendas armadas no internacionales, al no concurrir una lucha armada entre Estados, salvo que dicho grupo esté controlado por un tercer Estado, en cuyo caso podríamos encontrarnos ante un conflicto armado internacionalizado<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> PFANNER, T. *Op. cit.*, p. 151.

<sup>9</sup> *Cfr.*: JOHN HOPKINS, M. *Op. cit.*, p. 477; *cfr.*: WOLF HEINTSCHEL VON HEINEGG, «Asymmetric warfare: how to respond?». *International Law Studies*, vol. 87. 2011, p. 471.

<sup>10</sup> ROGERS, A.P.V. «Unequal combat...». *Op. cit.*, p. 5.

<sup>11</sup> *Cfr.*: AKANDE, D. «Classification of armed conflicts: relevant legal concepts». En WILMSHURST, E. (ed.). *International Law and the classification of concepts*. Oxford: Uni-

- El empleo de tácticas de guerrilla por los actores no estatales resulta habitual, siendo su uso legítimo siempre que se respete el derecho internacional de los conflictos armados<sup>12</sup>. Ahora bien, la evolución de estas tácticas de guerrilla han deparado situaciones complejas de abordar desde un prisma netamente jurídico, como los ataques suicidas, el empleo de artefactos explosivos improvisados y la comisión de actos de terror contra la población civil como métodos para disminuir la moral de las Fuerzas Armadas y obtener una ventaja militar<sup>13</sup>.
- La victoria militar ya no reside únicamente en las capacidades militares de las partes contendientes, sino en el grado de respeto del DIH y de los derechos humanos, pues su vulneración repercute negativamente en el objetivo final. La globalización y los medios de comunicación existentes hace que todo resulte conocido y difundido en el instante, sin un previo estudio riguroso del suceso<sup>14</sup>. La población civil debe percibir que las Fuerzas Armadas respetan sus bienes y sus derechos, de lo contrario, ningún apoyo se obtendrá de ellos, redundando esto negativamente en los objetivos marcados. En suma, el respeto del DIH propiciará la consecución de los objetivos marcados en la operación, mientras que su violación incidirá negativamente, ocasionando además dificultades de naturaleza política, humanitaria y diplomática.
- Muchos de los grupos armados organizados para compensar su menor capacidad militar vulneran el principio de distinción<sup>15</sup>, a fin de obtener cierta ventaja militar, todo ello mediante el uso de escudos humanos, perfidia, colocación de objetivos militares en bienes civiles y ataques indiscriminados, como ha quedado

---

versity Press, 2012, p. 57 y ss.; Sentencia de la Corte Penal Internacional (Sala de Primera Instancia), de 14 de marzo de 2012, *Prosecutor v. Thomas Lubanga*, pára. 541.

<sup>12</sup> Cfr: NURICK, L y BARRET, R.W. «Legality of guerrilla forces under the laws of war». *American Journal of International Law*, vol. 40, núm. 3. 1946, pp. 563 y ss.; WOLF HEINTSCHEL VON HEINEGG. Op. cit., p. 466.

<sup>13</sup> Cfr: HAINES, S. «The nature of war». WILMSHURST, E. (ed.). *International Law and the classification of concepts*. Oxford: University Press, 2012, p. 22, sostiene que el empleo de actos de terror por los grupos armados significa que sus tácticas de combate no tienen éxito, de ahí que recurran a estos métodos de combate criminales.

<sup>14</sup> Cfr: MONTALVO, E.D. «When did imminent stop meaning immediate? Ius in bello hostile intent, imminence and self-defense in counterinsurgency». *The Army Lawyer*, 27-50-483. 2013, p. 25.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 24.

constatado en los recientes conflictos armados de Afganistán<sup>16</sup>, Iraq<sup>17</sup> o Gaza<sup>18</sup>.

## 2.2. LAS CIUDADES COMO NUEVO CAMPO DE BATALLA

La primera guerra mundial se caracterizó principalmente por ser una guerra de trincheras –acaeciendo las hostilidades normalmente lejos de los centros urbanos– mientras que la segunda guerra mundial, a causa de su consideración de *guerra total*, implicó que las ciudades fueran un objetivo militar, lo que comportó constantes bombardeos sobre las mismas<sup>19</sup>. Los modernos conflictos armados se desarrollan prácticamente en su totalidad en centros urbanos densamente poblados, adquiriendo la ciudad una notable relevancia estratégica en términos políticos y militares. Los conflictos armados acaecidos en el Líbano (2006), Gaza (2009), Chechenia (2000), Afganistán (2001), Iraq (2003) o Siria (2012) son una muestra de lo antedicho. De esta manera los grupos armados albergan mayores posibilidades de obtener algún rédito militar contra un enemigo mejor armado, pertrechado, entrenado y con una mayor capacidad tecnológica. Pero, además, se pretende obtener réditos políticos, ya que mediante el empleo de métodos de combate asimétricos, e incluso ilícitos, se busca provocar en las Fuerzas Armadas una reacción desproporcionada con el objeto de conseguir el reconocimiento internacional de su causa y la simpatía de los medios de comunicación<sup>20</sup>.

El desarrollo, evolución y crecimiento que han sufrido las ciudades a lo largo del siglo XXI resulta innegable. Si en el año 1950 dos tercios de la población residía en zonas rurales, para el año 2050 se prevé que dos tercios de la población resida en zonas urbanas. Los grupos armados organizados aprovechan las ventajas tácticas que ofrece la ciudad como campo de batalla, pues un enfrentamiento armado en este espacio resulta costoso

<sup>16</sup> GEISS, R., y SIEGRIST, M. *Op. cit.*, pp. 7 y ss.

<sup>17</sup> «Human Rights Watch». *Off Target The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq*. 2003, p. 66.

<sup>18</sup> Cfr: The State of Israel, *The operation in Gaza, 27 December 2008 – 18 January 2009, factual and legal aspects*. 2009, pp. 52 y ss.; cfr: A/HRC/12/48, 25 September 2009. *Human rights in Palestine and other occupied Arab territories*. Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, p. 218.

<sup>19</sup> Cfr: VAUTRAVERS, A. «Military operations in urban areas». *International Review of Red Cross*, vol. 92, núm. 878. 2010, p. 438.

<sup>20</sup> ROGERS, A.P.V. «Unequal combat...». *Op. cit.*, p. 5; WOLF HEINTSCHEL VON HEINEGG. *Op. cit.*, p. 470.

y entraña cuantiosas bajas para las Fuerzas Armadas. La topografía de la ciudad, con múltiples edificios, bodegas, sótanos, alcantarillado, construcciones resistentes, escuelas, hospitales o edificios militares, supone *per se* una ventaja militar para quien se aprovecha de estas estructuras, constituyendo perfectos parapetos para mantener una defensa con pocos efectivos, ubicar tiradores de precisión o colocar artefactos explosivos improvisados. A título de ejemplo se estima que un grupo armado de unas 1.000 personas puede defender y hostigar una ciudad de 100.000 habitantes, siendo necesario unos 5.000 efectivos de las Fuerzas Armadas para recuperar la ciudad con éxito<sup>21</sup>. Con este dato se demuestra que unos pocos efectivos pueden hacer frente a toda una fuerza regular utilizando como campo de batalla la ciudad, sobre todo las estructuras de la misma.

Llegados a este punto, no podemos olvidarnos de la población civil que no ha podido abandonar la ciudad, lo que complica –si cabe más– la conducción de las hostilidades, pues debe distinguirse en todo momento al combatiente o guerrillero de la persona civil que no participa directamente en las hostilidades, tarea harto compleja para el soldado que se halla inmerso en una situación de devastación y peligro inminente y constante. Por otro lado, la situación o colocación de objetivos militares en bienes civiles o en sus proximidades determinará un análisis profundo de los métodos y medios de combate que se pretenden utilizar, y si resulta de conformidad a derecho un ataque sobre los mismos. Así pues, si las Fuerzas Armadas quieren desenvolverse correctamente en este nuevo campo de batalla su adiestramiento e instrucción sobre la conducción de las hostilidades resulta esencial, mereciendo una especial consideración el principio de distinción, el cual se satisface con base en el concepto de identificación positiva<sup>22</sup>.

Por último, en las batallas que han tenido lugar recientemente en zonas urbanas, como son la de Mosul (Iraq), Al Raqqa o Aleppo (Siria), se aprecia que la devastación de la urbe ha alcanzado una connotación mayúscula. Las ciudades han quedado literalmente laminadas, destruyéndose sus estructuras básicas y reduciendo su calidad de vida a un umbral paupérrimo. Esta devastación tiene lugar en muchos casos por el uso indebido de los bienes civiles y por la utilización de armas explosivas convencionales de gran potencia capaces de causar estragos. Lo aconsejable, a fin de no destruirse la habitabilidad de la ciudad, sería que los medios de combate utilizados fuesen adecuados al fin que se pretende obtener,

---

<sup>21</sup> VAUTRAVERS, A. *Op. cit.*, p. 441.

<sup>22</sup> MERRIAM, J.J. «Affirmative target identification: operationalizing the principle of distinction for U.S. warfighters». *Virginia Journal of International Law*, vol. 56, núm. 1. 2016, p. 85.

es decir, si queremos abatir al enemigo que se halla en un piso de un bloque de viviendas con carácter general no resulta indispensable destruir el bloque en su integridad, pudiendo recurrirse a un ataque preciso y proporcionado. Ahora bien, muchas veces los ejércitos no disponen de los medios de combate oportunos para efectuar un ataque preciso, utilizando en su defecto el armamento disponible a su alcance. En estos casos, deben procurar poner a la población civil a salvo del ataque, bien mediante treguas, alertas o avisos. Un claro ejemplo de lo anterior lo encontramos en la batalla de Gaza, donde el ejército israelí antes del ataque procedía a avisar a la población civil mediante mensajes telefónicos y panfletos<sup>23</sup>.

### 3. EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

#### 3.1. ANTECEDENTES

##### 3.1.1. Edad moderna

La mayoría de las obras concernientes al derecho internacional humanitario son de origen anglosajón –aunque cada vez hay más excepciones, habiendo proliferado su difusión en el ámbito lingüístico castellano con obras de gran prestigio<sup>24</sup>–. Lo anterior ha supuesto que muchos autores consideren a Hugo Grocio como el pionero en la investigación y desarrollo de esta rama del *ius gentium*<sup>25</sup>. Siendo conscientes de que el derecho en la guerra o *ius in bello* resulta tan viejo y pretérito como la guerra misma, hallándose sus raíces en tiempos inmemoriales<sup>26</sup>, consideramos, haciendo

---

<sup>23</sup> The State of Israel. *The operation in Gaza, 27 December 2008 – 18 January 2009, factual and legal aspects*. 2009, p. 3.

<sup>24</sup> A modo de ejemplo, basta con citar entre ellas las siguientes, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coords.). *Derecho internacional humanitario*, 3.ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017; JORGE URBINA, J. *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000; FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J.L. *El derecho de los conflictos armados. De iure belli*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2001; PIGNATELLI Y MECA, F. *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2003.

<sup>25</sup> GREENWOOD, C. «Historical development and legal basis». En FLECK, D. (ed.). *The Handbook of International humanitarian law*. Oxford: University Press, 2008, p. 19.

<sup>26</sup> Cfr. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «Fuentes del derecho internacional humanitario». En RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coords.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 56; GREEN, L.C. *The contemporary law of armed conflict*. Manchester: University Press, 2008, pp. 26 y ss.

una defensa de nuestra cultura, que los principios inspiradores del DIH tuvieron su manifestación con Francisco de Vitoria, quien plasmó por escrito –allá en el año 1538– ciertas ideas fundamentales concernientes a la conducción de las hostilidades, las cuales, de una manera u otra, han permanecido inalterables<sup>27</sup>, antes incluso de la magna obra de Hugo Grocio. En cualquier caso, la iniciativa de Francisco de Vitoria tiene su fundamento en cuestiones religiosas, pues su propósito era limitar los horrores y atrocidades de la guerra al mínimo indispensable, todo ello ungido de dogmas cristianos del momento.

Dicho esto, Francisco de Vitoria aborda el principio de distinción en su obra cuando se pregunta si *¿es lícito en la guerra matar a los inocentes?*, ofreciendo una respuesta clarificadora al respecto, «nunca es lícito en la guerra matar deliberadamente a los inocentes, ni castigar a los inocentes por los delitos de los malos ni desde luego es lícito castigar a los inocentes que viven entre los malos»<sup>28</sup>. Esta contestación tan sencilla y, a la vez, tan repleta de contenido, constituye el germen del principio de distinción que posteriormente ha cristalizado en normas internacionales.

### 3.1.2. Edad contemporánea

El principio de distinción fue configurado primeramente en normas domésticas y posteriormente en normas convencionales, cuya finalidad no era otra que regular el *ius in bello*. Desde el prisma del derecho nacional, todo estudio concerniente al DIH no puede desconocer la esencial contribución que supuso la Orden núm. 100, sobre Instrucciones para la conducción de los ejércitos de los Estados Unidos en campaña, promulgada por el presidente Abraham Lincoln, el 24 de abril de 1863, con motivo de la guerra de la secesión, obra suscrita por el jurista Francis Lieber, dando así origen a su denominación como *Código Lieber*<sup>29</sup>. Este Código entraña la plasmación

<sup>27</sup> Cfr. JORGE URBINA, J. *Op. cit.*, p. 43; GREENWOOD, C. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>28</sup> DE VITORIA, Fco. *Relecciones sobre los indios y el derecho de la guerra* (1538). Madrid: Espasa-Calpe, 1975, p. 132.

<sup>29</sup> Debe significarse que el profesor Francis Lieber tenía un profundo conocimiento de la guerra, toda vez que participó en la batalla de Waterloo contra Napoleón y en la guerra de independencia de Grecia, cfr. CARNAHAN, B.M. «Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity». *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 2. 1998, p. 214; cfr. KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L. *Restricciones en la conducción de la guerra*. Buenos Aires: CICR, 2005, p. 21; OPPENHEIM, L. *Tratado de Derecho internacional público*. Tomo II, vol. I, a cargo de LAUTERPACHT, H. Barcelona: Bosch, 1966, p. 234.

por escrito de ciertas reglas que deben observar y cumplir los combatientes durante las hostilidades, todo ello inspirado en criterios básicos de humanidad, siendo su propósito el limitar la violencia inherente en toda guerra. Por primera vez se especifica qué debe entenderse por necesidad militar, regulándose posteriormente con base en tal definición el principio de distinción y la evitación de causar grandes sufrimientos<sup>30</sup>. Estas ideas y principios inspiraron la celebración de tratados internacionales, así como la aprobación de normas nacionales<sup>31</sup>, tal y como sucedió en España con el Reglamento para el servicio de campaña del Ejército de 1882. Así, en la Declaración de San Petersburgo de 1868 para la prohibición de la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra, se vislumbra el embrionario principio de distinción cuando se dispone que «la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo»<sup>32</sup>. Igualmente, tanto la Conferencia de Bruselas del año 1874 como el Manual de Oxford de 1880 –aprobado por el Instituto de Derecho Internacional– supusieron un aporte innegable para el *ius in bello*, convirtiéndose en los cimientos y andamiaje de los Convenios de la Haya de 1899 y 1907<sup>33</sup>, particularmente, el II Convenio de 29 de julio de 1899 que contiene un Reglamento anejo concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, el cual ha supuesto la cristalización a nivel internacional de ciertos principios que deben estar presentes en la conducción de las hostilidades<sup>34</sup>. Sea como fuere, la importancia del denominado derecho de la Haya queda fuera de toda duda actualmente, ya que sus normas forman parte del derecho consuetudinario, como así lo significó el Tribunal Militar

<sup>30</sup> El art. 14 del *Código Lieber* establece que toda acción militar debe ser indispensable para la consecución de los fines de la guerra y que son legítimas de conformidad con el derecho moderno y los usos de la guerra; de otra parte, el art 16 del *Código Lieber* configura las bases del principio de evitar grandes sufrimientos, al estipular que la necesidad militar no admite la crueldad, es decir, la causación de sufrimientos por motivos de venganza u otros, ni la mutilación o causación de heridas excepto en combate, ni siquiera la tortura para obtener una confesión; por último, el principio de distinción parece deducirse de los art. 22 y 25 del *Código Lieber*, en donde se dice que los ciudadanos desarmados deben ser respetados en su persona, propiedades y honor, en cuanto las exigencias de la guerra lo permitan, y que la protección de los ciudadanos indefensos del país enemigo constituye la regla general, *cfr.* CARNAHAN, B.M. *Op. cit.*, pp. 215 y ss.

<sup>31</sup> KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>32</sup> *Cfr.* PÉREZ GONZÁLEZ, M. «El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto». En RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coords.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 36, *cfr.* KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>33</sup> *Cfr.* GREEN, L.C. *Op. cit.*, p. 39 y ss.

<sup>34</sup> KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L. *Op. cit.*, p. 24; GREEN, L.C. *Op. cit.*, p. 41. Este Convenio fue enmendado posteriormente por el IV Convenio de la Haya de 1907, cuyo contenido resulta prácticamente idéntico al anterior.

Internacional de Núremberg en su sentencia de 1 de octubre de 1946<sup>35</sup>. Dicho esto, en el derecho de la Haya no se reconoce expresamente el principio de distinción. Si bien es cierto que el art. 46 del II Convenio de la Haya de 1899 protege el honor y la vida de los individuos, no resulta menos cierto que esta norma se halla encuadrada en la sección 3.<sup>a</sup> relativa a «la autoridad militar sobre el territorio del Estado enemigo» y no en la sección 2.<sup>a</sup> concerniente a las «hostilidades», por lo que su finalidad es proteger a la persona en relación a aquellas actuaciones cuyo origen proviene de una ocupación militar, encontrándonos, pues, más próximos al concepto de *law enforcement* que al propio de la conducción de las hostilidades<sup>36</sup>.

### 3.2. CONCRECIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

Este principio fundamental constituye la piedra angular sobre la que se vertebran diversas normas imperativas del *ius in bello*. No en vano, la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o empleo de armas nucleares, manifestó que el principio de distinción era uno de los principios cardinales del DIH, constituyendo un principio intrasgredible de conformidad con el derecho consuetudinario<sup>37</sup>. Aunque este principio era reconocido por algunos Estados en su ordenamiento jurídico, en sede internacional no sucedía lo mismo, pues expresamente no había norma convencional alguna que lo regulase<sup>38</sup>. La Asamblea General de Naciones Unidas

---

<sup>35</sup> «Nuremberg Judgment». *American Journal of International Law*, vol. 41, núm. 1. 1947, pp. 248 y 249; GREEN, L.C. *Op. cit.*, p. 42; KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L. *Op. cit.*, p. 28; ROUSSEAU, C. *Derecho internacional público*. Barcelona: Ariel, 1966, p. 546; OPPENHEIM, L. *Op. cit.*, p. 235.

<sup>36</sup> Cfr. MELZER, N. «Conceptual distinction and overlaps between law enforcement and the conduct of hostilities». En GILL, T.D., y FLECK, D. (ed.). *The handbook of the international law of military operations*. Oxford: University Press, 2010, pp. 34 y ss., para este autor el concepto de *law enforcement* comprende «todas aquellas medidas territoriales y extraterritoriales adoptadas por un estado u otras entidades colectivas cuyo fin es mantener y restaurar el orden público». Por ello, muchas de las medidas adoptadas por la autoridad militar durante una ocupación militar pertenecerán al ámbito del *law enforcement* más que a la conducción de las hostilidades, pues entre las finalidades de la ocupación militar se halla el mantenimiento del orden público de los territorios ocupados, *ex art.* 43 del II Convenio de la Haya.

<sup>37</sup> Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 8 de julio de 1996, *sobre la licitud de la amenaza o empleo de armas nucleares*, párr. 78.

<sup>38</sup> DOMENECH OMEDAS, J.L. «Acciones hostiles y objetivos militares. Los principios de igualdad, distinción, precaución y proporcionalidad». En RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coords.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant



en su Resolución 2444 (XXIII), de 19 de diciembre de 1968, sobre el «Respeto de los derechos humanos en los conflictos armados», propugna el reconocimiento del referido principio, manifestando que «en todo momento ha de distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos últimos». Esta resolución se nos antoja calificarla como capital, pues gracias a ella se produce la convergencia del denominado derecho de la Haya –tendente a la conducción de las hostilidades– y del derecho de Ginebra –tendente a la protección de las víctimas en la guerra–, dado que para proteger mejor a las víctimas en la guerra era necesario limitar la conducción de las hostilidades y tener presente una importante aportación de los derechos humanos<sup>39</sup>. Así se llegó a la aprobación del Protocolo Adicional I de 1977 que codifica expresamente en el art. 48 del PAI<sup>40</sup>, y bajo la rúbrica de «norma fundamental», el principio de distinción, estableciendo lo siguiente:

«A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares».

En primer término, conviene dedicar unas breves palabras a la ubicación conferida al meritado art. 48 del PAI en dicho instrumento internacional. Este precepto está incardinado en el título IV «población civil», sección 1.<sup>a</sup> «protección general contra los efectos de las hostilidades», capítulo I «norma fundamental y ámbito de aplicación», llevando por enunciado «norma fundamental». Así pues, con base en una interpretación sistemática el principio de distinción constituye la regla cardinal sobre la que se vertebra la protección a la población y bienes civiles durante la conducción de las hostilidades, emanando a colación de la misma otra serie de conceptos básicos, tales como la prohibición de los ataques indiscriminados, la observancia de las medidas de precaución que deben observarse durante las operaciones militares y el principio de proporcionalidad.

---

Lo Blanch, 2017, p. 361; SOLIS, G. *The law of armed conflict*. Cambridge: University Press, 2012, p. 252.

<sup>39</sup> KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L. *Op. cit.*, pp. 36 y ss.; RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. «Fuentes del...». *Op. cit.*, p. 57.

<sup>40</sup> JORGE URBINA, J. *Op. cit.*, p. 144.

En segundo término, resulta oportuno significar los siguientes aspectos relevantes:

- El principio de distinción ostenta el papel de norma fundamental durante la conducción de las hostilidades, rigiéndose las actuaciones de *law enforcement* –encaminadas a asegurar el mantenimiento del orden público–, por otros parámetros distintos, sin perjuicio de la influencia que puede operar este principio fundamental.
- El principio de distinción se aplica en el desarrollo de las operaciones militares, ya que el término «operaciones» empleado en el art. 48 del PAI debe ser interpretado específicamente, en el sentido de incluir aquellas operaciones militares en las que se va a hacer un uso de la fuerza o violencia armada, quedando, pues, al margen campañas ideológicas, políticas, religiosas o de otra naturaleza<sup>41</sup>. Esta afirmación se justifica toda vez que en el art. 51 y 57 del PAI –preceptos íntimamente relacionados con el principio de distinción– sí se utiliza expresamente el término *operación militar*.
- Los términos de respeto y protección constituyen ejes centrales de la norma fundamental, dado que el primero conlleva que las partes eviten ataques sobre personas y bienes civiles y el segundo comporta una actuación positiva de las partes para garantizar la salvaguarda de tales personas y bienes civiles<sup>42</sup>.

En tercer término, la esencia de este principio radica en garantizar el respeto y protección de la población y bienes civiles, los cuales *prima facie* no pueden ser atacados, al gozar de inmunidad, de ahí que deba distinguirse en todo momento entre objetivo militar y bien civil, y entre combatiente, guerrillero y persona que participa directamente en las hostilidades del que no lo es. Evidentemente, la inmunidad antedicha no resulta absoluta, toda vez que si los bienes civiles son usados para obtener una ventaja militar o contribuir a la acción militar pierden su inmunidad, pudiendo en consecuencia ser atacados, significándose un tanto de lo mismo respecto de las personas que participan directamente en las hostilidades. Sea como fuere, este principio impone obligaciones para todas las partes, por lo que quienes controlen partes del territorio

---

<sup>41</sup> Cfr. SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., y ZIMMERMANN, B. *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions*. Geneva: Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pára. 1875.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pára. 1872.

tienen que garantizar su respeto y protección<sup>43</sup>, consiguiéndose esto, básicamente, mediante la distinción, evitando situar objetivos militares en zonas densamente pobladas y alejando a las personas civiles de la zona de operaciones de combate, *ex art.* 58 del PAI.

En cuarto término, todo militar que va a efectuar un ataque debe tener como propósito constante el exacto cumplimiento de este principio, es decir, tiene que distinguir en toda circunstancia al enemigo de quien no lo es, y lo que se puede atacar de lo que no, aun sabiendo que existen múltiples situaciones en las que se dificulta mucho esta labor, pues el enemigo tiende a no diferenciarse de la población civil, dándose incluso instrucciones al respecto para ello, como sucedió con el régimen Talibán en Afganistán<sup>44</sup>. Dada la naturaleza consuetudinaria de este principio fundamental, actualmente no hay dudas de su aplicación a los conflictos armados no internacionales, a pesar de que el Protocolo Adicional II, de 8 de junio de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (en adelante, PAII), no lo codifica expresamente<sup>45</sup>.

De otra parte, la necesidad militar no puede constituir una excusa para no cumplir con el principio de distinción, aun a pesar del incumplimiento del enemigo de este principio, pues la prohibición de atacar a la población civil, *ex art.* 51.2 del PAI, resulta absoluta. En un primer momento, el Tribunal Internacional Penal de la antigua Yugoslavia, en el «caso Kordic», manifestó que la prohibición de atacar a la población civil imperaba en toda circunstancia salvo por necesidades militares. Sin embargo, afortunadamente, este criterio ha sido corregido posteriormente en el «caso Galic», recordándose que no hay excepción alguna a esta prohibición, ni siquiera por necesidades militares<sup>46</sup>. Conviene reseñar que la Corte Penal Internacional –como

---

<sup>43</sup> BOTHE, M., PARTSCH, K.J., y SOLF., W.A. *New rules for victims of armed conflict*. London: Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 284.

<sup>44</sup> *Cfr.* MUHAMMAD, M. «The Layha for the mujahidden: an analysis of the code of conduct for the Taliban fighters under Islamic law». *International Review of the Red Cross*, vol. 93, núm. 881, 2011, pp. 81 y ss., al respecto los talibanes dieron las siguientes instrucciones a sus guerrilleros: «Mujahids should adapt their physical appearance such as hairstyle, clothes, and shoes in the frame of Sharia and according to the common people of the area (...) it will allow Mujahids to move easily in different directions».

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia (en adelante, TIPY) (Sala de Primera Instancia), de 5 de diciembre de 2003, *Prosecutor v. Galic*, párr. 43; Sentencia del TIPY (Sala de Primera Instancia), de 31 de enero de 2005, *Prosecutor v. Strugar*, párr. 223; SOLIS, G. *Op. cit.*, p. 253; HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD-BECK, L. *El derecho internacional humanitario consuetudinario, vol. I*. Buenos Aires: CICR, 2007, pp. 5 y 8; SIVAKUMARAN, S. *The law of non-international armed conflict*. Oxford: University Press, 2012, pp. 337 y 339.

<sup>46</sup> Sentencia del TIPY (Sala de Primera Instancia), de 5 de diciembre de 2003, *Prosecutor v. Galic*, párr. 44.

no podía ser de otra manera—, ha seguido este último criterio en el «caso Katanga»<sup>47</sup>. La única excepción a la prohibición de atacar a la población civil acontece cuando las personas participan directamente en las hostilidades, pues en estas especiales circunstancias pierden su inmunidad, *ex art.* 51.3 del PAI y *art.* 13.3 del PAII<sup>48</sup>.

Por último, en caso de duda acerca de si una persona es combatiente/ guerrillero o si un bien civil se utiliza con fines militares se presumirá que es civil, *ex art.* 50.1 y 52.3 del PAI. Esto significa que el atacante deberá hallar alguna evidencia que acredite la naturaleza de combatiente o guerrillero de la persona que pretende atacar, o que el bien civil contribuye a la acción militar recayendo, en definitiva, el *onus probandi* en el atacante. En cualquier caso, lo relevante es que la identificación positiva se efectúe con base en evidencias que denoten una conducta hostil, no siendo suficientes evidencias relacionadas con el aspecto o apariencia física<sup>49</sup>. Lo anterior se justifica porque las personas civiles no están obligadas a distinguirse del combatiente o guerrillero, ni tienen que llevar tarjeta de identidad alguna u otro signo que les diferencie, de ahí que el atacante tenga que acreditar la condición de combatiente o guerrillero si quiere atacar<sup>50</sup>.

#### 4. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

##### 4.1. LOS OBJETOS COMO OBJETIVO MILITAR

El concepto de objetivo militar se halla íntimamente vinculado con el principio de distinción, pues los ataques solo pueden dirigirse contra aque-

---

<sup>47</sup> Sentencia de la Corte Penal Internacional (Sala de Primera Instancia), de 7 de marzo de 2014, *Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, párr. 800.

<sup>48</sup> HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, pp. 22 y ss., estos autores consideran como norma consuetudinaria, la siguiente: «las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación», *cfr.* DINSTEIN, Y. *Non international armed conflicts in international law*. Cambridge: University Press, 2014, p. 59; Sentencia de la Corte Penal Internacional (Sala de Primera Instancia), de 7 de marzo de 2014, *Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, párr. 790.

<sup>49</sup> MONTALVO, E.D. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>50</sup> GASSER, H.P., «Protection of the civilian population». *The Handbook of International humanitarian law*. En FLECK, D. (ed.). Oxford: University Press, 2008, p. 239.

llos objetos o personas que sean consideradas como objetivos militares<sup>51</sup>. La redacción del art. 48 del PAI entraña cierta confusión, esto se debe a que el principio de distinción se configura oponiendo los bienes civiles a los objetivos militares, quedando al margen la población civil, la cual se contrapone a los combatientes, de suerte que puede hacernos pensar que solamente los objetivos militares en *stricto sensu* en relación a los objetos —expresamente definidos en el art. 52.2 del PAI— pueden ser atacados. Evidentemente, este aserto carece de toda lógica, debiendo efectuarse una interpretación *in extenso* de la norma, en el sentido de que los objetivos militares abarcan también a los combatientes, guerrilleros y personas que participan directamente en las hostilidades<sup>52</sup>.

Durante mucho tiempo la comunidad internacional no consideró necesario definir el término «objetivo militar», al entender que la guerra se llevaba a cabo entre las fuerzas armadas de las partes beligerantes, quedando al margen, pues, el resto de personas y bienes que no estaban integrados en las mismas<sup>53</sup>. No obstante, en el art. 2 del Convenio IX de la Haya de 1907 relativo al bombardeo por medio de fuerzas navales en tiempo de guerra, se contiene una enumeración de ciertos bienes que pueden ser atacados por las fuerzas navales<sup>54</sup>. Sin embargo, tras la experiencia de la primera guerra mundial se promulgaron las Reglas de la guerra aérea de 1923, en cuyo art. 24 se establece una definición de objetivo militar, así como una lista enumerándolos<sup>55</sup>. La intención de enumerar taxativamente

---

<sup>51</sup> FENRICK, W. «Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense». *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 7, 1997, p. 541; *cfr.* HOLLAND, J. «Military objective and collateral damage: their relationship and dynamics». *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 7, 2004, p. 39.

<sup>52</sup> Sentencia del TIPY (Sala de Primera Instancia), de 5 de diciembre de 2003, *Prosecutor v. Galic*, IT-98-29-T, párr. 48; BOTHE, M., *et al.* *Op. cit.*, p. 285; ROGERS, A.P.V. *Law on the battlefield*. Manchester: University Press, 2004, p. 63; OETER, S. «Methods and means of combat». En FLECK, D. (ed.). *The Handbook of International humanitarian law*. Oxford: University Press, 2008, p. 177; FENRICK, W. *Op. cit.*, p. 543; HOLLAND, J. *Op. cit.*, p. 40; JORGE URBINA, J. *Op. cit.*, p. 173; FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J.L. *El derecho de los conflictos armados. De iure belli*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2001, p. 482.

<sup>53</sup> ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 59; SANDOZ, Y., *et al.* *Op. cit.*, párr. 2017.

<sup>54</sup> Los bienes enumerados son los siguientes: obras militares, establecimientos militares o navales, depósitos de armas o de material de guerra, talleres e instalaciones aptos para ser utilizados para las necesidades de la escuadra o del ejército enemigo y los buques de guerra que se hallen en el puerto, lo que significa que estos bienes son considerados tácitamente objetivos militares.

<sup>55</sup> El art. 24 de las Reglas de la guerra aérea dispone: «1) El bombardeo aéreo solo es legítimo cuando va dirigido contra un objetivo militar, es decir, un objetivo cuya destrucción, total o parcial, sea, para el beligerante, un neta ventaja militar. 2) Tal bombardeo solo es legítimo cuando va exclusivamente dirigido hacia los objetivos siguientes: fuerzas militares; obras militares; establecimientos o depósitos militares; fábricas que sean centros

estos bienes y objetos merece un elogio notable, pero se constató durante la primera guerra mundial que dicha lista no era exacta, y mucho menos completa, al atacarse instalaciones de petróleo, hierro y acero, no estando incluidas en la misma, lo que denota *per se* una evolución del concepto de objetivo militar para los Estados, quienes lo interpretaron ampliamente en los conflictos armados posteriores<sup>56</sup>. En cualquier caso, las referidas reglas de la guerra aérea no han entrado nunca en vigor, pues no han sido ratificadas por los Estados. Aun así, al concluir la segunda guerra mundial fueron consideradas como una manifestación de la costumbre internacional, aspecto que actualmente resulta indiscutible<sup>57</sup>. Igualmente, el Comité Internacional de la Cruz Roja en el año 1956 elaboró una definición de objetivo militar anexando una lista de aquellos bienes u objetos que podían ser considerados como tales<sup>58</sup>. De otra parte, algunos autores han enumerado –tras un estudio detallado de los ataques producidos durante la segunda guerra mundial– aquellos objetos o bienes que pueden ser atacados, al ser considerados objetivos militares<sup>59</sup>.

En los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 no se define el término objetivo militar, aunque sí se hace alusión al mismo, *ex art.* 19 del I Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, e indirectamente en el art. 50 del III Convenio de Ginebra, relativo al trato de los prisioneros de guerra, cuando se establecen diversos ejemplos de lo que constituye un objetivo militar, disponiendo que los prisioneros de guerra no podrán ser obligados a trabajar en industrias metalúrgicas, mecánicas y químicas, de obras públicas

---

importantes y bien conocidos dedicados a la fabricación de armas, municiones o pertrechos claramente militares; líneas de comunicación o de transportes utilizadas con finalidad militar».

<sup>56</sup> Cfr. ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 61; cfr. SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 2000.

<sup>57</sup> SCHMITT, N. «Air warfare». En CLAPHAM, A., y GAETA, P. (eds.). *Handbook of International law in armed conflict*. Oxford: University Press, 2014, pp. 122 y 123; ROBERTSON, H.B. «The principle of military objective in the law of armed conflict». *International Law Studies*, vol. 72. 1997, p. 199.

<sup>58</sup> Cfr. Article 7 Draft Rules for the Limitation of Dangers incurred by the Civilian Population in Time of War, Article 7.

<sup>59</sup> PARKS, W.H. «Air war and the law of war». *Air Force Law Review*, núm. 1, vol. 32. 1990, p. 55, quien enumera como objetivos militares los siguientes: equipamientos militares, unidades y bases; objetivos económicos; fuentes de energía (carbón, petróleo, electricidad, hidroeléctrica); industrias que apoyan el esfuerzo bélico tanto de exportación como importación o manufacturación; transportes de equipamiento, líneas de comunicación y petróleo, gasolina y otros lubricantes necesarios para el transporte; áreas geográficas; personas y militares que toman parte en las hostilidades, incluidos civiles que trabajan en industrias directamente relacionadas con el esfuerzo bélico.

y de edificación de carácter militar o con destino militar, ya que debe preservarse su integridad, y el mero hecho de trabajar en estas instalaciones los pone en riesgo. También, en el art. 8 del Convenio de la Haya de 1954, sobre protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, relativo a la concesión de la protección especial de ciertos bienes culturales, se efectúa una enumeración de ciertos objetivos militares, ayudando así a concretarse en cierta manera el término analizado<sup>60</sup>.

Llegados a este punto, el Protocolo Adicional I de 1977 en su art. 52.2 contiene una definición *in abstracto* de objetivo militar –en relación con los bienes–, siendo esto criticado por la doctrina, pues se entiende que pudiera haber sido más ilustrativo y aclarativo que se incluyesen algunos ejemplos de objetivo militar, al igual que se hizo con la definición de agresión contenida en la Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y otros intentos de definición del término de objetivo militar<sup>61</sup>. A nuestro juicio, la elaboración de una lista puede clarificar y dotar de contenido el concepto de objetivo militar, pero como contrapartida encorseta y restringe sumamente a la autoridad militar a la hora de valorar si un bien u objeto puede ser atacado, pues si no aparece en dicha lista no podría *prima facie* efectuarse ataque alguno, debiendo tenerse presente que la constante evolución de los conflictos armados requiere una interpretación flexible del concepto de objetivo militar para poder adaptarse a las nuevas situaciones. Sea como fuere, la realidad es que la definición de objetivo militar contenida en el art. 52.2 del PAI ha cristalizado en norma consuetudinaria, siendo aceptada generalmente, aunque su interpretación no es, ni mucho menos, uniforme<sup>62</sup>. Dicho esto, el precepto citado dispone lo siguiente:

---

<sup>60</sup> El art. 8 de dicho Convenio de la Haya de 14 de agosto de 1954, establece lo siguiente: «1. Podrán colocarse bajo protección especial un número restringido de refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, de centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles de importancia muy grande, a condición de que: a. Se encuentren a suficiente distancia de un gran centro industrial o de cualquier objetivo militar importante considerado como punto sensible, como por ejemplo un aeródromo, una estación de radio, un establecimiento destinado a trabajos de defensa nacional, un puerto o una estación ferroviaria de cierta importancia o una gran línea de comunicaciones».

<sup>61</sup> Cfr: DINSTEIN, Y. *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*. Cambridge: University Press, 2010, pp. 90 y ss.; cfr: OETER, S. *Op. cit.*, p. 180; cfr: DOMENECH OMEDAS, J.L. *Op. cit.*, p. 378. En sentido contrario cfr: KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L. *Op. cit.*, p. 118.

<sup>62</sup> HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, p. 34, norma 8; ICTY Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to review the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, pára. 42; DINSTEIN, Y. *The conduct... Op. cit.*, p. 90; SOLIS, G. *Op. cit.*, p. 122; SCHMITT, N. «Air warfare...». *Op. cit.*, p. 123; ROSCINI, M.

«Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida».

Del precepto antedicho se deduce que todo objetivo militar debe reunir los siguientes presupuestos, los cuales no deben concurrir simultáneamente, pues la norma no lo exige, bastando su concurrencia acumulativa en el momento de ejecutarse el ataque<sup>63</sup>:

- Que contribuya eficazmente a la acción militar por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización/uso.
- Que su destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

En primer término, el bien u objeto debe contribuir eficazmente a la acción militar a causa de:

- Su naturaleza, ya que los objetos o bienes de las fuerzas armadas son inherentemente castrenses (carros de combate, trenes militares, buques de guerra, aeronaves militares, material de guerra,

---

«Targeting and contemporary aerial bombardment». *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, p. 421; *cf.* Sentencia del TIPY (Sala de Primera Instancia), de 5 de diciembre de 2003, *Prosecutor v. Galic*, IT-98-29-T, pára. 51, en donde se estipula que la definición del art. 52.2 del PAI es ampliamente aceptada, en igual sentido *cf.* FENRICK, W. *Op. cit.*, p. 543; ROBERTSON, H.B. *Op. cit.*, pp. 207 y ss.; *Report Expert meeting «Targeting military objectives»*. Ginebra: University Centre for International Humanitarian Law, 2005, p. 2; Reports of International Arbitral Awards, *Eritrea-Ethiopia Claims Commission - Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims - Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, de 19 de diciembre de 2005, párr. 113.

<sup>63</sup> HENDERSON, I. *The contemporary law of targeting*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 52; FENRICK, W. *Op. cit.*, p. 544; en sentido contrario *cf.* SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 2018, quienes sostienen la concurrencia simultánea de tales presupuestos. Resulta en este punto importante reseñar el error acontecido en la traducción de dicho art. 52.2 del PAI en la versión española, pues une los presupuestos referidos mediante la conjunción «o», lo que implica la concurrencia de elementos alternativos, mientras la versión francesa e inglesa utilizan la conjunción «y», que es la correcta y hace referencia a elementos acumulativos, *cf.* OLÁSALO ALONSO, H. *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 151, aun así en la doctrina militar española se ha corregido dicho error, *cf.* *Doctrina conjunta de targeting*, P.D.C. 3.9, Estado Mayor de la Defensa, 2014, párr. 09010; *Report Expert meeting «Targeting military objectives»*. *Op. cit.*, p. 2.



- transportes y vehículos militares, bases aéreas militares, puertos militares, depósitos de municiones o armas, unidades, centros o instalaciones militares, fortificaciones, etc.)<sup>64</sup>.
- Su ubicación, toda vez que hay bienes que no son inherentemente militares pero por su localización se convierten en un objetivo militar, como sucede con los puentes, carreteras, espacios físicos/geográficos o vías de tren, que pueden ser utilizados para el esfuerzo bélico<sup>65</sup>.
  - Su finalidad, dado que es posible que se use con un fin bélico. Nos hallamos ante un elemento crítico, el cual es autónomo y debe diferenciarse de los demás. Así, en el momento del ataque dicho bien u objeto no tendrá propiamente una naturaleza militar, ni estará siendo usado con fines bélicos, sin embargo a causa de la información obtenida se concluye que el bien va a ser o puede ser usado para el esfuerzo bélico, siendo, en definitiva, la intención del enemigo el elemento clave para calificarlo como un objetivo militar<sup>66</sup>. Nuevamente, tenemos que recalcar que en estos supuestos el *onus probandi* sobre la intención bélica del bien por parte del enemigo recae en el atacante, quien deberá determinar con rigor la finalidad del bien en cuestión. Ciertamente, todo bien civil puede ser usado con un fin bélico, pero esto no implica *per se* que puedan ser atacados en todo momento, pues quedaría vacío de contenido su inmunidad. Así pues, la intención *ad futurum* del enemigo debe constatarse mediante evidencias suficientes y razonables, no bastando las meras sospechas o probabilidades.
  - Su uso, lo que entraña que en el momento del ataque el bien u objeto está siendo usado con fines bélicos. Ese elemento nos introduce en un aspecto temporal concreto, a saber, la función presente del bien en cuestión<sup>67</sup>. Dicho esto, un colegio, una escuela, un hospital, una iglesia, mezquita o vivienda particular son bienes civiles y están salvaguardados de todo ataque, *ex art.* 52.1 del PAI, salvo que estén siendo utilizados con fines bélicos, en cuyo caso

<sup>64</sup> DINSTEN, Y. *The conduct of... Op. cit.*, p. 96, sumamente interesante resulta el estudio de este autor, quien establece una lista de al menos 17 bienes que por su naturaleza son objetivos militares; SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 2020; *cf.*: ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 83, quien ha elaborado otra lista de 7 bienes que son objetivos militares.

<sup>65</sup> DINSTEN, Y. *The conduct of... Op. cit.*, p. 100; SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 2021.

<sup>66</sup> HENDERSON, I. *Op. cit.*, p. 59; DINSTEN, Y. *The conduct of... Op. cit.*, p. 99; SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 2022.

<sup>67</sup> *Cf.*: SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 2022; *cf.*: HENDERSON, I. *Op. cit.*, p. 58; *cf.*: DINSTEN, Y. *The conduct of... Op. cit.*, pp. 97 y 98.

cesa su protección, pudiendo ser atacados en consecuencia, eso sí, previa intimación y concesión de un plazo razonable —si las necesidades militares lo permiten—, al tratarse en general de bienes con una protección especial, a excepción de la vivienda particular. En todo caso, si existe una duda sobre la utilización o uso de estos bienes se presumirá que son civiles (art. 52.3 del PAI), no pudiendo ser atacados.

Hay autores que opinan que la efectiva contribución a la acción militar puede ser llevada a cabo por otros medios distintos de los previstos en el art. 52.2 del PAI (naturaleza, ubicación, finalidad o utilización del bien), no tratándose de unos elementos exhaustivos o *numerus clausus*<sup>68</sup>. En nuestra opinión, una interpretación literal del susodicho art. 52.2 del PAI nos conduce a una posición distinta, ya que al emplearse el término «se limitan» en referencia a los objetivos militares, no cabe duda de que no puede interpretarse la norma extensivamente, al menos en este aspecto, al estar tasados pormenorizadamente los elementos que califican a un bien u objeto como un objetivo militar. Sea como fuere, la efectiva contribución a la acción militar no requiere una relación de causalidad directa con las operaciones de combate, es decir, un puente por su ubicación puede contribuir eficazmente a la acción militar aunque se halle lejos de la zona de combate, de ahí que pueda ser atacado<sup>69</sup>.

Llegados a este punto, tenemos que ser conscientes de las dificultades existentes a la hora de identificar un objeto como objetivo militar en la urbe, dado que la mayoría de ellos *prima facie* gozarán de inmunidad, pero la realidad es que a causa de su uso o finalidad pueden serlo perfectamente. Pensemos en los edificios o estructuras que rodean las avenidas o calles de la ciudad, construidos con material resistente que ofrece un formidable parapeto para los combatientes. En un primer momento, estas edificaciones se presumen bienes civiles, máxime cuando pueden habitar personas civiles en los mismos, pero puede suceder que en las azoteas, terrazas o ventanales del edificio se posicionen combatientes que efectúen acciones hostiles. En estas situaciones el bien civil pierde su inmunidad, básicamente, por el uso que se está haciendo del mismo, pudiendo pues ser atacado. Ahora bien, la legitimidad para atacarlo debe ser interpretada bajo el principio de proporcionalidad y las reglas de precaución del DIH, debiendo la autoridad militar elegir cuidadosamente los medios y métodos de combate

<sup>68</sup> HENDERSON, I. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>69</sup> HOLLAND, J. *Op. cit.*, p. 41; BOTHE, M., *et al. Op. cit.*, p. 324.

necesarios para neutralizar a los combatientes o el bien civil que está siendo usado en beneficio de las hostilidades, por lo que con carácter general podrían observarse las siguientes pautas:

- La destrucción total de un edificio tiene que ser la última opción del mando militar, ya que una vez concluyan las hostilidades la población civil tiene que regresar a sus viviendas y si estas han sido laminadas se genera una situación de crisis humanitaria.
- Debe obtenerse información de las personas civiles que pueden habitar el edificio, ofreciéndose mediante alertas la posibilidad de que lo abandonen.
- Los daños al bien civil deben ser los necesarios para neutralizar su uso indebido o abatir a los combatientes, evitándose la destrucción de los elementos estructurales del edificio, los cuales supondrían su inutilidad futura.
- Respecto a los hospitales, hay que tener en cuenta que su destrucción total dejaría sin servicios sanitarios a la población civil, por lo que esta opción debe ser la última en adoptarse o incluso desecharse. En cualquier caso, sin perjuicio del preaviso que debe realizarse antes del ataque contra dicho bien protegido, habría que asegurarse de que los enfermos lo han abandonado y están a salvo, al igual que los medicamentos necesarios para su supervivencia. Un tanto de lo mismo debemos decir de las escuelas o edificios religiosos que se usan indebidamente, siendo conscientes de que estos bienes no alcanzan la relevancia humanitaria de los hospitales, los cuales son bienes dedicados a salvaguardar la integridad física de la población civil, bien jurídico sin el cual el derecho a la educación o a la libertad religiosa no podría satisfacerse.

En segundo término, la destrucción total o parcial, captura o neutralización del objeto además debe ofrecer en las circunstancias del caso una ventaja militar definida. De una parte, la expresión «en las circunstancias del caso» denota una individualización y análisis en cada momento del objeto que se pretende atacar, pues puede ocurrir que una vivienda por la mañana esté ocupada por enemigos, pudiendo ser atacada, mientras que por la noche puede que ya no estén, en cuyo caso no debería ser considerada un objetivo militar. En suma, debe reexaminarse constantemente la información del objeto que pretende atacarse, todo ello como medio de

precaución para evitar daños colaterales y asegurarse de que se trata de un objetivo militar<sup>70</sup>.

De otra parte, resulta capital estudiar la expresión «ventaja militar definida». Para precisar con cierta exactitud su significado tenemos que acudir a la declaración de San Petersburgo de 1868, en cuyo preámbulo se indicó que la finalidad legítima de la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo. Pues bien, partiendo de esta premisa, parece lógico pensar que toda ventaja militar tiene como *ratio essendi* debilitar al enemigo, concretamente, a sus fuerzas militares, lo que se consigue con la destrucción total o parcial, captura o neutralización de aquellos objetos que son objetivos militares, quedando al margen la ventaja estrictamente política<sup>71</sup>. Asimismo, la ventaja militar que se pretende obtener comprende también la defensa de las fuerzas armadas propias, no pudiendo limitarse exclusivamente a partes aisladas del ataque, sino que habrá que analizar el ataque en su conjunto, tal y como han manifestado diversos estados, entre ellos España, quienes han efectuado una declaración interpretativa de este término<sup>72</sup>. Esto implica que un ataque concreto –de los diversos que componen una operación militar– puede no ofrecer una ventaja militar definida, pero la totalidad de los ataques que comprenden la operación militar en su conjunto sí, siendo esto lo relevante<sup>73</sup>. Tal aserto ha sido refrendado por la comunidad internacional, ya que en el art. 8.2.b) iv) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se castiga como crimen de guerra el lanzar un ataque intencionalmente a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa «de conjunto» que se prevea. Igualmente, este precepto penal nos ilustra del límite insoslayable que existe en torno a la ventaja militar definida, esto es, si la destrucción total o parcial del bien ocasiona daños en el mismo o lesiones en las personas manifiestamente excesivos respecto de la susodicha ventaja militar deberá suspenderse el ataque, todo ello como medida de precaución.

El término «definida» ostenta cierta importancia, ya que no basta con la obtención de cualquier tipo de ventaja militar, siendo un requisito *sine qua*

---

<sup>70</sup> Cfr. HENDERSON, I. *Op. cit.*, pp. 76 y 77.

<sup>71</sup> SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 2218; HENDERSON, I. *Op. cit.*, pp. 61 y ss.; DINSTEIN, Y. *The conduct of... Op. cit.*, p. 93; cfr. JORGE URBINA, J. *Op. cit.*, p. 174.

<sup>72</sup> *The operation in Gaza: Factual and legal aspects*. The State of Israel, 2009, párr. 105; cfr. ROSCINI, M. *Op. cit.*, p. 435.

<sup>73</sup> Reports of International Arbitral Awards. *Eritrea-Ethiopia Claims Commission. Op. cit.*, párr. 113, en este sentido el Tribunal Internacional de Arbitraje de la Haya se excedió al equiparar la ventaja militar en su conjunto con el conflicto armado en general, esto a nuestro juicio no resulta correcto, debiendo serlo únicamente a la operación militar en su conjunto.

*non* para que el ataque sea legítimo el hecho de que la ventaja militar sea definida. Pues bien, este término supuso un extenso debate en los trabajos preparatorios del Protocolo Adicional I de 1977, pues se discutió sobre la posible utilización de expresiones tales como inmediata, obvia, específica, clara o substancial, siendo todas ellas semejantes en su interpretación<sup>74</sup>. En suma, que la ventaja militar sea definida comporta la prohibición de una ventaja militar hipotética o incierta, debiendo ser aquella perceptible, concreta y directa, resultando estos dos últimos adjetivos de aplicación en virtud de lo dispuesto en el art. 57.2.a) iii) del PAI, relativo a las precauciones que deben adoptarse en todo momento a la hora de preparar o decidir un ataque.

La interpretación del art. 52.2 en su conjunto no resulta uniforme ni pacífica, pues los Estados Unidos de América aplican una interpretación extensiva de la norma en cuestión<sup>75</sup>, definiéndose en diversos manuales de guerra y de operaciones militares el objetivo militar con sustitución de la expresión «acción militar» por el término *war-fighting and war-sustaining capability*<sup>76</sup>. La finalidad de esta modificación radica en legitimar el ataque de objetivos económicos siempre que contribuyan efectivamente a la acción militar, aunque sea indirectamente. Esta cuestión resulta problemática, estando la doctrina dividida al respecto<sup>77</sup>, pero no podemos negar que desde antaño las industrias que han apoyado el esfuerzo bélico han sido objeto de ataques. Ciertamente, la doctrina norteamericana justifica esta interpretación con fundamento en las decisiones judiciales de sus tribunales de justicia, ya que en el año 1870 se reconoció la legalidad de un ataque sobre una fábrica de algodón situada en el territorio de las fuerzas confederadas, porque con las ganancias de las ventas compraban armas y suministros para el ejército<sup>78</sup>.

Además, recientemente el Tribunal Internacional de Arbitraje de la Haya ha reconocido tácitamente la legitimidad de obtener una ventaja militar infligiendo pérdidas económicas al enemigo, eso sí, puntualizando que el bien

---

<sup>74</sup> Cfr: BOTHE, M., *et al. Op. cit.*, p. 326.

<sup>75</sup> WATKIN, K. «Assessing proportionality: moral complexity and legal rules». *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 8. 2005, p. 16.

<sup>76</sup> NWP 1-14M. *The Commander's Handbook on The Law of Naval Operations*. 2007, párr. 5.3.1.; *Operational Law Handbook USA*. 2015, p. 23; *Law of war Manual USA*. Department of Defense. 2015, párr. 5.7.6.2., p. 210, en donde se reconoce que tales conceptos no han sido incluidos en los tratados internacionales concernientes.

<sup>77</sup> Cfr: Report Expert meeting. «Targeting military objectives». *Op. cit.*, p. 3; a favor de incluir los objetivos económicos como objetivos militares GREEN, L.C. *Op. cit.*, pp. 218 y 219; en contra con limitaciones ROSCINI, M. *Op. cit.*, p. 427.

<sup>78</sup> Cfr: ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 59.

u objeto atacado era un objetivo militar<sup>79</sup>. Esta resolución arbitral nos conduce a valorar positivamente la posibilidad de atacar objetivos económicos, siempre que contribuyan efectiva y directamente a la acción militar y su destrucción suponga un debilitamiento del enemigo<sup>80</sup>. A modo de ejemplo, una industria de exportación de cereales que invierte todas sus ganancias en la compra de armamento para la guerra puede calificarse como un objetivo militar, todo ello con base en la relación de causalidad existente entre las ganancias económicas y la compra de armamento que contribuye directamente a la acción militar, así como porque su destrucción debilitaría al enemigo al no tener una fuente de ingresos para armarse. Ahora bien, una industria de fabricación de ropa militar no sería un objetivo militar, pues la aportación de ropa al enemigo no contribuye directamente a la acción militar, dado que las hostilidades pueden realizarse con otras prendas, no apreciándose además un debilitamiento del enemigo en la destrucción de la fábrica. Asimismo, la autoridad militar debe valorar si la destrucción total o parcial de un objetivo económico resulta ventajosa a largo o medio plazo, pues si se prevé una ocupación del territorio la destrucción de estos bienes puede perjudicar posteriormente el mantenimiento del orden y estabilidad de la región, al no haber fuentes de ingresos económicos para la población.

#### 4.2. LAS PERSONAS COMO OBJETIVO MILITAR

Los elementos contenidos en el art. 52.2 del PAI no resultan de aplicación para determinar si un combatiente, guerrillero o persona que participa directamente en las hostilidades puede ser atacada, exigiéndose la ventaja militar definida, directa y concreta, la contribución eficaz a la acción militar solo para los objetos que son objetivos militares<sup>81</sup>. Esto entraña, tácitamente, la legitimidad del uso de la fuerza letal cuando se identifica positivamente a una de las anteriores personas, siempre que nos hallemos inmersos en una situación de conflicto armado y el objetivo no esté herido, enfermo, fuera de combate, haya depuesto las armas o se trate de personal religioso, médico o de protección civil<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Reports of International Arbitral Awards. *Eritrea-Ethiopia Claims Commission - Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims - Eritrea's Claims I*, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, de 19 de diciembre de 2005.

<sup>80</sup> Doc. OR/-004, *Orientaciones el Derecho de los Conflictos Armados*. *Op. cit.*, pp. 4-13.

<sup>81</sup> ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 66.

<sup>82</sup> MELZER, N. «The principle of distinction between civilians and combatants». En CLAPHAM, A., y GAETA, P. (eds.). *Handbook of International law in armed conflict*. Oxford: University Press, 2014, p. 299.

## 4.2.1. Conflictos armados internacionales

### 4.2.1.1. *El combatiente y su estatuto*

El estatuto de combatiente en *stricto sensu* solamente está presente en esta clase de contienda armada, de suerte que en los conflictos armados no internacionales no puede aplicarse esta figura, excepto cuando se haya producido un acuerdo especial entre las partes contendientes o se haya reconocido la beligerancia, algo que está en desuso<sup>83</sup>. Por ello, en las contiendas armadas internas reguladas por el Protocolo Adicional II de 1977 no se utiliza el término de combatiente, sino solamente el de Fuerzas Armadas y Fuerzas Armadas disidentes o grupos armados organizados. Combatientes –en el sentido dado por el art. 43.2 del PAI–, son los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto, componiéndose estas de todas sus fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable, sometidas al régimen de disciplina interna a fin de dar cumplimiento a las normas del *ius in bello* –quedando excluido el personal sanitario y religioso–<sup>84</sup>. El ostentar el estatuto de combatiente resulta capital en los conflictos armados internacionales, pues confiere el derecho a participar directamente en las hostilidades, o lo que es lo mismo, permite hacer un uso letal de la fuerza contra el enemigo sin que ello constituya ilícito alguno –siempre que se haya respetado el DIH<sup>85</sup>–, y en caso de caer en poder de la parte contraria otorga la condición de prisionero de guerra, *ex*

<sup>83</sup> HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, norma 3 y 4, p. 13; *cfr.* DOMENECH OMEDAS, J.L. «Los sujetos combatientes» En RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coords.). *Derecho internacional humanitario*, 3.ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 178 y ss., haciendo referencia a diversos estudios en los que se ha producido cierta confusión en el uso de los términos, al hablar de combatientes en un sentido funcional en el seno de los conflictos armados no internacionales; PEJIC, J. «Unlawful/enemy combatants: interpretations and consequences». En SCHMITT, M., y PEJIC, J. (eds.). *International Law and Armed Conflict: exploring the fault lines*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 335 y 336.

<sup>84</sup> HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, norma 4, p. 16.

<sup>85</sup> DINSTEIN, Y. «The conduct of...». *Op. cit.*, p. 33; DOMENECH OMEDAS, J.L. «Los sujetos...». *Op. cit.*, p. 183; FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J.L. *Op. cit.*, p. 403; CRAWFORD, E. *The treatment of combatants and insurgents under the Law of Armed Conflict*. Oxford: University Press, 2010, p. 52; IPSEN, K. «Combatants and non-combatants». En FLECK, D. (ed.). *The Handbook of International humanitarian law*. Oxford: University Press, 2008, p. 80; RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades». En RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coords.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 781; MELZER, N. «The principle of...». *Op. cit.*, p. 305.

art. 44.1 del PAI. Como contrapartida, el ser combatiente comporta poder ser atacado en todo momento y circunstancia por el enemigo, salvo cuando se está fuera de combate, herido, enfermo o se hayan depuesto las armas<sup>86</sup>. Igualmente, en cierta forma el DIH equipara la figura del combatiente a la de la población de un territorio no ocupado que cuando se acerca el enemigo se levanta en armas espontáneamente, siempre que las lleven francamente abiertas y respeten las leyes y costumbres de la guerra, *ex art. 4.A.6) del III Convenio de Ginebra*, relativo al trato de los prisioneros de guerra, pues si estas personas caen en poder de la parte adversa tendrán derecho al estatuto de prisionero de guerra. Estas características del estatuto de combatiente son relevantes, ya que el combatiente legítimo, es decir, aquél que reúne los presupuestos exigidos por el derecho internacional de los conflictos armados, no puede ser juzgado por los actos de combate llevados a cabo durante las hostilidades, salvo que los mismos sean constitutivos de un crimen internacional, a saber, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad o genocidio, los cuales *per se* implican una vulneración grave del DIH<sup>87</sup>. Lo anterior no puede predicarse de aquéllas otras personas que no ostenta este *status*, los cuales sí podrán ser juzgados por dichos comportamientos con base en el derecho internacional o nacional. Aun así, tampoco podemos caer en la tentación de olvidarnos que estas últimas personas –comúnmente denominadas combatientes ilegítimos o ilícitos–, ostentan una serie de derechos generalmente reconocidos que deben respetarse en todo momento, *ex art. 45.3 en relación con el art. 75, ambos del PAI*<sup>88</sup>.

El concepto de combatiente resulta ser un corolario del principio de distinción, pues el art. 48 del PAI impone la obligación de distinguir en todo momento entre población civil y combatiente. En todo caso, lo verdaderamente relevante, y más complicado por otra parte, es identificar y diferenciar al combatiente –quien en muchas ocasiones se confunde con la población civil–, y al que participa directamente en las hostilidades del personal civil que goza de protección en el DIH, *ex art. 50 del PAI*<sup>89</sup>. Pero,

<sup>86</sup> *Cfr.* DINSTEN, Y. «The conduct of...». *Op. cit.*, p. 34.

<sup>87</sup> DÖRMANN, K. «The legal situation of unlawful/un privileged combatants». *International Review of the Red Cross*, vol. 85, núm. 849, p. 45.

<sup>88</sup> DOMENECH OMEDAS, J.L. «Los sujetos...». *Op. cit.*, p. 192; DINSTEN, Y. «The conduct of...». *Op. cit.*, p. 38; LUBELL, N. *Extraterritorial use of force against non-state actors*. Oxford: University Press, 2010, pp. 143 y ss.; BOLLO AROCENA, M<sup>a</sup>.D. «*Hamdan v. Rumsfeld*. Comentario a la sentencia dictada por el tribunal supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12. 2006, p. 14.

<sup>89</sup> MELZER, N. «The principle of...». *Op. cit.*, p. 306; HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, norma 5, p. 20; RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. «Participación directa...». *Op. cit.*, p. 781; *cf.* Doc. *Guía para interpretar la noción de participación directa en*



además, no resulta menos cierto que aunque las normas del *ius in bello* reconocen la inmunidad y protección de las personas civiles, también expresamente indica que si estas participan directamente en las hostilidades perderán dicha protección, en todo caso mientras dure su participación. Esto supone *de facto* que las personas civiles se clasifiquen en aquellas que no participan directamente en las hostilidades –gozando de protección e inmunidad– de las que sí lo hacen –perdiendo esta protección e inmunidad mientras participen directamente en las hostilidades–. Este aserto no implica que estas personas dejen de ser civiles, pues solamente lo harán si forman parte de las Fuerzas Armadas de una parte beligerante<sup>90</sup>.

#### *4.2.1.2. Presupuestos para ostentar la condición de combatiente*

Los requisitos acumulativos que exige el derecho internacional de los conflictos armados –derivados del IV Convenio de la Haya de 1907 y del DIH– para ostentar el estatuto de combatiente son los siguientes:

- Existencia de una persona responsable de sus subordinados.
- Ostentación de un signo distintivo fijo y perceptible a la vista.
- Llevar las armas abiertamente.
- Ejecutar sus operaciones de conformidad a las leyes y costumbres de la guerra.
- Estar organizados.
- Pertenecer a una parte beligerante.

Desde el momento en que uno de los presupuestos antedichos está ausente no se perfecciona el estatuto de combatiente, aunque la persona implicada pueda poner en duda esta decisión, debiendo dilucidarse por medio de un tribunal competente, *ex art. 5 del III Convenio de Ginebra*, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra<sup>91</sup>. La finalidad de los

---

*las hostilidades según el Derecho internacional humanitario*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010, p. 26.

<sup>90</sup> MELZER, N. «The principle of...». *Op. cit.*, p. 307; Doc. *Guía para interpretar la noción... Op. cit.*, p. 25.

<sup>91</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, M., RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «El caso de los detenidos de Guantánamo ante el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV. 2002, p. 85 y 86; BOLLO AROCENA, M<sup>a</sup>. D. *Op. cit.*, p. 12; *cfi*: PICTET, J.S. *Commentary on the III Geneva Convention relative of the treatment of prisoners of war*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1960, p. 77; PEJIC, J. *Op. cit.*, p. 336, quien sostiene que este tribunal no tiene que ser judicial ni reunir las garantías procesales reconocidas para un procedimiento penal, al no tener por finalidad este objetivo; en igual sentido, SOLIS, G. *Op. cit.*, p. 230; GREEN, L.C. *Op. cit.*,

presupuestos anteriores radica en torno a dos fundamentos. El primero es asegurar el principio de distinción, toda vez que el portar las armas abiertamente y portar un signo distintivo facilita y contribuye eficazmente la identificación positiva, surtiendo ello seguridad a la población civil. El segundo es confirmar que la guerra es una cuestión soberana de los Estados, de ahí que los componentes de las organizaciones o grupos privados que no pertenecen a una parte beligerante no gocen del estatuto de combatiente; de manera idéntica, la organización, disciplina interna, existencia de mandos jerárquicos y respeto de las normas del *ius in bello* son una manifestación más de la existencia de unos presupuestos mínimos vinculados a la existencia de una parte beligerante.

En este orden de cosas, el Protocolo Adicional I de 1977 contiene un precepto que ha sido objeto de mucha discusión, y uno de los motivos por los que los Estados Unidos de América no lo han ratificado, nos referimos al art. 44.3 del PAI. Esta disposición parte de una premisa general, a saber, los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil, lo que se conseguirá mediante el uso del uniforme o de un signo/emblema distintivo y perceptible. Ahora bien, la obligación antedicha se relaja al estipularse lo siguiente:

«Con objeto de promover la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades, los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque. Sin embargo, dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto siempre que, en esas circunstancias, lleve sus armas abiertamente: durante todo enfrentamiento militar y durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar».

Este precepto se incluyó para otorgar el estatuto de combatiente a los combatientes de las guerras coloniales reguladas en el art. 1.4 del PAI y para las situaciones de ocupación militar, no resultando de aplicación a las fuerzas armadas regulares<sup>92</sup>. Algunos autores opinan que esta excepción

---

p. 136, quien sostiene que una junta administrativa puede satisfacer el contenido del art. 5 del III Convenio de Ginebra.

<sup>92</sup> Cfr. SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 1698; IPSEN, K. *Op. cit.*, p. 92.

erosiona el principio de distinción y aumenta el riesgo entre la población de ser víctima de un ataque militar<sup>93</sup>, de ahí que el Reino Unido lo haya considerado aplicable solamente en territorios ocupados<sup>94</sup>. A nuestro juicio, el precepto citado no puede constituir un criterio general, pues este se fundamenta en la obligación de distinguirse de la población civil, tal y como enuncia la primera frase del art. 44.3 del PAI. Más bien nos hallamos ante situaciones anormales que no deben constituirse en regla general, de ahí que se utilice el término «hay situaciones», lo que denota cierta singularidad. Esta singularidad se circunscribe a las guerras coloniales –actualmente casi inexistentes– y a territorios ocupados, no siendo aplicable este precepto a las fuerzas armadas regulares, dado que deberán portar uniforme, de conformidad con lo previsto en el art. 44.7 del PAI, por lo que solo será de aplicación a las milicias, cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia organizados.

Según nuestro entender, la exención prevista en el art. 44.3 del PAI entraña dos consecuencias relevantes. La primera es que se traslada a los componentes de las fuerzas armadas la carga de identificar positivamente a un combatiente solamente bajo el criterio de que porte las armas abiertamente, lo que constriñe notablemente la capacidad de reacción frente a un ataque, pues si el combatiente portase un signo distintivo o uniforme podría ser identificado con mayor precisión y antelación, máxime cuando la mayoría de enfrentamientos armados se producen en zonas urbanas donde el campo de visión es reducido por las múltiples edificaciones y elementos estructurales de la urbe. La segunda es que se coloca a la población civil en una situación de mayor riesgo, dado que la única diferencia con el combatiente lo constituye el hecho de portar las armas abiertamente, siendo plenamente conscientes de que este requisito en múltiples ocasiones no se cumple.

#### **4.2.2. Conflictos armados no internacionales**

En este tipo de contienda armada *prima facie* no resulta aplicable el estatuto de combatiente<sup>95</sup>, lo que significa que los grupos armados orga-

---

<sup>93</sup> ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 40. Incidimos en el término de *prima facie*, porque nada impide que entre las partes contendientes se celebren acuerdos cuya finalidad sea dotar a los guerrilleros del estatuto de combatiente, lo que podría suponer *per se* el reconocimiento de beligerancia, instituto que actualmente ha caído en desuso.

<sup>94</sup> *Cfr.* BOTHE, M., *et al.* *Op. cit.*, p. 253.

<sup>95</sup> *Cfr.* SOLF, W.A. «The status of combatants in non-international armed conflicts under domestic law and transnational practice». *The American University Law Review*, vol. 33. 1982, p. 54.

nizados o fuerzas armadas disidentes que se alzan en armas contra el gobierno son considerados criminales, normalmente rebeldes o sediciosos, siéndoles de aplicación la legislación penal doméstica. Los ataques que se lleven a cabo contra las fuerzas gubernamentales serán actos delictivos, sin perjuicio de la posibilidad de que al final de las hostilidades puedan amnistiarse, salvo si son constitutivos de una violación grave del DIH, *ex art. 6 del PAII*<sup>96</sup>. Por lo tanto, en esta clase de conflicto armado los objetivos militares en relación con las personas serán los miembros de los grupos armados organizados y de las fuerzas armadas disidentes<sup>97</sup>. Habiéndose delimitado quiénes pueden ser atacados, procede en este momento la ardua tarea –todavía sin resolver con un criterio uniforme y generalmente aceptado– de intentar precisar sucintamente quiénes son los miembros de las fuerzas armadas disidentes y los grupos armados organizados.

#### 4.2.2.1. Fuerzas armadas disidentes

Las fuerzas armadas de un Estado están perfectamente reguladas en el derecho nacional. Cada ordenamiento jurídico contempla las condiciones para que las personas civiles adquieran la condición de militar y, por ende, estén adscritas a las Fuerzas Armadas, al igual que las causas que operan para perder esta condición. Por ello, las fuerzas armadas disidentes estarán compuestas por aquellos militares que se han alzado en armas contra el gobierno, pudiendo ser calificado este comportamiento como un delito de rebelión o sedición militar. En nuestro ordenamiento jurídico el mero hecho de que parte de las Fuerzas Armadas se alcen en armas contra el gobierno no implica la pérdida inmediata e *ipso facto* de la condición de militar, pues para ello será necesario una resolución administrativa o judicial que así lo acuerde, aunque puedan acordarse medidas cautelares tendentes a suspender de funciones a los rebeldes o sediciosos. Así pues, *de iure* las fuerzas armadas disidentes –al menos en sus primeros momentos– siguen formando parte de las Fuerzas Armadas, aunque *de facto* se han apartado de ellas. Las fuerzas armadas disidentes están organizadas, sometidas a disciplina interna y en condiciones de respetar las leyes y costumbres de la guerra, bajo un mando responsable y uniformadas, por lo que pueden ser

<sup>96</sup> OHLIN, J.D. «The Combatant's Privilege in Asymmetric and Covert Conflicts». *The Yale Journal of International Law*, vol. 40. 2015, p. 343; SOLF, W.A. *Op. cit.*, pp. 57 y 58.

<sup>97</sup> Sentencia del TIPY (Sala de Apelaciones), de 17 de julio de 2008, *Prosecutor v. P. Strugar*, IT-01-42-A, párr. 178; Sentencia del TIPY (Sala de Primera Instancia), de 15 de abril de 2011, *Prosecutor v. A. Gotovina et al*, IT-06-90-T, párr. 1678.

identificadas positivamente<sup>98</sup>. A nuestro juicio, el criterio de la Guía del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre la noción de la participación directa en las hostilidades, sobre el hecho que las fuerzas armadas disidentes son un grupo armado organizado debe ser matizado, ya que mientras aquéllas formen parte *de iure* de las Fuerzas Armadas están sometidos a un estatuto particular, mediando un vínculo profesional con el estado. Una vez concluya el referido vínculo profesional sí podrán calificarse como un grupo armado organizado, si reúnen sus características.

#### *4.2.2.2. Grupos armados organizados*

Partiendo de la premisa de que no hay norma convencional o consuetudinaria alguna que defina lo que es un grupo armado organizado, lo relevante a los efectos de cumplir con el principio de distinción radica en identificar positivamente a sus miembros<sup>99</sup>. Siendo conscientes de las críticas vertidas a la Guía del Comité Internacional de la Cruz Roja no podemos desconocer que la misma constituye un punto de partida relevante para el debate. Uno de los criterios más coherentes para saber quiénes forman parte de los grupos armados organizados consiste en acudir al concepto de *función continua de combate* —el cual tampoco está definido en norma internacional o doméstica alguna<sup>100</sup>—, sin que ello suponga reconocimiento del estatuto de combatiente, pues solo sirve para distinguir a los componentes de los grupos armados organizados de las personas civiles que participan directamente en las hostilidades.

La función continua de combate implica una integración duradera y una pertenencia al grupo armado organizado, determinándose lo anterior por la preparación, realización o comisión de operaciones hostiles que tengan por finalidad perjudicar a la otra parte contendiente; en síntesis, por participar directamente en las hostilidades<sup>101</sup>. No todas las personas que apoyan o siguen al grupo armado son integrantes del mismo, al igual que no todos los integrantes de las Fuerzas Armadas son combatientes, de ahí que lo relevante sea caracterizar a aquellas personas que ejercen

<sup>98</sup> Doc. *Guía para interpretar la noción...* *Op. cit.*, p. 32.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>100</sup> WATKIN, K. «Opportunity lost: organized armed groups and the ICRC «Direct participation in hostilities» interpretive guidance». *International Law and Politics*, vol. 42. 2010, p. 655.

<sup>101</sup> *Cfr.* Doc. *Guía para interpretar la noción...* *Op. cit.*, pp. 34 y 36.

una función de combate de aquellas otras que no la realizan<sup>102</sup>. Evidentemente, pueden existir otros factores o criterios que nos sirvan para determinar la pertenencia de la persona en cuestión al grupo armado organizado, como es el hecho de portar un uniforme u otro signo distintivo. Lo relevante en torno a los integrantes de los grupos armados organizados es que pueden ser atacados en todo momento, siempre que no estén fuera de combate, hayan depuesto las armas o estén heridos o enfermos. En cualquier caso resultará necesaria una previa identificación positiva del miembro del grupo armado, siendo imprescindible la obtención de información suficiente para ello.

### 4.2.3. Personas civiles que participan directamente en las hostilidades

#### 4.2.3.1. Concepto

Tampoco hay tratado internacional que defina la participación directa en las hostilidades, siendo de vital importancia para el DIH, pues se halla estrechamente vinculada con el principio de distinción<sup>103</sup>. La realidad de los conflictos armados es que en muchas ocasiones las Fuerzas Armadas no se enfrentan exclusivamente a otras fuerzas armadas enemigas o grupos armados organizados. Lejos de lo anterior, la asimetría imperante en los conflictos armados nos hace ver que hay personas civiles que participan directamente en las hostilidades. Estas personas, por el mero hecho de participar directamente en las hostilidades, pierden *ope legis* su inmunidad, *ex art.* 51.3 del PAI y 13.3 del PAII, siendo esto un reflejo de la costumbre internacional<sup>104</sup>, dado que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional solamente castiga como crimen de guerra determinados injustos contra las personas civiles que no participan directamente en las hostilidades, lo que significa a *sensu contrario* que si lo hacen pueden ser atacadas legítimamente. Aun así, la pérdida de inmunidad no comporta que dejen de ser civiles, pues solamente ostentarán el estatuto de combatientes si reúnen los requisitos anteriormente expuestos, y serán integrantes de un grupo

---

<sup>102</sup> MELZER, N. «Keeping the balance between military necessity and humanity: a response to four critiques of the ICRC's interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities». *International Law and Politics*, vol. 42. 2010, p. 850.

<sup>103</sup> Sentencia del TIPY (Sala de Apelaciones), de 17 de julio de 2008, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, IT-01-42-A, párr. 174 y 175.

<sup>104</sup> DINSTEN, Y. «The conduct of...». *Op. cit.*, p. 146.

armado organizado si desarrollan una función continua de combate. La realización esporádica y puntual de un acto hostil o de violencia armada no supone pertenencia alguna a una parte contendiente, la cual se caracteriza por su organización, quedando al margen de la misma las personas civiles que actúan por riesgo y ventura propia.

Llegados a este punto, el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, en el *caso Kordic and Cerkez*, manifestó que la participación directa en las hostilidades abarcaba aquellos actos de guerra que por su naturaleza y finalidad es probable que causen daños al personal o material de las fuerzas enemigas<sup>105</sup>. La doctrina por su parte incide en el hecho de que la participación directa en las hostilidades conlleva una relación causal entre la actividad dirigida contra el enemigo en el tiempo y lugar donde esta acción se realiza y el daño causado, debiendo constituir esta conducta una amenaza militar directa e inmediata<sup>106</sup>. Esta noción ha sido ampliada en el sentido de incluir actividades de protección a infraestructuras, material o instalaciones, aunque ello no implique un comportamiento violento<sup>107</sup>.

Ciertamente, no podemos negar la importancia que tiene esta figura dentro del *ius in bello*, toda vez que las consecuencias jurídicas que pueden deparar a un civil por participar directamente en las hostilidades son de suma relevancia e incluso, en ocasiones, irreparables, pues cuando se identifica positivamente a un civil participando directamente en las hostilidades puede ser abatido, al cesar su inmunidad, eso sí, llevándose a cabo siempre una valoración razonable y lógica de la situación concreta, a fin de adoptar la fuerza necesaria para hacer cumplir los objetivos militares marcados. Esta valoración debe partir de la observación de los principios de necesidad militar y humanidad, atendiendo a las circunstancias concretas del caso y el riesgo inherente para los miembros de las Fuerzas Armadas. A modo de ejemplo, si en medio de las hostilidades observamos que un civil está entregando munición y armamento al enemigo resulta lógico que pueda hacerse un uso letal de la fuerza contra el mismo; ahora bien, si observamos en una zona controlada por las Fuerzas Armadas que un civil comunica inteligencia a la otra parte contendiente, sin atisbo alguno de otra amenaza, lo lógico es que en primer lugar se intente la detención de esta persona, al no concurrir un riesgo serio e inminente para la integridad física de los soldados<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> Sentencia del TIPY (Sala de Apelaciones), de 17 de diciembre de 2004, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/02-A, párr. 51.

<sup>106</sup> RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «Participación directa...». *Op. cit.*, p. 785.

<sup>107</sup> BOTHE, M., *et al. Op. cit.*, pp. 303 y 304.

<sup>108</sup> *Cfr. Doc. Guía para interpretar la noción... Op. cit.*, p. 81.

#### 4.2.3.2. Elementos constitutivos

**Umbral del daño:** implica que el acto debe ser idóneo para afectar negativamente a las operaciones militares o a la capacidad militar de una de las partes contendientes, o que pueda causar la muerte, lesiones o daños a personas y bienes protegidos contra los ataques directos<sup>109</sup>. Que el acto sea idóneo significa que no tiene que concurrir la materialización del daño, bastando la probabilidad del mismo. Dicha probabilidad no ha sido calificada, por lo que a nuestro juicio sería suficiente con la existencia de un mínimo de probabilidad razonable y lógica de causación de un daño para que se satisfaga este requisito. Asimismo, tampoco debe exigirse una cuantificación concreta del daño causado, bastando cualquier consecuencia adversa contra las operaciones militares o la capacidad militar de una de las partes contendientes<sup>110</sup>. Dentro de este requisito se incluyen los actos de violencia contra las personas y bienes civiles. También existen otras opiniones divergentes a la expuesta. En este sentido, SCHMITT considera que el umbral del daño no debe limitarse al perjuicio de las operaciones militares o a un daño en las personas o materiales, sino que también debe incluir aquellas conductas que suponen un beneficio para el enemigo<sup>111</sup>. Esta posición a primera vista puede resultar extensiva, pero consideramos que podría estar inserta en el requisito de que se perjudique la operación militar, dado que todo aquello que perjudica a las operaciones militares supone, como contraparte, un beneficio para el enemigo.

**Causación directa:** en todo caso debe concurrir un nexo causal directo entre el acto llevado a cabo y el daño que pueda causarse. La participación directa en las hostilidades no se limita exclusivamente a la realización de actos violentos contra el enemigo, pero tampoco puede comprender cualquier actuación que contribuya al esfuerzo bélico, como sucede con los trabajadores de fábricas de armamento<sup>112</sup>. Lo anterior surge a colación del hecho de que la participación tiene que ser *directa*, lo que presupone la existencia de un vínculo directo con el resultado lesivo o el entorpecimiento de las operaciones militares, por lo que si la participación es indirecta el sujeto en cuestión no perderá su inmunidad, aunque puede suceder que dicho comportamiento, por el lugar o tiempo en donde se desarrolla,

<sup>109</sup> RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «Participación directa...». *Op. cit.*, p. 790.

<sup>110</sup> Doc. *Guía para interpretar la noción...* *Op. cit.*, p. 47.

<sup>111</sup> SCHMITT, M. «Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements». *International Law and Politics*, vol. 42. 2010, p. 720.

<sup>112</sup> SANDOZ, Y., *et al.* *Op. cit.*, párr. 1945.



conlleve serios riesgos para la integridad del actor. Las actividades relacionadas con la economía, política, propaganda y producción de bienes agrícolas o alimentos no suponen una participación directa, sino más bien una contribución al esfuerzo bélico<sup>113</sup>. Este vínculo o nexo causal entre el acto y el daño causado o intentado –como dijimos– tiene que ser directo. Esto implica que si se produce la ruptura del nexo o vínculo, su suspensión o fragmentación, ya no nos hallaremos ante una participación directa.

En los complejos escenarios en los que se desenvuelven los actuales conflictos armados nos podemos encontrar con situaciones que pueden llevarnos a la confusión, como por ejemplo el hecho de que una familia hospede, aloje o de cobijo a miembros de grupos armados organizados. Esta actuación no constituye una participación directa, aunque contribuya al esfuerzo bélico, pues les está garantizando cierta protección y cobijo, pero lo importante es que el comportamiento realizado no perjudica las operaciones militares ni causa daño alguno a las personas o materiales del enemigo, no cayendo así en la órbita de la participación directa, sino en la indirecta. Igualmente, resultan supuestos muy discutidos el montaje o almacenamiento de artefactos explosivos improvisados, toda vez que los mismos no van a ser usados inmediatamente en las hostilidades, pues para ello posteriormente habrá que colocarlos y detonarlos, lo que sí constituye *per se* una participación directa en las hostilidades. Aun así, no podemos negar que tales artefactos constituyen un serio riesgo para la integridad física de los componentes de las Fuerzas Armadas, no en vano, la naturaleza de tales bienes hace que puedan ser calificados como un objetivo militar –los cuales suelen estar ubicados dentro de un bien civil, como es una vivienda, casa, fábrica, etc.<sup>114</sup>–. Por ello, el ataque que tiene por finalidad destruir los artefactos que están almacenados o se están montando dentro de un bien civil resulta legítimo, siempre que se respete el principio de proporcionalidad<sup>115</sup>. Lo anterior supone que aquella persona que monta el artefacto explosivo improvisado no participa directamente en las hostilidades,

---

<sup>113</sup> RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «Participación directa...». *Op. cit.*, pp. 790 y 791.

<sup>114</sup> *Cfr.* WATKIN, K. *Op. cit.*, p. 658, quien parece sostener que el montaje y almacenamiento sí constituye una participación directa en las hostilidades y SCHMITT, M. «Deconstructing direct...». *Op. cit.*, p. 719; *cfr.* Doc. *Guía para interpretar la noción... Op. cit.*, p. 54, en donde se opina lo contrario. En nuestra opinión, las posiciones contrarias anteriormente citadas eliminarían el requisito de que la participación tiene que ser «directa», disminuyéndose así el umbral de protección de las personas civiles, *cfr.* KECK, T.A. «Restraints on the use of force. Not all civilians are created equal: the principle of distinction, the question of direct participation in hostilities and evolving restraints on the use of force in warfare». *Military Law Review*, vol. 211. 2012, pp. 146 y 147.

<sup>115</sup> *Cfr.* ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 12.

pero al hallarse voluntariamente en la proximidad de un objetivo militar se coloca en riesgo de sufrir un ataque. Un tanto de lo mismo podemos decir del propietario de la vivienda en donde se almacenan tales artefactos.

**Nexo beligerante:** constituye el propósito específico del acto de causar directamente el umbral del daño exigido en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra<sup>116</sup>. Si la finalidad del acto no es dañar al enemigo o perjudicar las operaciones militares en favor de la otra parte contendiente, no estaremos ante una participación directa en las hostilidades, sino ante otra serie de comportamientos que pueden ser objeto de reproche penal o incluso del correspondiente uso de la fuerza. En este orden de ideas, ciertas resoluciones judiciales emanadas de tribunales internacionales pueden servir de orientación y ayuda a la hora de determinar qué supuestos pueden caer en la órbita de la participación directa en las hostilidades. Así, el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia enumeró una serie de supuestos concernientes a la participación directa en las hostilidades, como cuando se portan armas abiertamente, se toma parte en actos hostiles, se transmite información al enemigo para un uso inmediato hostil o se transportan armas en la proximidad del combate<sup>117</sup>. Igualmente, la Corte Penal Internacional ha sostenido que para determinar la participación directa en las hostilidades deben valorarse una serie de factores, tales como la situación personal del actor, la localización geográfica del actor, si porta armas, si usa uniforme o porta un signo distintivo y la edad y género del actor<sup>118</sup>. Básicamente, los factores antedichos pueden servir para valorar la participación directa en las hostilidades de una persona, sin embargo, a nuestro juicio, la posición de la Corte Penal Internacional sobre la edad y género del actor debe valorarse con precaución, por lo siguiente. No podemos desconocer que los actuales conflictos armados asimétricos implican una serie de actos hostiles llevados a cabo con total menosprecio a las reglas del DIH. Por ejemplo, el uso de niños soldado en los enfrentamientos armados es habitual, poniendo a los soldados de las Fuerzas Armadas en una posición crítica, al observar que su enemigo es un menor, lo que constituye *per se* un obstáculo psicológico que puede redundar en perjuicio de la misión encomendada. De otra parte, aunque no resulta usual, las mujeres pueden perfectamente participar directamente en las hostilidades, como

<sup>116</sup> Doc. *Guía para interpretar la noción... Op. cit.*, p. 58.

<sup>117</sup> Sentencia del TIPY (Sala de Apelaciones), de 17 de julio de 2008, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, IT-01-42-A, párr. 177.

<sup>118</sup> Sentencia de la Corte Penal Internacional (Sala de Primera Instancia), de 21 de marzo de 2016, *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, párr. 94.

sucede con las combatientes peshmergas del Kurdistán. Así pues, si bien es cierto que la edad y género del actor puede servir como indicio de que no participa directamente en las hostilidades, no lo es menos que habrá que asegurar este aspecto, ya que el uso de menores, mujeres y ancianos de manera péfida en las hostilidades constituye una realidad, debiéndose tomar las precauciones debidas para corroborar el estatuto de tales personas. En conclusión, estos factores deben valorarse con suma cautela, teniendo nuestras Fuerzas Armadas que identificar positivamente previamente a tales personas antes de efectuar un ataque.

#### *4.2.3.3. Ámbito temporal de la participación directa. Problema de la teoría del revolving door*

La consecuencia jurídica más perniciosa de toda persona que participa directamente en las hostilidades radica en que pierde su inmunidad, pero dada la naturaleza de la misma, en los Protocolos Adicionales de 1977 se estipuló que solamente sería «mientras dure tal participación», ex art. 51.3 del PAI y 13.3 del PAII. La norma en cuestión limita, pues, el ámbito temporal de la pérdida de inmunidad, surgiendo en todo caso serias dudas sobre su interpretación. No obstante, esta limitación temporal solamente resulta de aplicación a las personas que participan directamente en las hostilidades sin pertenecer a grupo armado organizado alguno, pues los miembros de tales grupos, al desarrollar una función continua de combate, pueden ser atacados en cualquier momento, aunque no estén llevando a cabo un acto hostil<sup>119</sup>. Esta limitación temporal encuentra su justificación en el hecho de que estas personas no dejan de ser civiles<sup>120</sup>, aun cuando estén llevando a cabo una acción hostil. Dicha participación no puede presuponer un cambio de estatuto, ni siquiera la posibilidad de considerarlas como un *tertium genus* entre un combatiente o miembro de un grupo armado organizado y una persona civil. Sea como fuere, esta persona seguirá siendo civil, con la peculiaridad de que mientras participe directamente en las hostilidades su inmunidad cesará, no pudiendo hacerla valer ni beneficiarse de ella y, además, sus actos no serán legítimos, pues no tiene el derecho de participar en las hostilidades, conferido principalmente a los sujetos combatientes ex art. 43.2 del PAI –para los conflictos armados internacionales–. Evidentemente, si la persona que

<sup>119</sup> Cfr. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «Participación directa...». *Op. cit.*, p. 797.

<sup>120</sup> Doc. *Guía para interpretar la noción...* *Op. cit.*, p. 70; SOLIS, G. *Op. cit.*, p. 202.

participa directamente en las hostilidades no está legitimada para ello sus actos constituyen acciones criminales. Concretamente, en nuestro ordenamiento jurídico podrían ser constitutivos de un delito militar de atentado contra centinela, fuerza armada o policía militar, tipificado en el art. 35 del Código Penal Militar, pudiendo ser juzgado en consecuencia por tales actos, respetándose las garantías mínimas previstas en el art. 75 del PAI.

Llegados a este punto, tenemos que abordar el problema de la teoría del *revolving door* o puerta giratoria. Esta tesis presupone que aquellas personas que participan directamente en las hostilidades pierden y recuperan su protección en paralelo con los intervalos de su participación directa y temporal en las hostilidades. Es decir, si dicha persona ha regresado a su casa –no suponiendo ya una amenaza– no podría ser atacado, ahora bien, si posteriormente reinicia su actuación hostil sí podrá ser atacado, siendo lo anterior una consecuencia lógica de las normas humanitarias<sup>121</sup>. Este vaivén en relación a la inmunidad debe interpretarse restrictivamente. Aun así, desde el momento en que la persona se prepara para el acto hostil y durante toda su retirada entendemos que puede ser objeto de ataque, ya que en dichos contextos espacio-temporales aquélla sigue presuponiendo una amenaza para las Fuerzas Armadas<sup>122</sup>.

En este orden de cosas, nos tenemos que preguntar si cuando una persona participa directamente y de forma reiterada en las hostilidades puede presuponerse que está integrado en un grupo armado organizado y, por ende, puede ser objeto de ataque en todo momento. WATKIN y BOOTHBY entiende que desde el mismo momento en que una persona participa directamente en las hostilidades si decide posteriormente repetir su conducta demostraría que combate para alguna parte contendiente; en síntesis, para estos autores la participación directa en las hostilidades solamente puede producirse en una ocasión, más allá de esto se infiere la pertenencia a un grupo armado organizado o fuerza disidente<sup>123</sup>. Realmente, esta pregunta debe ser resuelta atendiendo caso por caso,

---

<sup>121</sup> RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «Participación directa...». *Op. cit.*, pp. 797 y 798; Doc. *Guía para interpretar la noción... Op. cit.*, p. 70. Igualmente, tenemos que significar que la Corte Suprema de Israel llegó a la misma conclusión en el *caso targeted killing*, cfr: Sentencia de la Corte Suprema de Israel, de 11 de diciembre de 2005, *The Public Committee against torture in Israel et al v. The government of Israel et al.*, Case n° HCL 769/02, párr. 38.

<sup>122</sup> Cfr. SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 1943; cfr: ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 11.

<sup>123</sup> WATKIN, K. *Op. cit.*, p. 692; BOOTHBY, B. «And for such time as: the time dimension to direct participation in hostilities». *International Law and Politics*, vol. 42. 2010, p. 758.

investigando el contexto de la situación y la participación del actor en cuestión. A nuestro juicio, el criterio cuantitativo anteriormente expuesto no puede acogerse, pues no resulta determinante, teniendo mejor acogida un criterio cualitativo, de suerte que la espontaneidad de la participación en las hostilidades y su carácter esporádico pueden implicar más de una acción hostil, sin necesidad de entender que realiza una función continua de combate en el seno de un grupo armado. Ahora bien, las hostilidades reiteradas sí presuponen un serio indicio de que *de facto* está integrado en un grupo armado organizado. Si la espontaneidad se transforma en rutina nos tendremos que preguntar si la persona en cuestión forma parte de un grupo armado, pues resulta sumamente extraño que una persona de manera persistente decida llevar a cabo tales actuaciones sin ser miembro de una organización que le ofrezca inteligencia, armas, entrenamiento, material, etc., a fin de poder atacar al enemigo. Lo difícil en cualquier caso será determinar cuándo nos hallamos ante una conducta reiterada<sup>124</sup>, por lo que la *praxis* de los estados al respecto será de suma importancia.

## 5. LA IDENTIFICACIÓN POSITIVA COMO MECANISMO PARA SATISFACER EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

### 5.1. INTRODUCCIÓN

Ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico contiene o regula el término de identificación positiva. No obstante, en el Manual de Doctrina conjunta de *targeting* adquiere una especial relevancia este concepto, pues constituye un pilar básico del mismo<sup>125</sup>. El proceso de *targeting* comprende acciones militares que van a ocasionar en los blancos señalados (*targets*) unos efectos no letales, como otras acciones que sí van a producir unos efectos letales, por lo que se infiere que el *targeting* no se reduce únicamente a la conducción de hostilidades, tratándose de un concepto mucho más amplio<sup>126</sup>. En cualquier caso, en lo que nos concierne en este estudio,

<sup>124</sup> KECK, T.A. *Op. cit.*, pp. 150 y 151.

<sup>125</sup> Por *targeting* hemos de entender aquel proceso integrado en el planeamiento y conducción de las operaciones mediante el cual se satisfacen los objetivos a través de la obtención de determinados efectos que favorezcan o consigan estos objetivos, *cf.*: Doc. PDC-3.9. «Doctrina conjunta...». *Op. cit.*, párr. 02001 a 02003.

<sup>126</sup> Para un mayor análisis de la materia, *cf.*: ALIA PLANA, M. «El *targeting*». *Manual de Derecho operativo*. EN PÉREZ DE FRANCISCO, E. (coord.). Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 291 y ss.

podemos afirmar que en el proceso de *targeting* nuestras Fuerzas Armadas respetarán las normas convencionales del DIH, así como las consuetudinarias, encontrando un lugar privilegiado el principio de distinción, el cual según el Manual «impone la obligación de que en toda decisión relacionada con el *targeting* deba distinguirse entre blancos legítimos y bienes civiles, y población civil. La regla de que solo podrán ser objeto de *targeting* los objetivos militares es la expresión de este concepto». Pero lo más importante es que en el Manual se indica que las reglas de enfrentamiento en vigor para cada operación deben definir una serie de requisitos, entre los que se halla la identificación positiva requerida para cualquier tipo de ataque y el conjunto de sensores que proporcionarán la misma, de ahí la relevancia de este concepto<sup>127</sup>.

## 5.2. CONCEPTO

A pesar de la indefinición anteriormente expuesta en nuestro ordenamiento jurídico en relación al concepto de identificación positiva, no resulta menos cierto que la doctrina militar estadounidense sí se ha ocupado de este aspecto. Así, en el *Operational Law Handbook* se sostiene que la identificación positiva es «aquella certeza razonable de que el objetivo propuesto es un objetivo militar legítimo»<sup>128</sup>. Esta definición no resulta pacífica ni mucho menos, pues existen autores que piensan que es demasiado restrictiva y difícil de satisfacer para los soldados que se hallan inmersos en enfrentamientos armados complejos, como son los que acontecen en zonas urbanas. En este sentido, se ha propuesto modificar este término por el de «identificación afirmativa del blanco»<sup>129</sup>.

El término «positivo/a» denota cierta rigidez, según la Real Academia Española, en una de sus distintas acepciones, indica que es aquello cierto, efectivo y verdadero y que no ofrece duda, o aquello que es afirmativo o que expresa afirmación o aceptación. Como puede apreciarse, para nosotros resultaría indiferente utilizar el término positivo o afirmativo, pues es semejante. Lo realmente relevante radica en entender qué constituye la identificación positiva en nuestra doctrina militar, pues ello puede originar diversas consecuencias jurídicas para el militar que incumpla este requerimiento inherente al principio de distinción, tanto de

<sup>127</sup> Doc. PDC-3.9. «Doctrina conjunta...». *Op. cit.*, párr. 05065.

<sup>128</sup> Doc. «Operational Law...». *Op. cit.*, p. 109.

<sup>129</sup> MERRIAM, J.J. *Op. cit.*, p. 140.

naturaleza disciplinaria como penal. No obstante, la definición contenida en la doctrina estadounidense constituye un punto de partida adecuado para abordar una definición de este concepto.

### **5.2.1. Certeza razonable**

El presupuesto de la certeza razonable debe concurrir para no menoscabarse el principio de distinción, pues en caso de duda acerca de si una persona o un bien es un objetivo militar debe evitarse todo ataque sobre el mismo, *ex art.* 50.1 y 52.3 del PAI, de suerte que la certeza razonable se contraponen claramente a las dudas. Esto entraña que la autoridad militar que ordena un ataque tenga la certeza o seguridad de que el objetivo es ilícito. Ahora bien, esta certeza o seguridad debe estar sustentada en criterios razonables, los cuales deben valorarse de conformidad con la información disponible en el momento de decidir el ataque. No puede exigirse una valoración de este tipo si no se dispone de datos o información en el momento preciso y concreto. Lo anterior puede resultar controvertido, sobre todo cuando tratamos la responsabilidad del superior, pero, en cualquier caso, lo relevante es que la información a valorar sea la disponible y al alcance del mando en las circunstancias del momento. A título de ejemplo, si el jefe de un pelotón tiene la orden de atacar una vivienda en la que le ha informado su cadena de mando que solamente hay combatientes, aquél tendrá una certeza razonable de que la vivienda y sus moradores son objetivos militares, pues ha existido una previa valoración de la información disponible por su cadena de mando. Por otro lado, si dicho jefe de pelotón, en el seno de operación militar detecta una vivienda en la que cree que hay combatientes, deberá obtener información suficiente en ese momento y contexto para valorar la certeza de su presunción y poder atacar. Por último, si no se dispone de información alguna sobre los moradores de la vivienda la misma no podrá ser atacada, al existir dudas de su calificación como un objetivo militar.

Por ello, el juicio de razonabilidad que debe efectuar el mando sobre la información disponible resulta esencial, pudiendo afirmarse que debe fundamentarse en algo más que las meras sospechas o indicios; en suma, debe tenerse la creencia de que la persona o bien que pretende atacarse es un objetivo militar. Este parámetro de la creencia encuentra su origen en la justicia penal internacional, concretamente, en el caso *Hostages case* que se juzgó ante los tribunales militares de Estados Unidos instituidos tras la segunda guerra mundial. En este juicio se juzgó entre otros al

«general Rendulic» por su política de tierra quemada, consistiendo su defensa jurídica en relación a este cargo en la necesidad militar. El tribunal, en un fragmento de su sentencia, sostuvo que la finalidad del proceso no era determinar si dicha política se fundamentó en una necesidad militar, sino si el acusado en el momento de los hechos actuó dentro de los límites de la honestidad con base en las condiciones existentes en el momento, concluyendo que no podía ser culpable del crimen de guerra imputado de devastación, dado que actuó de conformidad con la escasa información de la que disponía a causa del curso de las operaciones militares, las cuales eran vertiginosas<sup>130</sup>.

### 5.2.1.1. Obtención de información

La obtención de información es el elemento objetivo de la certeza razonable. La identificación positiva requiere la existencia de información disponible, lo que significa a *sensu contrario* que la ausencia de información o de evidencias no equivale a una identificación positiva. En todo caso tiene que existir un dato, información o evidencia que demuestre que el bien o persona que se pretende atacar es un objetivo militar, no pudiendo valorarse positivamente la ausencia de indicios para ejecutar un ataque. Asimismo, a la hora de proceder a la identificación positiva el *quantum* de la información o de evidencias disponibles no resulta determinante, ya que una única prueba o dato que acredite que un bien o persona es un objetivo militar es suficiente para satisfacer el presupuesto objetivo de la identificación positiva, por lo que debe prevalecer un aspecto cualitativo<sup>131</sup>.

En este orden de cosas, pueden surgir situaciones complejas que requieren de una valoración delicada; por ejemplo, durante un enfrentamiento armado en la ciudad un grupo hostil se parapeta en un edificio con escudos humanos. En principio, esta acción impediría que fueran atacados si se pone en peligro la vida de los civiles. Ahora bien, no puede obviarse que si los escudos humanos actúan voluntariamente, estos se colocan en una situación de riesgo, siendo determinante en esta situación hallar una prueba o evidencia que demuestre la voluntariedad de los civiles en su comportamiento, labor harto compleja en el fragor de la batalla. Si no se encuentra esta información en el curso del enfrentamiento el ataque no podrá ejecutarse, sin

---

<sup>130</sup> Military Tribunal núm. V, case núm. 7, *United States v. Wilhem List, et al*, 19 February 1948, pág. 1297.

<sup>131</sup> Cfr. MERRIAM, J.J. *Op. cit.*, p. 143.



perjuicio de que si posteriormente se detienen a los combatientes y personas que actuaron como escudos humanos y se demuestra dicha voluntariedad en su comportamiento puedan ser juzgados por estos hechos. Todo lo anterior resulta una ecuación compleja, de ahí la necesidad de interpretar debidamente este presupuesto, tomándose en consideración todos los factores determinantes que hayan podido influir en la creencia del actor.

### *5.2.1.2. Valoración de la información*

La valoración de la información es el elemento subjetivo de la identificación positiva. A causa de la naturaleza subjetiva de este presupuesto no podemos establecer un criterio común o general para todas las situaciones de combate. Más allá de lo anterior, el juicio de razonabilidad que debe operar en la identificación positiva difiere notablemente si nos encontramos ante una autoridad militar de nivel estratégico, operacional, táctico o ante el mando de unidad que se halla en medio de la batalla. Cada uno de ellos tendrá un nivel de información concreto, pero lo importante es la manera en la que tiene que ser valorada, pues los mandos del nivel estratégico y operacional lo harán con unos parámetros de riesgo mínimo, lo que comporta una mayor exigencia y acierto en la valoración efectuada, mientras que el mando táctico y el mando de unidad de la batalla valorarán la información con base en unos parámetros de riesgo elevados, pues se encuentran inmersos en la batalla, lo que comportará que el nivel de exigencia y acierto pueda ser menor, no valiendo en ningún caso la adopción de una medida temeraria cuya valoración no esté sustentada mínimamente con rigor. Asimismo, la formación militar de quién adopta la decisión, empleo militar y estado mental son elementos que hay que tener presente en el juicio de razonabilidad, pues si una compañía pierde a sus oficiales y suboficiales al mando, con fundamento en la sucesión del mando, se hará cargo de esta unidad un militar con una graduación y formación en principio menor, por lo que el nivel de exigencia en su juicio de razonabilidad no puede ser el mismo que el que correspondería a los mandos naturales.

### **5.2.2. Objetivo militar propuesto legítimo**

En este punto hay que remitirse parcialmente a lo expuesto sobre los objetivos militares, pero lo importante es el hecho de que el objetivo ha tenido que ser propuesto. Esto nos conduce a la toma de decisiones

y planeamiento militar de las operaciones. Efectivamente, en el nivel estratégico se predeterminan los objetivos estratégicos militares, pero el nivel operacional es el responsable último de la selección, validación y priorización de los blancos (incluidos los que sean propuestos por los mandos subordinados), de la asignación de las acciones a realizar y de valorar si se ha logrado el efecto requerido o si es necesario reiterar la acción<sup>132</sup>. Por último, el nivel táctico será responsable fundamentalmente de la propuesta de las acciones a realizar sobre los blancos seleccionados en el proceso de planeamiento operacional y de su ejecución<sup>133</sup>. Con carácter general esta es la cadena de mando configurada para proponer y ordenar los objetivos que pueden ser atacados, y que por lo tanto han sido identificados positivamente de forma previa. Sin embargo, la cruda realidad de los enfrentamientos armados en zonas urbanas se caracteriza porque las unidades dependientes del nivel táctico, las más pequeñas e incluso operativas, como puede ser un pelotón o una sección, afrontan retos inesperados que no han sido planeados o previstos, debiendo efectuarse una toma de decisión por el jefe de la unidad a la mayor brevedad posible. En el curso de la operación pueden aparecer nuevos objetivos militares que no han sido propuestos y cuya neutralización o destrucción es requerida para alcanzar el objetivo fijado por el nivel operacional. Por ello, la definición de «identificación positiva» no puede restringirse a los objetivos propuestos, sino que debe ampliarse a aquellos objetivos que aparecen en el curso de una operación militar y menoscaban o entorpecen su finalidad, debiendo ser atacados. Un claro ejemplo son las personas que participan directamente en las hostilidades, toda vez que normalmente el nivel operacional o táctico no puede prever su número ni dónde están ubicadas, debiéndose hacer frente a este riesgo una vez hayan sido debidamente identificadas.

En conclusión, atendiendo a los presupuestos antedichos podemos proponer la siguiente definición de «identificación positiva», a saber, aquella certeza fundamentada en la valoración razonable y lógica de la información disponible en el curso de la operación militar que determina que el objeto o persona identificada es un objetivo militar legítimo.

---

<sup>132</sup> Doc. PDC-3.9. «Doctrina conjunta...». *Op. cit.*, párr. 02027.

<sup>133</sup> *Ibidem*, párr. 02028.

### 5.3. SENSORES PARA CONFIGURAR LA IDENTIFICACIÓN POSITIVA

Nos hallamos probablemente ante una de las cuestiones más problemáticas de determinar, pues la enumeración de una serie de indicios o sensores que puedan servirnos para identificar positivamente un objeto o persona como objetivo militar constituye una información capital y de suma relevancia, dado que los soldados desplegados en la operación van a tener que utilizar y valorarlos en el campo de batalla. Esto comporta que los mismos tengan que ser claros y fácilmente reconocibles para el soldado, al no gozar de mucho tiempo para valorar esta información durante las hostilidades y, sobre todo, garantizar al máximo la protección a la población civil. Llegados a este punto, la configuración de los indicios o sensores respecto de los objetos y bienes que pueden ser identificados positivamente como un objetivo militar se fundamenta, básicamente, en las características contenidas en el art. 52.2 del PAII. La naturaleza, ubicación, finalidad y utilización del bien u objeto –conceptos ya analizados previamente– son las características que deberá valorar el mando o jefe de una unidad para decidir si atacar o no. Respecto de las personas, podemos configurar dos grandes sensores, los constituidos por el estatuto de la persona y los constituidos por la conducta de la persona.

**Estatuto de la persona:** evidentemente, los combatientes y los componentes de los grupos armados organizados y fuerzas armadas disidentes integran esta clasificación. Su identificación positiva tendrá lugar básicamente porque lleven uniforme, realicen una función continua de combate o porten un signo distintivo, aunque este último aspecto no resulta determinante, ya que los niños soldado pueden portar uniformes u otros signos distintivos, teniendo que extremar las precauciones para salvaguardar su integridad, pues lo relevante es si su conducta es hostil o no, hecho harto complejo.

**Conducta de la persona:** Este criterio es el más efectivo para identificar positivamente a una persona, ya que si su comportamiento es hostil o denota una participación directa en las hostilidades podrá ser atacado.

### 5.4. ERROR EN LA IDENTIFICACIÓN POSITIVA

Las complejas circunstancias en las que el mando tiene que valorar la información de la que dispone, a fin de decidir si puede atacar un bien, objeto o persona, sobre todo, si nos hallamos en un escenario

de enfrentamiento armado en la ciudad, entraña la posibilidad de que se equivoque en su decisión. Esta equivocación, evidentemente, puede originar unas consecuencias dramáticas en la personas y en los bienes, de ahí que la decisión tenga que reunir unos parámetros concretos para que se encuentre dentro de la legalidad.

En primer término, el mando, antes de ordenar un ataque debe haber respetado las precauciones previstas en el art. 57 del PAI, a saber, verificar que los objetivos que se pretenden atacar no son personas o bienes civiles que gocen de protección; elegir correctamente los medios y métodos de combate para evitar o cuanto menos reducir en todo lo posible el número de muertos o heridos que pudieran ocasionarse accidentalmente; abstenerse de decidir un ataque si se prevé que se causarán incidentalmente heridos, muertos o daños en los bienes civiles que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; por último, si las circunstancias lo permiten, deberán darse avisos a la población civil con la suficiente antelación cuando vaya a realizarse un ataque. Estas precauciones deben estar presentes en la toma de decisión del mando, caso contrario podríamos hallarnos ante un descuido o inobservancia de las normas de debido cuidado, lo que presupondría una conducta imprudente, y por lo tanto reprochable en sede disciplinaria, *ex* art. 7.23 (falta grave) y 8.10 (falta muy grave) de la Ley Orgánica 8/2014, de 8 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas<sup>134</sup>.

En segundo término, si el mando de manera voluntaria omite toda medida de precaución, siéndole indiferente el resultado que pueda deparar un ataque o siéndole irrelevante si el objeto, bien o persona que va a atacarse está protegida, nos adentraremos en el terreno del dolo eventual, lo que comportaría la posible comisión de un injusto criminal, concretamente, un crimen de guerra.

Por último, el error o equivocación de la decisión adoptada debe valorarse con base en la información de la que disponía el mando o la que le era posible disponer. Si esta información no era correcta o totalmente completa, en principio no puede atribuirse responsabilidad penal al mando. Si el mando pudo contrastar la información en su poder y no lo hizo,

---

<sup>134</sup> Dichos preceptos disciplinarios sancionan «el incumplimiento de las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe o la inobservancia por imprudencia de los deberes establecidos por el derecho internacional aplicable en los conflictos armados» y el «incumplir grave o reiteradamente las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe o la inobservancia por imprudencia grave de los deberes establecidos por el derecho internacional aplicable en los conflictos armados».

podríamos encontrarnos ante un injusto disciplinario, al tratarse de una conducta imprudente, salvo que las circunstancias del momento impidiesen tal actuación.

## 6. CONCLUSIONES

El principio de distinción debe estar presente en toda operación militar a causa de su pertenencia al derecho consuetudinario y porque constituye un principio fundamental en la conducción de las hostilidades, del que derivan posteriormente el de proporcionalidad, evitación de grandes sufrimientos y prohibición de ataques indiscriminados. Su observación y respeto no es exclusiva de los altos mandos militares que planean el ataque, sino también de cualquier integrante de las Fuerzas Armadas que lo va ejecutar. La naturaleza asimétrica de los conflictos armados hace que el enemigo suela utilizar las ciudades como nuevos campos de batalla, aprovechándose de sus infraestructuras, edificios, instalaciones, etc., para obtener una ventaja militar y confundirse con la población civil para no ser detectados. En cualquier caso, tanto los grupos armados organizados como las Fuerzas Armadas deberán respetar el principio de distinción, sin menoscabo alguno del mismo. El respeto del DIH tiene que formar parte en todo momento del objetivo de la operación, no debiendo ser un obstáculo para el mismo. La población civil apreciará el esfuerzo inherente por respetar las normas fundamentales que rigen el *ius in bello*, lo que derivará en una estrecha colaboración, de lo contrario, una vulneración constante del mismo supondrá una desconfianza que menoscabará los intereses de la operación militar a largo plazo.

Los objetivos militares que pueden ser atacados se dividen en dos grandes bloques, aquellos que son bienes u objetos y aquellos que son personas. Con respecto a los bienes u objetos, solo podrán ser atacados aquellos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyen eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial o neutralización ofrece una ventaja militar definida. Los presupuestos constitutivos del objetivo militar deben estar presentes en el momento del ataque, de lo contrario nos hallaríamos ante un ataque ilícito. En relación a las personas, solamente los combatientes, levantamientos de la población en armas, miembros de los grupos armados organizados, fuerzas armadas disidentes o personas que participan directamente en las hostilidades, podrán ser atacados. Este último grupo de personas civiles son las que presentan una

mayor dificultad, pues solamente podrán serlo mientras dure su participación, la cual además tiene que ser directa.

El mecanismo idóneo para hacer cumplir el principio de distinción, además de tener presentes el conjunto de precauciones previstas en el art. 57 del PAI, es satisfacer el concepto de identificación positiva. Esta figura puede definirse como aquella certeza fundamentada en la valoración razonable y lógica de la información disponible en el curso de la operación militar que determina que el objeto o persona identificada es un objetivo militar legítimo. Los sensores que nos servirán para cumplir con el principio de identificación positiva son en relación con los bienes u objetos como objetivo militar, el hecho de que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan a la acción militar, lo que comporta que las Fuerzas Armadas tengan que saber analizar perfectamente estos elementos. En cuanto a las personas como objetivos militares, tanto su estatuto como su conducta, serán los criterios que haya que seguir para identificar positivamente a una persona como enemigo y por ende poder abatirlo.

La identificación positiva en todo caso requiere de la obtención de información suficiente para verificar que un bien o persona es un objetivo militar, y además deberá valorarse adecuadamente por el mando, jefe o persona que va a efectuar el ataque dicha información, teniendo presente las circunstancias del momento y lugar. En cualquier caso, la carga de demostrar o acreditar que un bien o persona es un objetivo militar recae en el atacante, si existen dudas al respecto deberá abstenerse de atacar. En ningún caso la ausencia de información o datos sobre si un bien o persona es un objetivo militar puede suponer una verificación de dicho presupuesto ineludible. El total desprecio a obtener la información necesaria para verificar que lo que se va a atacar es un objetivo militar supone una conducta dolosa, mientras que la inobservancia de alguna de las precauciones nos conduce a una conducta imprudente, siendo ambas reprochables con base en nuestro ordenamiento jurídico, bien penalmente o disciplinariamente.

## ASPECTOS JURÍDICOS DE LAS RESPUESTAS ANTE LAS AMENAZAS HÍBRIDAS

José Ramón Suberviola Gilabert  
*Capitán Auditor*

### *Resumen*

La preocupación ante las amenazas híbridas marca la actualidad de los análisis de seguridad y defensa. Los estudios doctrinales militares están brindando su atención a una manera multidisciplinar de entender los nuevos conflictos, en un pensamiento tradicionalmente mucho más compartimentado y donde se están introduciendo elementos que siempre se habían entendido como ajenos al entorno polemológico. Dentro de este contexto falta aún una perspectiva académica específicamente jurídica que se detenga en el papel que el derecho y su instrumentalización están desempeñando en estos nuevos retos para la seguridad y la estabilidad. El fenómeno emergente que se ha dado en denominar como *lawfare* se configura como pieza clave en este sentido, desvelando su utilidad frente a este tipo de amenazas.

*Palabras clave:* seguridad y defensa, relaciones internacionales, amenazas híbridas, guerra híbrida, derecho internacional humanitario, *lawfare*.

### *Abstract*

Current analysis on security and defence mainly concern on hybrid threats. Military doctrine studies are focusing their attention on a multidisciplinary way of understanding new conflicts, on a kind of thought that

has traditionally been much more compartmentalised and in which new elements that had always been understood as external to the polemological environment are being introduced. Within this context, there is still a lack of a specifically legal academic perspective from which to analyse the role law and its exploitation are playing around these new challenges to security and stability. The rising phenomenon known as lawfare constitutes a key piece in this sense, revealing its usefulness against this kind of threats.

*Keywords:* security and defence, international relations, hybrid threats, hybrid warfare, international humanitarian law, lawfare.

### SUMARIO

1. Amenazas híbridas y guerra híbrida. Concepto y elementos. 1.1. Concepto y definiciones doctrinales. 1.2. Elementos de las amenazas híbridas. 1.2.1. El uso de fuerza armada y sus consideraciones subjetivas. 1.2.2. Otras formas de violencia. 1.2.2.1. Terrorismo. 1.2.2.2. Criminalidad organizada. 1.2.3. Acciones que no implican uso de la fuerza. 1.2.3.1. Ciberamenazas. 1.2.3.2. Información y operaciones psicológicas. 1.2.3.3. Financiación y logística. 1.2.4. Coordinación de los anteriores elementos. 2. Relación de las amenazas híbridas con el derecho internacional humanitario. 2.1. Régimen jurídico aplicable. 2.2. Retos del DIH ante la guerra híbrida. 2.2.1. El umbral de aplicación. 2.2.2. El concepto de combatiente. 2.2.3. Los medios empleados. 2.2.4. Ciberamenazas. 3. El aspecto jurídico de las amenazas híbridas. El *lawfare*. 3.1. El *lawfare* y el derecho como herramienta. 3.2. Retos del *lawfare* ante la guerra híbrida. 4. Conclusiones.

## 1. AMENAZAS HÍBRIDAS Y GUERRA HÍBRIDA. CONCEPTO Y ELEMENTOS

### 1.1. CONCEPTO Y DEFINICIONES DOCTRINALES

La creciente complejidad de los retos de la seguridad y defensa es algo patente, sobre todo en los últimos años. La aparición de nuevas formas de amenazas y la evolución de las ya existentes ha condicionado la configuración que presentan las crisis actualmente, forzando con ello la búsqueda de medidas y soluciones que, correlativamente, sean capaces de contrarrestar sus efectos e, idealmente, neutralizarlas en origen antes de que cristalicen. La anterior *Estrategia de Seguridad Nacional de 2013* ya reconocía la existencia de

«nuevos riesgos y amenazas que afrontar. Junto a los tradicionales, como los conflictos armados, surgen otros de naturaleza esencialmente transnacional, que se retroalimentan y, al interactuar, potencian su pe-



ligrosidad y la vulnerabilidad del entorno. Otros elementos que suman complejidad a los riesgos y amenazas del contexto estratégico actual son su impacto transversal en distintas estructuras y actores del Estado y de la sociedad o la difícil identificación de su origen y la ausencia de un centro de gravedad único<sup>1</sup>».

En esa misma línea, el *Informe Anual de Seguridad Nacional 2016* mantenía una concepción omnicomprendiva de los ámbitos afectados que abarcaba los riesgos contra los mismos, desgranando las actuaciones que el Consejo de Seguridad Nacional afrontó durante ese año en cada uno de los campos que comprende la seguridad<sup>2</sup>. Ese documento, en lo tocante al campo de la defensa nacional, ponía de relieve que la evolución de los riesgos potenciales, que se pueden materializar en amenazas en los espacios de soberanía e interés nacional, constituye un reto que obliga a mantener las capacidades de las Fuerzas Armadas en una disposición de alerta permanente y con una suficiente capacidad de reacción<sup>3</sup>. Es también el texto que identifica por primera vez un término que no figuraba hasta entonces ni en la Estrategia de Seguridad Nacional ni en la Directiva de Defensa Nacional, el de la «amenaza híbrida», remitiéndose de manera expresa a la Cumbre de Varsovia y su subsiguiente Acuerdo de Cooperación entre la OTAN y la UE, de 6 de diciembre de 2016<sup>4</sup>. Dicho Acuerdo recoge un catálogo de propuestas de actuación conjunta en el que, pese a incluir específicamente un epígrafe relativo a estas «amenazas híbridas», no llega nunca a definir las<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD NACIONAL. *Estrategia de Seguridad Nacional 2013*. Presidencia del Gobierno, p. 6. <http://www.dsn.gob.es/es/estrategias-publicaciones/estrategias/estrategia-seguridad-nacional>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 16:15 horas.

<sup>2</sup> La *Estrategia de Seguridad Nacional de 2013* dividía en doce esos campos: conflictos armados, terrorismo, ciberamenazas, crimen organizado, inestabilidad económica y financiera, vulnerabilidad energética, proliferación de armas de destrucción masiva, flujos migratorios irregulares, espionaje, emergencias y catástrofes, vulnerabilidad del espacio marítimo y vulnerabilidad de las infraestructuras críticas y servicios esenciales. La *Estrategia de Seguridad Nacional de 2017* establece una clasificación diferente, como se analizará más adelante.

<sup>3</sup> DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD NACIONAL. *Informe Anual de Seguridad Nacional 2016*. Presidencia del Gobierno, 2016, p. 31. <http://www.dsn.gob.es/es/documento/informe-anual-seguridad-nacional-2016>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 17:00 horas.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>5</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Conclusiones del Consejo sobre la ejecución de la declaración conjunta del presidente del Consejo Europeo, el presidente de la Comisión Europea y el secretario general de la Organización del Tratado del Atlántico Norte*, Doc. 15283/16, 2016, p. 5.

La *Estrategia de Seguridad Nacional de 2017* hace referencia por fin sin ambages a las amenazas híbridas, aunque se aprecia que, probablemente por un exceso de prudencia ante la todavía existente indefinición terminológica, se vale de expresiones dispares, como «acciones híbridas» (pp. 18, 34 y 84) «conflictos híbridos» (pp. 34 y 60) o «amenazas de naturaleza híbrida» (p. 84), sin que los límites entre esas supuestas categorías queden delimitados en ningún momento<sup>6</sup>. El documento no es constante a la hora de identificar los elementos que las componen, pues aunque en todos los casos parece hacer referencia a los mismos ámbitos de actuación, incurre en algunas imprecisiones en conceptos cercanos como la manipulación de la información o las campañas de influencia en redes sociales, por ejemplo<sup>7</sup>. Si coincide en incluir en todo caso la combinación de métodos militares tradicionales con otros tales como ciberataques, elementos de presión económica y financiera, subversión y esta citada manipulación informativa en ámbitos diversificados<sup>8</sup>. El *Informe Anual de Seguridad Nacional 2017* adolece del mismo problema y no se atreve todavía a introducir una mayor concreción terminológica, aunque la inquietud por la materia y la llamada a la necesidad de adopción de medidas concretas se halla presente de manera palpable en su redacción y las múltiples referencias que a ella se formulan<sup>9</sup>.

Es por tanto evidenciable y palpable la existencia de una creciente preocupación por las amenazas híbridas en España<sup>10</sup>. A pesar de ello, la doctrina española no les ha dedicado todavía un estudio suficientemente amplio en todas sus vertientes. Ha llamado la atención de los académicos militares, por ser este su entorno natural y donde se hace preciso alcanzar un auténtico conocimiento de las mismas<sup>11</sup>. También es posible hallar algún

---

<sup>6</sup> DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD NACIONAL. *Estrategia de Seguridad Nacional*. Presidencia del Gobierno. [http://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/Estrategia\\_Seguriad\\_Nacional\\_2017.pdf](http://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/Estrategia_Seguriad_Nacional_2017.pdf). Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 18:00 horas.

<sup>7</sup> *Ibid.*, contraposición entre las definiciones de la p. 18 y la p. 34.

<sup>8</sup> En las dos ocasiones en que hace referencia a su finalidad (pp. 18 y 60), la circunscribe a la desestabilización política, el fomento de movimientos subversivos y la polarización de la opinión pública.

<sup>9</sup> DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD NACIONAL. *Informe Anual de Seguridad Nacional 2017*. Presidencia del Gobierno, 2018. <http://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/IASN%202017.pdf>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 18:30 horas.

<sup>10</sup> Recientemente se ha llegado a crear un puesto de embajador en Misión Especial para las Amenazas Híbridas y la Ciberseguridad, provisto mediante Real Decreto 108/2018, de 9 de marzo.

<sup>11</sup> Cf. GARCÍA GUINDO, M. y MARTÍNEZ-VALERA GONZÁLEZ, G. «La guerra híbrida: nociones preliminares y su repercusión en el planeamiento de los países y organizaciones occidentales», Documento de trabajo 02/15. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2015. <http://www.emad.mde.es/Galerias/DOCUMENTOS-INTERES/multimedia/documentos->

análisis desde la perspectiva de la fenomenología política<sup>12</sup>. Todo ello se corresponde con estudios similares en el ámbito internacional; no obstante, lo que sí existe en otros países y todavía no se ha producido adecuadamente en España es la cristalización de estudios académicos específicamente jurídicos sobre la materia, que se detengan en las innumerables ramificaciones legales y problemas jurídicos que plantean para quienes deben afrontarlas y contrarrestarlas.

El de la amenaza híbrida no es un concepto radicalmente novedoso. Hace algo más de dos décadas ya existían autores que, si bien siendo una clara minoría, empezaban a hablar de nuevos modelos en los conflictos, empleando expresiones como la era post-Westfalia o post-Clausewitz<sup>13</sup>. Aunque ya en 1989 se había enunciado formalmente la doctrina de las cuatro generaciones de la guerra<sup>14</sup>, no es hasta la consolidación del paradigma post-11S cuando se formula como tal el concepto de la guerra híbrida y la amenaza híbrida con autonomía propia<sup>15</sup>. Como aproximación a la materia, se señala que las guerras híbridas incorporan un espectro de modos distintos de combatir, que abarca capacidades convencionales, tácticas y formaciones irregulares, actos terroristas (incluyendo tanto coerción como violencia indiscriminada) y actuaciones criminales<sup>16</sup>. La elaboración de este concepto se basa en la forma en que se desdibuja la frontera entre paz y guerra, entre combatientes y no combatientes y en cómo cada vez más los actores no estatales recurren a una multiplicidad de medios capaces de

---

descargados/documentosEMAD/150325-guerra-hibrida.pdf. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 19:00 horas.

<sup>12</sup> BAQUÉS QUESADA, J. «Las guerras híbridas: un balance provisional», Documento de trabajo 01/15. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2015. [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_trabajo/2015/DIEEET01-2015\\_GuerrasHibridas\\_JosepBaques.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2015/DIEEET01-2015_GuerrasHibridas_JosepBaques.pdf). Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 19:30 horas.

<sup>13</sup> Cf. VAN CREVELD, M. «The Transformation of War». *NY Free Press*. Nueva York, 1991. Si bien enunciaba algunos paradigmas que hoy han sido ampliamente superados, se cuenta entre los primeros autores, o al menos es el más notorio entre los pioneros, en señalar con claridad conceptos definitorios en la línea de señalar el declive de la nación estado en los conflictos armados y el auge de actores no estatales. Muy posterior, pero con interesante perspectiva histórica, ver SMITH, R. *The Utility of Force: The Art of War in the Modern World*. Nueva York: Knopf Doubleday, 2007.

<sup>14</sup> LIND, W.S., NIGHTENGALE, K., SCHMITT, J.F., SUTTON, J.W. y WILSON, G.I. «The changing face of war: into the fourth generation». *Marine Corps Gazette*, n.º. 10, octubre 1989, pp. 22-26.

<sup>15</sup> El primer uso de la expresión se registra en MATTIS, J. N. y HOFFMANN, F. «Future Warfare: The Rise of Hybrid Warfare». *Naval Institute Proceedings*, noviembre 2005, pp. 30-32, recogiendo el contenido de la ponencia que había realizado el primero de los autores en el Foro de Defensa del *Naval Institute and Marine Corps Association* el 8 de septiembre de 2005.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 30.

desafiar a los Estados, a sus capacidades de hacerles frente y a su propia legitimidad<sup>17</sup>.

Entre los conceptos de la cuarta generación, la guerra asimétrica, la guerra compuesta, etc., se abre camino esta formulación de la amenaza híbrida. No es objetivo de este estudio realizar un análisis exhaustivo de las diferencias entre todos estos fenómenos, sino simplemente circunscribirse a esta última categoría, delimitarla, considerar si es posible justificar su autonomía como modelo y desgranar los retos jurídicos que suscita.

Para ello es preciso en primer lugar deslindarla de esas categorías citadas. Todas ellas en el fondo han sido tratadas de una u otra manera por los estudiosos de la llamada «revolución de los asuntos militares», verdadera impulsora de la renovación del modo de entender el empleo de las fuerzas armadas y su papel en la seguridad y defensa<sup>18</sup>. Haciendo hincapié en el uso de la tecnología, sus proponentes se han centrado habitualmente en la utilización de las herramientas de la «era de la información», señalando cómo las mismas pueden disminuir la brecha entre antagonistas con capacidades militares dispares<sup>19</sup>. Hasta cuatro distintas escuelas doctrinales se han ocupado de esta materia en Estados Unidos, pero todos los autores coinciden en señalar la pérdida del monopolio del uso de la fuerza por los Estados, tal y como se entendía tradicionalmente, la emergencia de unas nuevas relaciones internacionales con nuevos actores y la disparidad de fuerzas que serán presumiblemente necesarias de cara a los nuevos retos<sup>20</sup>.

Sin embargo, el campo de las amenazas híbridas resulta de distinta naturaleza, pues su estudio no se vuelca en los sujetos (estatales o no estatales) ni en sus capacidades tecnológicas respectivas (y medios para explotar sus mutuas debilidades), sino en la combinación armonizada de medios de muy distinta naturaleza para la consecución de objetivos tradicionalmente entendidos como militares<sup>21</sup>.

Como resulta habitual en toda formulación doctrinal estratégica de este calado y en constante evolución, los diversos autores han mostrado

---

<sup>17</sup> LIND, W. S. «The Will Doesn't Triumph», en TERRIFF, T., KARP, A. y KARP, R. (eds.). «Global Insurgency and the Future of Armed Conflict». Nueva York: Routledge Press, 2007, pp. 101-104.

<sup>18</sup> IBRÜGGER, L. «The Revolution in Military Affairs» *NATO Parliamentary Assembly*. Science and Technology Committee, 1998. <http://www.iwar.org.uk/rma/resources/nato/ar-299stc-e.html#1>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 20:00 horas.

<sup>19</sup> CHAPMAN, G. «An Introduction to the Revolution in Military Affairs». XV Amaldi Conference on Problems in Global Security. Helsinki: september 2003, p. 7.

<sup>20</sup> Cf. O'HANLON, M. E. *Technological Change and the Future of Warfare*. Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2000.

<sup>21</sup> HOFFMANN, F. G. (2007), *Conflict in the 21st Century: The Rise of Hybrid Wars*. Virginia, Arlington: Potomac Institute for Policy Studies, 2007, p. 58.

diferencias notorias en relación con el concepto de las amenazas híbridas. Sí parece haber acuerdo pacífico acerca de considerar que el auge de los conflictos de esta naturaleza no supone en absoluto la derrota o la desaparición de la guerra clásica o convencional, pero sí representa un factor de complicación para el planeamiento de defensa en el siglo XXI<sup>22</sup>. Siendo esta teoría de origen anglosajón, no sorprende encontrar ya en 2005 una aproximación clara a ella en la Estrategia de Defensa Nacional de Estados Unidos. La identificación de amenazas emergentes viene seguida del convencimiento de que no es suficiente «luchar guerras y ganarlas», sino que se hace preciso extender el catálogo de acciones capaces de afectar a la defensa así como el concepto de contendientes, abarcando categorías que tradicionalmente quedaban fuera del ámbito militar<sup>23</sup>.

Es en el año siguiente cuando este fenómeno es descrito por primera vez bajo esa denominación, para referirse a la estrategia de Hezbolá en la guerra del Líbano de 2006<sup>24</sup>. Acotando su concepto, puede decirse de la guerra híbrida que en ella se aúnan los métodos convencionales con la guerra irregular y la ciberguerra<sup>25</sup>. Evidentemente no se trata de un fenómeno novedoso en sentido estricto, pues la combinación de medios y capacidades es de hecho una constante en la historia de la guerra. Se citan tradicionalmente la guerra de Independencia americana o la guerra de Independencia española como ejemplos de ello<sup>26</sup>. ¿Por qué entonces se busca ahora un desarrollo singularizado para referirse a esta forma de combatir? La realidad evidencia en una serie de conflictos recientes que ese empleo combinado de capacidades tan diferentes brinda a través de la sinergia resultados multiplicadores de elevada eficacia, muy superiores a los que

---

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p. 43.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, p. 13.

<sup>24</sup> VAN PUYVELDE, D. «Hybrid War - does it even exist?». *NATO Review Magazine*, 2015. <http://www.nato.int/docu/review/2015/also-in-2015/hybrid-modern-future-warfare-russia-ukraine/en/index.htm>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 20:15 horas.

<sup>25</sup> En el caso de Hezbolá que da realmente origen al término de la guerra híbrida como tal, cabe reseñar que ese grupo se valió de una mezcla de milicianos, fuerzas con adiestramiento especial, equipos de misiles contracarro, inteligencia de señales, empleo táctico y operacional de fuego de cohetes, vehículos aéreos no tripulados (UAV) y misiles antibuque, siendo equipo y armamento de última generación en muchos casos. Cf. SÁNCHEZ HERRÁEZ, P. «El Líbano: ¿viejos enemigos, nuevos procedimientos?». *Revista Ejército*, n.º. 792. Madrid: Ministerio de Defensa, 2007, pp. 14-21.

<sup>26</sup> SÁNCHEZ HERRÁEZ, P. «La nueva guerra híbrida: un somero análisis estratégico» Documento análisis 54/2014. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2014, p. 4. [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_analisis/2014/DIEEEA54-2014\\_NuevaGuerraHibrida\\_PSH.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2014/DIEEEA54-2014_NuevaGuerraHibrida_PSH.pdf). Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 20:30 horas

cabría esperar de todas esas acciones por separado<sup>27</sup>. Los analistas contemporáneos han decidido abordar el estudio de esta vertiente polemológica con la intención de ofrecer soluciones a las situaciones tan complejas que se pueden presentar.

Son diversas las definiciones que se pueden encontrar en la doctrina, pero curiosamente casi ninguna se atreve a refinar un concepto concreto, sino que más bien conforman descripciones de elementos que, aunados, buscan aproximarse a una idea real de definición. Ocurre en este campo algo parecido a lo que señalaba FERNÁNDEZ-FLORES sobre los conflictos armados con carácter general, y es que, si bien nadie ignora lo que es la «guerra», muy pocos son los que tienen claro un concepto jurídico de la misma<sup>28</sup>.

Quizá la definición más completa, y sin duda entre las más aceptadas, es la que considera que la amenaza híbrida se presenta cuando cualquier adversario, de manera simultánea y adaptativa, emplea una combinación de armas convencionales, tácticas irregulares, terrorismo y conducta criminal en el espacio de batalla para alcanzar sus objetivos políticos<sup>29</sup>. Es en esa combinación «simultánea y adaptativa» donde reside el punto clave, pues va más allá de la mera utilización de medios militares convencionales e irregulares de manera separada, aun para un objetivo común, y que definen la guerra compuesta<sup>30</sup>.

La doctrina española no es ajena a este fenómeno, desde luego, y se ha aventurado como definición de guerra híbrida aquella en la que al menos uno de los adversarios recurre a una combinación de operaciones convencionales y guerra irregular, mezclada esta última con acciones terroristas y

---

<sup>27</sup> Piénsese, además de en la citada guerra del Líbano, en la intervención rusa en Georgia en 2008, valiéndose de un ataque cibernético previo al empleo de medios convencionales, o particularmente en la cadena de eventos que en 2014 concluyó con la anexión de Crimea por parte de Rusia, donde las herramientas de información, la actuación de personal militar junto con muchedumbres de civiles o el presunto envío de tropas rusas bajo apariencia de sublevación espontánea de civiles ucranianos locales, marcó el devenir de esos eventos.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J.L. *El Derecho de los Conflictos Armado*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2002, p. 158.

<sup>29</sup> HOFFMAN, F. G. «Hybrid vs. Compound War. The Janus Choice of Modern War: Defining Today's Multifaceted Conflict». *Armed Forces Journal*, octubre 2009. <http://www.armedforcesjournal.com/hybrid-vs-compound-war/>. Consultado por última vez el 6 de octubre de 2017, 01:00 horas.

<sup>30</sup> HUBER, T. M. *Compound Warfare: That Fatal Knot*. Fort Leavenworth, Kansas: US Army Command and General Staff College Press, 2002. [http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/army/compound\\_warfare\\_cgsc.pdf](http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/army/compound_warfare_cgsc.pdf). Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 21:30 horas.

conexiones con el crimen organizado<sup>31</sup>. Los elementos son esencialmente los mismos, aun cuando esta definición se centre en el aspecto más estrictamente operacional o puramente militar.

Tanto Estados Unidos como el Reino Unido ya incluyen formalmente el concepto de amenazas híbridas en su doctrina de conflicto asimétrico<sup>32</sup>. La OTAN ha mostrado también su preocupación por ellas. Previamente a la ya citada Cumbre de Varsovia de 2016, el *Capstone Concept* de 2010 y la Cumbre de Gales de septiembre de 2014 ya se habían atrevido a apuntar el interés de la Alianza en este campo. El Concepto de 2010 introduce por primera vez el término «amenaza híbrida», que desarrollaría más tarde<sup>33</sup>. La Declaración de la Cumbre de Gales, sin formular una definición completa, sí señala como elementos que le resultan propios «una amplia gama de medidas abiertas y encubiertas, tanto militares como paramilitares y civiles, empleadas en un patrón altamente integrado<sup>34</sup>». Dentro del carácter de una declaración de esta naturaleza, que no deja de ser política, sí resulta llamativo no obstante la inquietud generada por este tipo de actividades<sup>35</sup>. De hecho se mencionan medidas concretas para responder con efectividad a las «amenazas de la guerra híbrida<sup>36</sup>». Entre ellas se incluye el aumento

---

<sup>31</sup> CALVO ALBERO, J. L. «La Evolución de las Insurgencias y el Concepto de Guerra Híbrida» *Revista Ejército*, n.º 822, octubre 2009, pp. 6-13, p. 11.

<sup>32</sup> PARRY, C. «Countering Irregular Activity Within a Comprehensive Approach». Joint Doctrine Note 2/2007. Reino Unido: 2007.

<sup>33</sup> NATO HEADQUARTERS SUPREME ALLIED COMMANDER TRANSFORMATION. «Military Contribution to Countering Hybrid Threats Capstone Concept», 1 de agosto de 2015. [www.act.nato.int/the-countering-hybrid-threats-concept-development-experiment](http://www.act.nato.int/the-countering-hybrid-threats-concept-development-experiment). Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 21:45 horas

<sup>34</sup> Wales Summit Declaration, issued by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Wales, 5 de septiembre de 2014, Apartado 13. [http://www.nato.int/cps/en/natohq/official\\_texts\\_112964.htm](http://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_112964.htm). Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 21:50 horas.

<sup>35</sup> Ello resultaba particularmente relevante en el momento de celebración esa Cumbre por cuanto se estaba desarrollando el citado conflicto en Ucrania, y tanto la OTAN en sí como algunos de sus integrantes mostraban su preocupación por la tensión política generada en toda Europa del Este, y que posteriormente ha acabado desembocando en medidas de refuerzo militar de los países bálticos por parte de la Alianza.

<sup>36</sup> *Hybrid warfare threats* en el texto original. No se ha indicado hasta ahora, pero merece la pena recordar la diferencia en inglés entre el término *war*, relativo a la guerra en el sentido más amplio y no estrictamente técnico (ni mucho menos jurídico) y *warfare*, que comprende los medios de hacer la guerra, es decir, toda la conducción de hostilidades. Por tanto, en español se pierde el matiz al hablar de *guerra híbrida* sin distinción, cuando en ocasiones los autores anglosajones están refiriéndose a *hybrid war* o a *hybrid warfare*. Este último término es el más habitual, naturalmente, pues por lo general los comentarios doctrinales guardan relación con los medios y capacidades empleados, pero no puede perderse de vista el escenario amplio y las referencias a la naturaleza de la «guerra» híbrida como tal. Para evitar la posible confusión terminológica, a lo largo de este estudio se procurará

de la comunicación estratégica, el desarrollo de escenarios para ejercicios donde se incida específicamente en las amenazas híbridas y el refuerzo de la coordinación entre la OTAN y otras organizaciones, con la vista puesta en mejorar el compartir la información, las consultas políticas y la coordinación entre estados mayores<sup>37</sup>. Para ello se crea el Centro de Excelencia de Comunicaciones Estratégicas de la OTAN en Letonia, en el que recae la misión concreta de revisar todo el concepto de las amenazas híbridas<sup>38</sup>. Adicionalmente, y en una novedosa iniciativa conjunta entre la Unión Europea y la OTAN, el pasado 3 de octubre de 2017 alcanzó su *Initial Operative Capability* (IOC) el Centro de Excelencia Europeo Contra Amenazas Híbridas con sede en Helsinki, en el cual se ha integrado también España<sup>39</sup>.

Todo ello no hace sino evidenciar la creciente atención que despierta el fenómeno de las amenazas híbridas. Como es lógico, no solo los entornos OTAN y UE se han preocupado por estudiarlo. Todos los grandes actores de la escena internacional están desarrollando doctrina en torno a la materia. El antecedente más relevante que se refiere a este fenómeno como tal se halla en un manual del Ejército Popular de Liberación Chino llamado «Guerra sin restricciones»<sup>40</sup>. En él se formula abiertamente la tesis de la interdependencia y aprovechamiento de todas las capacidades al alcance del mando cívico-militar, desdibujando las fronteras entre unas y otras y apostando sin ambages por el empleo de recursos militares convencionales y recursos no militares para lograr los objetivos estratégicos deseados.

El desarrollo ruso ha sido muy posterior, pero se ha seguido con particular interés en Occidente, especialmente a raíz de la crisis de Ucrania de 2014<sup>41</sup>. La que se ha dado en llamar «Doctrina Gerasimov» (por el jefe del Estado Mayor General ruso), o más adecuadamente «Doctrina de la guerra no lineal» se enuncia por primera vez en 2013<sup>42</sup>. El concepto ruso hace profundo hincapié en las acciones asimétricas, particularmente en el uso de la oposición interna del adversario y en las acciones informativas;

---

favorecer el término «amenazas híbridas» donde sea posible, pues adicionalmente cubre un campo más amplio y más adecuado para su análisis jurídico integral.

<sup>37</sup> Wales Summit Declaration... *Op. cit.*, apartado 13.

<sup>38</sup> <http://www.stratcomcoe.org/>

<sup>39</sup> <https://www.hybridcoe.fi/>

<sup>40</sup> QIAO LIANG y WANG XIANSUI. *Unrestricted warfare*. Pekín: PLA Literature and Arts Publishing House, 1999.

<sup>41</sup> RUIZ RAMAS, R. «Rusia se adapta a la guerra híbrida del siglo XXI». 2015. <https://www.esglobal.org/rusia-se-adapta-a-la-guerra-hibrida-del-siglo-xxi/>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 22:00 horas.

<sup>42</sup> GERASIMOV, V. «The Value of Science Is in the Foresight: New Challenges Demand Rethinking the Forms and Methods of Carrying out Combat Operations». *Military-Industrial Courier*, (Voiенно-Promышленны Kurier) n.º. 27, febrero 2013.



aunque esencialmente analiza la doctrina occidental (y muy particularmente la estadounidense) al respecto, la hace suya, pese a que su enfoque se halla dirigido de una manera específica sobre la base de medidas no convencionales<sup>43</sup>.

No faltan, como no podía ser de otra manera, autores que ponen de relieve los puntos débiles de esta nascente doctrina, aseverando que la formulación de su teoría adolece de imprecisión, calificándola consecuentemente de vaga y confusa<sup>44</sup>. Afirman en apoyo de sus planteamientos que no hay nada realmente novedoso en los conflictos llamados híbridos, más allá de una ambigüedad en los términos empleados<sup>45</sup>. Aun cuando otros autores se muestran más cautos y analizan el fenómeno desde una perspectiva más aséptica<sup>46</sup>, son minoría los que rechazan la tesis de la singularidad de la guerra híbrida como fenómeno autónomo y merecedor de estudio.

Como se advierte, el fenómeno de las amenazas híbridas no es novedoso en absoluto, pero sí resulta innegable la atención que suscita en la actualidad en el ámbito académico militar y la intención de brindarle un tratamiento unívoco, lejos de convertirse en una elaboración doctrinal pasajera u oportunista, algo que hasta sus detractores han de reconocer<sup>47</sup>. Por ello resulta necesario formular una aproximación a estas amenazas desde una perspectiva jurídica, toda vez que ello será imprescindible si se quiere alcanzar un entendimiento completo de las mismas y hacerles frente de manera integral, con plena comprensión de su naturaleza y de las capacidades propias para su gestión.

La falta de una definición universalmente aceptada dificulta ese propósito. Sin embargo, teniendo en cuenta todo lo que se ha expuesto hasta el momento, sí resulta posible analizar los elementos que configuran las amenazas híbridas y el correspondiente régimen jurídico que a cada uno concierne.

---

<sup>43</sup> BARTLES, C. K. «Getting Gerasimov Right». *Military Review*, Vol. 96, n.º 1, enero-febrero 2016, pp. 30-38, p. 36.

<sup>44</sup> Cf. SADOWSKI, D. y BECKER, J. «Beyond the «Hybrid» Threat: Asserting the Essential Unity of Warfare». *Small Wars Journal*, 2010, vol. 6, n.º 1. <http://smallwarsjournal.com/jrnl/art/beyond-the-hybrid-threat-asserting-the-essential-unity-of-warfare>. Consultado por última vez el 12 de octubre de 2017, 01:30 horas.

<sup>45</sup> PAUL, C. «Confessions of a Hybrid Warfare Skeptical». *Small Wars Journal*, 2016, vol. 3, n.º 5. <http://smallwarsjournal.com/jrnl/art/confessions-of-a-hybrid-warfare-skeptic>. Consultado por última vez el 12 de octubre de 2017, 01:30 horas.

<sup>46</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, F. «El conflicto híbrido, ¿una nueva forma de guerra?», en *Documentos de Seguridad y Defensa*, núm. 51, *El enfoque multidisciplinar en los conflictos híbridos*. Madrid: CESEDEN, 2012, pp. 11-24.

<sup>47</sup> GENTILE, G. P. «The Imperative for an American General Purpose Army That Can Fight». *Orbis*, Vol. 53, n.º 3. 2009, pp. 457-470, p. 462.

## 1.2. ELEMENTOS DE LAS AMENAZAS HÍBRIDAS

Resulta como poco arriesgado afirmar que se puede establecer un catálogo *numerus clausus* de los componentes que definen las amenazas híbridas, dada su variable morfología y enorme complejidad. No obstante, tomando como base las construcciones doctrinales que se han referido hasta ahora, parece razonable entender que existe una serie de conceptos aprehensibles sobre los cuales se puede elaborar una crítica jurídica racional.

### 1.2.1. El uso de fuerza armada y sus consideraciones subjetivas

Todas las formulaciones de las amenazas híbridas que se han expuesto hasta el momento se basan en que, entre sus elementos concomitantes, se halla siempre el uso de medios militares convencionales junto con otros no convencionales y con medios no militares. No obstante, cabe hacer una crítica a esta enumeración, y es que, aunque su intención sea ilustrativa, obstaculiza su estudio desde el punto de vista de su régimen jurídico. Resulta oportuno entonces dejar asentado en primer término que las amenazas híbridas requieren entre sus requisitos el empleo de la fuerza armada. Este término debe expresarse en su concepción más amplia, sin prejuzgar sus formas de manifestación, pero en todo caso difícilmente se puede hablar de guerra híbrida o amenaza híbrida si como parte de la misma no concurre un uso manifiesto de la fuerza la cual además revista la suficiente gravedad.

Naturalmente, es preciso convenir que el sujeto activo puede ser tanto un Estado como un agente no estatal. No es necesario en este momento, pues se aleja del objeto de estudio del presente análisis, incidir acerca de la subjetividad internacional de los grupos armados ni la particular problemática de los grupos y organizaciones terroristas<sup>48</sup>. Baste señalar de momento que las amenazas híbridas pueden proceder de un Estado (y en este sentido cabe recordar todas las denuncias internacionales que se vertieron contra Rusia durante la tan citada crisis ucraniana<sup>49</sup>) o bien de un actor no estatal (el ejemplo arquetípico es el de Hezbolá en la

---

<sup>48</sup> LUBELL, N. *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*. Nueva York: Oxford University Press, 2010, p. 112.

<sup>49</sup> PINTADO RODRÍGUEZ, C. «Ucrania. Un Estudio de caso de guerra híbrida». Campus Internacional para la Seguridad y la Defensa, 21 de abril de 2017. <https://cisde.es/observatorio/ucrania-un-estudio-de-caso-de-guerra-hibrida>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 22:10 horas.

mencionada guerra del Líbano de 2006<sup>50</sup>). Evidentemente su régimen de responsabilidad será distinto en uno u otro supuesto.

Cabe argumentar si en todo caso debe tratarse de grupos con capacidad autónoma de valerse del uso de la fuerza (esto es, sobrepasando el umbral de gravedad del conflicto armado), yendo más allá del mero ataque terrorista o de otras expresiones de violencia de menor entidad. El campo de estudio y actuación de las amenazas híbridas se halla planteado dentro del paradigma de la seguridad y defensa, no del paradigma penal-policial (*law enforcement paradigm*)<sup>51</sup>. Teniendo eso en cuenta, se puede sostener como argumento que el indicio clave reside en lo que el artículo 1.2 del Protocolo II adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, refiere en torno a «las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados»<sup>52</sup>.

Desde este punto de vista, la guerra híbrida vendría a estar sujeta, de manera elemental, al derecho internacional humanitario, al menos en lo tocante al uso de la fuerza. Es desde esta perspectiva desde donde hay que analizar el hecho concreto y discernir si se halla amparado por él o supone una infracción del mismo. Más adelante se va a volver a incidir sobre este aspecto, pero sí es necesario dejar claro que el elemento que se convierte en requisito esencial para poder hablar de amenazas híbridas (y obviamente, de guerra híbrida) es el uso de la fuerza armada, el cual vendrá a su vez acompañado de otras medidas de distinta naturaleza, pero siempre en apoyo o en refuerzo de la misma.

Dentro del campo del uso de la fuerza ya se podrá diferenciar entre el empleo de medios convencionales y no convencionales, conflicto asimétrico, guerra irregular y un largo etcétera de capacidades, pero todas ellas forman parte del mismo núcleo esencial, que es el que resulta relevante a efectos jurídicos en este momento, y es la aplicación de un grado de violencia de tal intensidad que activa los mecanismos del DIH. Aunque se hará referencia

---

<sup>50</sup> COLOM PIELLA, G. «Vigencia y limitaciones de la guerra híbrida». *Revista Científica «General José María Córdova»*, vol. 10, n.º 10. 2012, pp. 77-90, p. 83. O mucho más extensamente, cf. HOFFMAN, F. G. *Conflict in the 21st Century...* *Op. cit.*, 2007, pp. 35-42.

<sup>51</sup> La traducción al español dista mucho de ser exacta, pero dentro de la doctrina es el intento más cercano de trasladar un concepto jurídico tan difuso y de origen anglosajón a nuestro idioma y categorías conceptuales. Un estudio interesante de este concepto puede encontrarse por ejemplo en MELZER, N. *Targeted Killing in International Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008, pp. 85-90.

<sup>52</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Violencia y uso de la fuerza*. Ginebra: CICR, 2015, p. 19.

más detallada a ello más adelante, en este punto es necesario dejar constancia al menos de la dicotomía entre los medios convencionales y no convencionales. La definición que ofrecía HOFFMAN mencionaba expresamente «armas convencionales» y «tácticas irregulares»<sup>53</sup>. Nótese la diferencia en los sustantivos, que no es nada casual, pues busca centrarse en los medios empleados y no en el sujeto que se vale de ellos. Elude de esta manera cualquier posible asociación terminológica entre medios convencionales y ejércitos regulares de los Estados, pues el empleo de capacidades convencionales puede ser ejercitado también por grupos armados no estatales<sup>54</sup>. Y más importante aún, esquiva cualquier compromiso con el artículo 44.3 del Protocolo Adicional I (en relación con el reconocimiento del estatuto de combatiente), lo cual no es baladí tratándose de un autor estadounidense.

### 1.2.2. Otras formas de violencia

Junto al uso de la fuerza armada, las amenazas híbridas se definen por el empleo de otros métodos. Fundamentalmente, aunque en absoluto de manera exclusiva, hay que referirse a la concurrencia de acciones que implican violencia pero que no alcanzan el umbral de gravedad del DIH. El espectro que ello puede abarcar es prácticamente infinito, pues lo que resulta relevante es que el resultado de la acción coadyuve al objetivo estratégico perseguido, bien de manera directa, bien indirecta<sup>55</sup>.

Dentro de esta categoría podemos encontrarnos esencialmente con dos grandes variantes, el terrorismo y la criminalidad organizada.

#### 1.2.2.1. Terrorismo

Son muy numerosas a estas alturas las construcciones doctrinales que se han formulado sobre el terrorismo, aunque mientras no haya consenso sobre cómo afrontar ese fenómeno, no es probable que se llegue a un acuerdo sobre su definición<sup>56</sup>. No se trata en este punto de elaborar un análisis concreto

---

<sup>53</sup> Nota *ut supra* 29.

<sup>54</sup> PETERS, R. «Lessons from Lebanon: The new model terrorist army». *Armed Forces Journal*, vol. 114. 2006, pp. 38-43, p. 39.

<sup>55</sup> HUNTER, E. y PERNIK, P. «The Challenges of Hybrid Warfare». Tallin: International Centre for Defence and Security, 2015, p. 4.

<sup>56</sup> GASSER, H. P. «Acts of terror, «terrorism» and international humanitarian law». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 84, n.º 847. 2002, pp. 547-570, p. 552.

de esta figura en cuanto posible crimen internacional ni su persecución por los Estados<sup>57</sup>. Basta con certificar que consiste en un elemento susceptible de presentarse en el contexto de las amenazas híbridas. Sus formas de manifestación son enormemente variadas, lo cual dificulta en gran medida su adecuada calificación jurídica, máxime teniendo en cuenta que últimamente se están haciendo esfuerzos para ampliar el concepto en el sentido de abarcar fenómenos como el ciberterrorismo y las operaciones financieras transnacionales ilegales, junto con otros delitos que derivan de la actividad principal del terrorismo, como la criminalidad organizada o la violencia sexual<sup>58</sup>. En todo caso es necesario apuntar que habrá que estar al Estado del foro para determinar la calificación penal que se atribuya en su caso a los hechos y su correspondiente punición, sin perder de vista la vertiente que puede presentar el terrorismo como infracción del DIH, por ministerio del artículo 53 del IV Convenio de Ginebra<sup>59</sup>. En ese sentido también hay que apuntar que incluso las actividades de fuerzas armadas regulares durante un conflicto armado pueden llegar a constituir actos terroristas<sup>60</sup>.

#### *1.2.2.2. Criminalidad organizada*

Mucho más difusa si cabe que el terrorismo es la actividad de grupos criminales organizados. Es preciso hacer referencia en primer lugar a aquellos actos que revistan gravedad de entidad suficiente como para tener incidencia en el seno de un conflicto armado y, en definitiva, formar parte de una amenaza híbrida. El CICR se refiere a este crimen organizado como el conjunto de actividades ilícitas llevadas a cabo por organizaciones criminales y bandas territoriales, incluidas las actividades que tienen como

---

<sup>57</sup> WALTER, C. «Defining terrorism in national and international law», en WALTER, C., VÖNEKY, S., RÖBEN, V y SCHORKOPF, F. (eds.). *Terrorism as a Challenge for national and international Law: Security versus Liberty*. Berlín/Heidelberg: Springer, 2003, p. 23-44, p. 35.

<sup>58</sup> Ver por ejemplo el cuarto informe del secretario general sobre la amenaza que plantea el EIIL (Dáesh) para la paz y la seguridad internacionales y la gama de actividades que realizan las Naciones Unidas en apoyo de los Estados miembros para combatir la amenaza, 2 de febrero de 2017, donde llama la atención sobre todos estos aspectos y sus imbricaciones en el momento actual.

<sup>59</sup> Ver un análisis de la cuestión en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. «Tratamiento de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario y protección de las víctimas de la guerra». *Tiempo de Paz*, n.º 64. 2002, pp. 50-62.

<sup>60</sup> Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2017, 158/14.

consecuencia el recurso a la violencia armada<sup>61</sup>. De nuevo la cuestión del derecho aplicable se revela enormemente delicada, pues este tipo de criminalidad puede sobrepasar el umbral de gravedad del DIH y los grupos criminales involucrados, bajo determinadas circunstancias, pueden incluso llegar a considerarse parte en el conflicto<sup>62</sup>.

Pero puede existir otro tipo de crimen organizado, de menor intensidad en cuanto al grado de violencia y que no sobrepase el umbral de gravedad del DIH, pero que resulte igualmente relevante a los efectos que aquí se tratan. Es preciso formular una crítica hacia las tesis defendidas por aquellos autores que tienden a obviar o minusvalorar el papel de este tipo de fenómeno criminal<sup>63</sup>. Aun cuando su ámbito pertenezca enteramente a los derechos penales nacionales de los países afectados y no al DIH, sus efectos pueden resultar de enorme relevancia en el contexto de una amenaza híbrida, bien sea para involucrar al Estado afectado no solo con sus fuerzas armadas, sino también policiales, y producir así un desgaste económico y social mayor, bien sea mediante la prestación de recursos, financiación o apoyos de cualquier otro tipo<sup>64</sup>.

Lógicamente, su tipología es tan amplia como su casuística, de modo que se hará preciso el análisis caso por caso para poder determinar el derecho aplicable al acto concreto de violencia.

### 1.2.3. Acciones que no implican uso de la fuerza

El elemento que más cuesta asimilar en el mundo de la doctrina militar, y por tanto su mayor reto, es el del empleo de medidas que no se valen de la utilización de la violencia como recurso. Si la variedad en los tipos de conducta criminal era ya notoria, en este campo se convierte en virtualmente inabarcable<sup>65</sup>. Su respuesta, desde luego, no puede ser

---

<sup>61</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*. Ginebra: CICR, 2011, p. 12.

<sup>62</sup> HAUCK, P. y PETERKE, S. «Organized crime and gang violence in national and international law» *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 92, n.º 878. 2010, pp. 407-436, p. 417.

<sup>63</sup> WITTES, B. «What is Hybrid Conflict?». Lawfare Blog, 11 de septiembre de 2015. <https://lawfareblog.com/what-hybrid-conflict>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 22:20 horas.

<sup>64</sup> LASICA, D. *Strategic implications of hybrid war: A theory of victory*. Fort Leavenworth: U.S. Army Command and General Staff College, 2009, p. 20.

<sup>65</sup> OTAN. «¿Guerra híbrida, respuesta híbrida?». *Revista de la OTAN edición digital*. <http://www.nato.int/docu/review/2014/Russia-Ukraine-Nato-crisis/Russia-Ukraine-crisis-war/ES/index.htm>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 22:25 horas.

tampoco exclusivamente militar, y habrá de amoldarse necesariamente a cada acción concreta. Por motivos de espacio es imposible en este momento detenerse en un análisis mínimamente pormenorizado y riguroso de las posibles formas de aparición de estas medidas dentro de la guerra híbrida, pero sí merece la pena al menos realizar una muy somera enumeración a título ilustrativo de las capacidades que pueden integrarse en ella.

### *1.2.3.1. Ciberamenazas*

Hablar en profundidad de las capacidades de las ciberoperaciones y sus implicaciones en la seguridad y defensa merecería un tratado por sí mismo<sup>66</sup>. En el campo de las amenazas híbridas es necesario resaltar que el desarrollo de capacidades ofensivas es sensiblemente menos costoso que el de capacidades defensivas, lo cual incide en el modo en que unas y otras son empleadas en la guerra híbrida<sup>67</sup>. El daño que se puede causar a cualquier tipo de infraestructura, red o sistema en un mundo conectado e interdependiente resulta difícil de calcular, teniendo en cuenta el efecto cascada que dicho daño pueda causar de manera directa o indirecta a su vez en terceros sistemas<sup>68</sup>.

No se trata en este caso de medidas propias de la ciberdefensa o integradas en las capacidades militares para el conflicto armado<sup>69</sup>, sino el empleo de *hackers* (con independencia de su relación con un ente gubernamental o privado, lo cual será relevante exclusivamente en el momento de atribución de la responsabilidad) capaces de afectar sistemas *a priori* no necesariamente militares, pero que considerados en

---

<sup>66</sup> La mejor referencia para consulta sin duda es SCHMITT, M. N. (ed.). *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*. Cambridge University Press, 2017.

<sup>67</sup> DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. y BLANCO NAVARRO, J. M. *Seguridad Nacional, amenazas y respuestas*. Madrid: LID Editorial, 2014.

<sup>68</sup> ÁLVAREZ, L. A. «Ciberataques, antesala de la guerra híbrida». *Expansión*, 7 de septiembre de 2017. <http://www.expansion.com/actualidadeconomica/analisis/2017/09/07/59b0245646163fdf1b8b457a.html>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 22:25 horas.

<sup>69</sup> En ocasiones se ha citado el empleo por parte de Rusia de sistemas de interferencia de comunicaciones militares, de interferencia de drones y de radares de aeronaves en la crisis de Ucrania, pero esto no puede sino considerarse como parte de las medidas puramente militares e incardinadas en el aspecto convencional de un conflicto armado. Cf. BAQUÉS QUESADA, J. «El papel de Rusia en el conflicto de Ucrania: ¿La guerra híbrida de las grandes potencias?». *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, vol. 1, n.º 1. 2015, pp. 41-60.

su conjunto sí tienen incidencia en el escenario estratégico global<sup>70</sup>. La rápida evolución de las ciberamenazas y su enorme dispersión complica su tratamiento jurídico, pero debe seguirse igualmente la guía que se indicaba anteriormente acerca de la determinación de cuándo cabe hablar de acciones que caen bajo el ámbito de actuación del DIH y cuándo resultarán de aplicación los respectivos derechos penales o administrativos que procedan en cada caso<sup>71</sup>.

### 1.2.3.2. Información y operaciones psicológicas

Puede ser discutible integrar este aspecto dentro del conflicto híbrido, pero su relevancia no puede ser soslayada, como tampoco pueden serlo sus aspectos legales<sup>72</sup>. La OTAN considera que «la dimensión psicológica del conflicto es tan importante como la física. El conflicto es una pugna de voluntades, que tiene lugar tanto en las mentes de la gente como en el campo de batalla»<sup>73</sup>. Los límites de actuación de este tipo de actuaciones debemos encontrarlos a caballo entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, y merecen la atención jurídica propia de toda metodología operacional<sup>74</sup>. No es preciso detenerse ni profundizar en la materia, pero sí resulta conveniente recordar el impacto general que los medios de información y la opinión pública pueden tener sobre el mando estratégico de una operación militar, particularmente en el nivel político, por la necesaria permeabilidad de los gobiernos democráticos a los mismos<sup>75</sup>.

---

<sup>70</sup> Siguiendo con el ejemplo de Ucrania, el grupo activista prorruso CyberBerkut desempeñó un nada desdeñable papel en ataques y desinformación a medios de comunicación occidentales. ARTEAGA, F. «La «gota» rusa, Ucrania y la confrontación rusa con Occidente». *Comentario Elcano* 7/2015. Real Instituto Elcano, 2015, p. 2.

<sup>71</sup> Cf. DUCARU, S. R. «The Cyber Dimension of Modern Hybrid Warfare and its Relevance for NATO». *EUROPOLITY*, vol. 10, n.º 1, 2016, pp. 7-23.

<sup>72</sup> Cf. WINGFIELD, T. C. *Legal Aspects of Offensive Information Operations in Space*. Washington D.C.: Department of Defense, 2005.

<sup>73</sup> NATO Allied Joint Doctrine for Psychological Operations AJP 3.10.1(A).

<sup>74</sup> LINDLEY-FRENCH, J. y BOYER, Y. *The Oxford Handbook of War*. Nueva York: Oxford University Press, 2012, p. 625.

<sup>75</sup> AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A. L. *Terrorismo en el siglo XXI. La respuesta penal en el escenario mundial*. Madrid: Dykinson, 2016, p. 103.



### *1.2.3.3. Financiación y logística*

Obviamente el aspecto económico resulta crítico en cualquier conflicto, sea de la naturaleza que sea. La capacidad financiera de los grupos armados y organizaciones criminales, así como de cualquier otro sujeto activo de la amenaza híbrida se convierte entonces en un factor clave.

Estas actividades pueden en su caso ser constitutivas de ilícitos penales de conformidad con las diferentes legislaciones nacionales que resulten de aplicación, en cuanto sean entendidas como operaciones financieras ilegales. Pero también pueden llegar a estar comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio de Naciones Unidas para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Resolución 54/109, de 9 de diciembre de 1999 y por tanto recibir respuesta penal en las legislaciones nacionales por esta vía<sup>76</sup>. Otra posible vía de aparición de estas actividades se puede presentar en cuanto las mismas estén íntimamente relacionadas con las acciones puramente militares que forman parte de la amenaza híbrida y, en consecuencia, venir reguladas por el DIH, siempre que fuese posible trazar un vínculo con la llamada «participación directa en las hostilidades», concepto que no siempre es fácil de dirimir<sup>77</sup>.

### **1.2.4. Coordinación de los anteriores elementos**

Lo que diferencia la guerra híbrida de otros tipos de conflicto es la acción conjunta de varios de los anteriores elementos, la coordinación «simultánea y adaptativa» a la que se hacía referencia anteriormente<sup>78</sup>. Se ha convenido que el uso de la fuerza armada es el requisito *sine qua non*, pero que es necesaria la concurrencia de otros de los elementos citados para poder hablar de amenazas híbridas; no obligatoriamente todos ellos tienen que conjugarse para apreciar la existencia de este fenómeno, pero sí que alguno o algunos de ellos han de aparecer en combinación con el elemento de la fuerza, o en caso contrario estaremos hablando de formas delictuales complejas, pero no de amenazas híbridas.

---

<sup>76</sup> España acoge esta tesis, que ha quedado fijada por la UE en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008.

<sup>77</sup> O'DONNELL, D. «International treaties against terrorism and the use of terrorism during armed conflict and by armed forces». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 88, n.º 864. 2006, pp. 853-880, p. 869.

<sup>78</sup> Nota *ut supra* 29.

Es relevante también su coordinación con el uso de la fuerza, esto es, que los efectos producidos por los demás elementos coadyuven de manera indubitada al objetivo estratégico, operacional o táctico perseguido por la acción militar (convencional o irregular). No es suficiente su mera concurrencia de manera paralela o aislada, pues la falta de un nexo vinculatorio impedirá la cualificación de esta categoría<sup>79</sup>.

Una vez se han expuesto las diferentes concepciones doctrinales y se ha procurado desgranar, aun someramente, los elementos que componen las amenazas híbridas, es preciso entrar de lleno en su estudio jurídico.

## 2. RELACIÓN DE LAS AMENAZAS HÍBRIDAS CON EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Pese a no ser un fenómeno novedoso, como ya se ha insistido, y haber sido ya analizado profusamente en el ámbito académico militar internacional (así como en cierta medida en el español), como ha quedado de manifiesto, el campo de las amenazas híbridas aún no ha sido tratado con demasiado detenimiento ni profusión por la doctrina jurídica española. Como se apuntaba al comienzo, el *Informe Anual de Seguridad Nacional* del año 2016 es el primer documento oficial que menciona expresamente las amenazas híbridas, lo cual no hace sino anticipar el interés y preocupación que las mismas despiertan; y la *Estrategia de Seguridad Nacional* de 2017 por fin empieza a prestarles atención en el contexto que le es propio<sup>80</sup>. En línea con ese razonamiento, es necesario señalar que los escenarios complejos de las crisis actuales apuntan hacia un modelo en el que los aspectos legales y jurídicos se van a hallar en el centro mismo del conflicto híbrido; las amenazas híbridas están diseñadas para explotar

---

<sup>79</sup> GLENN, R.W. «Thoughts on ‘Hybrid’ Conflict». *Small Wars Journal*, 2019, vol. 13. [smallwarsjournal.com/blog/journal/docs-temp/188-glenn.pdf%3Fq%3Dmag/docs-temp/188-glenn.pdf](http://smallwarsjournal.com/blog/journal/docs-temp/188-glenn.pdf%3Fq%3Dmag/docs-temp/188-glenn.pdf). Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 22:30 horas.

<sup>80</sup> Por oposición a su predecesora de 2013, la actual *Estrategia de Seguridad Nacional* establece una diferencia mucho más clara entre amenazas y desafíos. En el ámbito de las primeras incluye los conflictos armados (en cuyo seno se incardinan las amenazas híbridas dentro de este esquema), el terrorismo, el crimen organizado, la proliferación de armas de destrucción masiva, el espionaje, las amenazas que afectan a espacios comunes globales (cibespacio, espacio marítimo, espacio aéreo y ultraterrestre) y amenazas sobre infraestructuras críticas. Entre los desafíos, de menor entidad que las amenazas, el documento incluye la inestabilidad económica y financiera, la vulnerabilidad energética, los flujos migratorios irregulares, las emergencias y catástrofes, las epidemias y pandemias y los efectos del cambio climático. Puede concluirse que es un texto mucho más detallado y concienzudo cualitativamente que aquel al que reemplaza.

las posibles áreas grises, para cebarse en cada posible ambigüedad legal y minar el imperio de la ley. Es por ello imperativo alcanzar una mejor comprensión de la dimensión legal de los conflictos híbridos<sup>81</sup>. Parece por ello necesario que los mandos militares que han de tomar parte en el proceso de toma de decisiones cuenten con un asesoramiento jurídico acorde con los requerimientos que la guerra híbrida, en el sentido más amplio del término, impone a quienes han de afrontarla.

## 2.1. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

Ya se han adelantado bastantes indicios de las pautas que van a seguirse, puesto que al desglosar los elementos de las amenazas híbridas se ha podido ya intuir la naturaleza de cada uno, lo cual hace presuponer razonablemente el campo de actuación en que se ha de mover el operador jurídico.

En primer lugar hay que dejar sentado que la piedra angular del sistema ha de ser el DIH, sin discusión posible. Como se ha afirmado, de todos los elementos que pueden configurar las amenazas híbridas, el único cuya concurrencia se exige inevitablemente es el del uso de la fuerza armada, y con ella, el de su correspondiente regulación normativa convencional y consuetudinaria.

Los aspectos más clásicos del uso de la fuerza no ofrecerán complicación, naturalmente. Sin embargo, factores como la dificultad para diferenciar combatientes y no combatientes, la aplicación del principio de distinción durante la conducción de operaciones militares, la mezcla de enfoques directos e indirectos sobre el combate, la ambigüedad en la clasificación misma del conflicto y un largo etcétera van a formar parte del contexto actual de los conflictos<sup>82</sup>. Por ese motivo los Estados habrán de contrarrestar esta posible confusión para disipar las dudas legales, reales o aparentes, que se puedan suscitar, con una adecuada combinación de acciones militares, sometidas al DIH, y acciones policiales y judiciales, regidas por el derecho penal; todo ello al margen, obviamente, de cuantos

---

<sup>81</sup> UNIVERSITY OF EXETER. «Better understanding of hybrid warfare needed, University of Exeter academic warns», 21 de diciembre de 2015. [http://www.exeter.ac.uk/news/staff/title\\_488787\\_en.html](http://www.exeter.ac.uk/news/staff/title_488787_en.html). Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 22:30 horas.

<sup>82</sup> REEVES, S. «The Viability of the Law of Armed Conflicts in the age of Hybrid Warfare» Lawfare Blog, 5 de diciembre de 2016. <https://www.lawfareblog.com/viability-law-armed-conflict-age-hybrid-warfare>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 22:40 horas.

otros recursos de inteligencia, información o financieros pueda poner en juego, en busca de un enfoque integral capaz de hacer frente a cualesquiera situaciones que se presenten<sup>83</sup>.

En las crisis modernas, revistan la forma que revistan, cabe esperar precisamente ese desdibujamiento de las categorías de los conflictos armados<sup>84</sup>. En ocasiones se tratará de fingir su desescalamiento, buscando rehuir la propia consideración de conflicto, rebajando su intensidad a las «tensiones o disturbios internos» o, como mínimo, evitar la internacionalización del mismo; en otras, por el contrario, se buscará el efecto opuesto, el de dotar de visibilidad a la situación para llamar la atención de la comunidad internacional<sup>85</sup>. De este modo, las barreras entre las operaciones propias del conflicto armado y las operaciones de mantenimiento de la paz cada vez empiezan a ser más difusas, hasta el punto en que la conducción de unas puede determinar el éxito de las otras<sup>86</sup>. En este contexto, la legalidad se ha acabado convirtiendo en ocasiones en el mero vehículo para debatir sobre la legitimidad de los conflictos; no solamente ha aumentado la densidad de las normas reguladoras, sino que además los procedimientos legales desempeñan un papel mucho más importante en el desarrollo de los mismos de lo que hasta ahora habían tenido<sup>87</sup>.

Pero junto al DIH, los retos legales se disparan en cuanto intentamos abarcar el resto de conductas que pueden aparecer, como se ha apuntado con anterioridad. El crimen organizado o el terrorismo, por ejemplo, deben recibir su adecuada respuesta en el ámbito del derecho penal (bien sea nacional, bien sea internacional en su caso), teniendo en cuenta la particular consideración que los hechos en cuestión deban recibir por hallarse imbricados en el contexto de un conflicto. Pero, contemplando el amplísimo espectro de acciones que la experiencia demuestra que se presentan, no es descabellado afirmar, como hacen algunos autores, que hasta las amenazas ecológicas son

---

<sup>83</sup> COLOM PIELLA, G. «El enfoque integral a los conflictos híbridos», en *Documentos de Seguridad y Defensa*, n.º 51, *El enfoque multidisciplinar en los conflictos híbridos*. Madrid: CESEDEN, 2012, pp. 25-37, p. 34.

<sup>84</sup> GRAY, C. S. *Another Bloody Century: Future Warfare*. Londres: Weidenfeld & Nicolson, 2005, p. 124.

<sup>85</sup> Es precisamente el patrón que se pudo observar en la crisis ucraniana tras la revolución del Maidán, en la que Rusia buscaba a toda costa evitar que la situación degenerara en un conflicto internacional entre los dos países, y los grupos rebeldes proucranianos de todo tipo, que se esforzaron en atraer el foco de atención sobre ellos, particularmente queriendo involucrar a la OTAN.

<sup>86</sup> HOWARD, M. «A Long War?». *Survival*, vol. 48, núm. 4. 2007, pp. 7-14, p. 7.

<sup>87</sup> SARI, A. «Legal Aspects of Hybrid Warfare». *Lawfare Blog*, 2 de octubre de 2015, <https://www.lawfareblog.com/legal-aspects-hybrid-warfare>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 22:45 horas.

susceptibles de formar parte de las amenazas híbridas, en cuanto se puede, por medios que no son estrictamente propios del conflicto armado, causar «daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural», en los términos que recoge el artículo 55 del Protocolo Adicional I<sup>88</sup>.

Evidentemente, estudiar con detenimiento todos esos aspectos, de nuevo, merecería un manual entero. Apuntándose simplemente la naturaleza de las circunstancias que rodean estos aspectos de las amenazas híbridas, se hace necesario dejar abierto el debate en torno a la delimitación y dificultades que estas conductas presentan en el seno de los derechos nacionales y del derecho internacional de los derechos humanos y centrar ahora la atención en el campo estricto del DIH, volcado de manera más específica en la seguridad y defensa, y donde existe igualmente una serie de retos y desafíos de hondo calado a los que se hace necesario prestar atención.

Sus reglas y límites no dejan de todos modos de ser disputadas cíclicamente por autores críticos que perciben el DIH como un conjunto normativo que constriñe las posibles actuaciones que conciernen a la defensa y a sus actores<sup>89</sup>. No es de extrañar en absoluto que esta circunstancia se presente en relación con el campo de las amenazas híbridas, donde las definiciones y conceptos procuran expresarse y afinarse siempre en beneficio propio, y donde el debate jurídico en la doctrina reciente se halla en pleno apogeo, con interesantes y constantes desarrollos.

## 2.2. RETOS DEL DIH ANTE LA GUERRA HÍBRIDA

A diferencia de lo que sucede en los conflictos convencionales, en los que los objetivos los constituyen las fuerzas armadas intervinientes (o al menos así debe ser de conformidad con el DIH), el «centro de gravedad» (*CoG* por sus siglas en inglés<sup>90</sup>) en la guerra híbrida es la población; el

---

<sup>88</sup> Cf. SANDEN, J. y BACHMANN, S. D. «Countering Hybrid Eco-threats to Global Security Under International Law: The Need for an Comprehensive Legal Approach». *Liverpool Law Review*, vol. 34, n.º 3, 2013, pp. 261-289.

<sup>89</sup> Ver REEVES, S. y THURNHER, J. S. «Are We Reaching a Tipping Point? How Contemporary Challenges Are Affecting the Military Necessity-Humanity Balance». *Harvard National Security Journal*, 24 de junio de 2013. [http://harvardnsj.org/2013/06/are-we-reaching-a-tipping-point-how-contemporary-challenges-are-affecting-the-military-necessity-humanity-balance/#\\_edn5](http://harvardnsj.org/2013/06/are-we-reaching-a-tipping-point-how-contemporary-challenges-are-affecting-the-military-necessity-humanity-balance/#_edn5). Consultado por última vez el 16 de octubre de 2017, 20:30 horas.

<sup>90</sup> Se define como tal el elemento que se considera la fuente principal que proporciona fuerza moral o física, libertad de acción o voluntad de actuar. Se convierte, por tanto, en el recurso crítico en el que debe incidir la acción militar para la consecución del objetivo estratégico perseguido. Ver KIPPEN, I. «Centre of Gravity: Joining the Dots from Strategic to

adversario procura influir sobre los actores políticos y quienes toman las decisiones clave combinando operaciones convencionales con esfuerzos subversivos, recurriendo a menudo a acciones clandestinas para evitar la atribución de la responsabilidad<sup>91</sup>. Los detractores de la doctrina de la guerra híbrida insisten en que no se ha introducido realmente ningún elemento novedoso y que, por tanto, pocos aspectos, si acaso hay alguno, suponen un reto real para el DIH que no se hubiera considerado ya con anterioridad<sup>92</sup>. La doctrina mayoritaria, no obstante, tiende a considerar que, si bien es cierto que el DIH ofrece respuestas a los problemas de cualquier índole que se susciten en el seno de un conflicto armado, independientemente de su naturaleza, el estudio singularizado de las amenazas híbridas impone que el análisis del DIH aplicable sea consecuente con ello en sus planteamientos. Siguiendo ese razonamiento, se van a estudiar algunos de los retos principales que las amenazas híbridas plantean en cuanto a la aplicación del DIH.

### 2.2.1. El umbral de aplicación

Como ya se ha expuesto, uno de los fenómenos que con mayor frecuencia se plantea en las crisis recientes reside en la consideración misma que esta haya de recibir, pues se aprecia una tendencia a actuar por debajo del umbral de reacción de la comunidad internacional<sup>93</sup>. Ese umbral, tanto político como militar, depende en parte de factores jurídicos, que en nuestro entorno se traduce esencialmente en el artículo 5 del tratado de Washington y 42.7 del tratado de la Unión Europea, que prevén los sistemas de defensa colectiva en caso de que un miembro reciba un «ataque armado». La definición de ese término constituye sin lugar a dudas un problema espinoso por motivos obvios, y la guerra híbrida se vale de ello, esquivando las

---

Tactical Level Plans». *Small Wars Journal*, 12 de octubre de 2016. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 22:50 horas.

<sup>91</sup> PINDJÁK, P. «Deterring hybrid warfare: a chance for NATO and the EU to work together?». *NATO Review Magazine*, n.º 18, 2014. <http://www.nato.int/docu/review/2014/Also-in-2014/Deterring-hybrid-warfare/EN/index.htm>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 22:55 horas.

<sup>92</sup> WILKIE, R. «Hybrid Warfare. Something Old, Not Something New». *Air & Space Power Journal*, vol. 23, n.º 4, 2009, pp. 13-18.

<sup>93</sup> COMITÉ DE DEFENSA DEL PARLAMENTO DEL REINO UNIDO. Towards the next Defence and Security Review: Part Two--NATO, Evidence Q266. <http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/defence-committee/inquiries/parliament-2010/towards-the-next-defence-and-security-review-part-ii/>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 22:55 horas.

nada claras líneas divisorias que separan conceptos como intervención, uso de la fuerza, ataque, tensiones o disturbios internos, o en ocasiones incluso entre conflicto armado internacional y no internacional<sup>94</sup>.

Correlativamente, cualquier intento de aplicar expansivamente la noción de conflicto armado a situaciones que no encajan en la aplicación del DIH resulta peligroso, en la medida en que ciertas formas de violencia ejercidas por actores no estatales, que de otro modo se considerarían criminales, podrían devenir legítimas en ese escenario. Aplicar el DIH a la violencia armada situada por debajo del nivel de la insurgencia puede tener la indeseada consecuencia de legitimar otros actos hostiles e inmunizarlos contra su persecución<sup>95</sup>.

Este problema no se trata ni por asomo de un fenómeno desconocido, pero sí se puede argumentar que la novedad en este campo reside en el uso sistemático de ese aprovechamiento de la indefinición como herramienta estratégica, difuminando las fronteras entre lo que se considera o no un «acto de guerra»<sup>96</sup>.

La Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado acerca de la noción del ataque armado en el dictamen del caso de las actividades militares y paramilitares en y contra el Gobierno de Nicaragua en 1986 y posteriormente en relación con el asunto sobre las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio ocupado en 2004; e igualmente siguiendo su estela lo ha hecho el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso Tadic en 1997<sup>97</sup>. No obstante su visión integradora, resulta comprometido extraer una definición universal de este concepto que fuera aplicable con carácter general a todo conflicto, pues las circunstancias que rodean a cada crisis son únicas y específicas, de modo que un cierto grado de indefinición resulta inevitable en el estado actual de la cuestión, y seguirá siendo un resquicio que los actores de la guerra híbrida puedan explotar en beneficio propio.

---

<sup>94</sup> SARI, A. *Legal Aspects of Hybrid Warfare...* *Op. cit.*, 2015.

<sup>95</sup> PAUST, J. *There is no need to revise the Laws of War in Light of September 11th*. Washington: American Society of International Law, 2002, p. 3.

<sup>96</sup> FALLON, M. Defence Secretary's speech to RUSI on the SDSR 2015, 22 de septiembre de 2015. <https://www.gov.uk/government/speeches/defence-secretarys-speech-to-rusi-on-the-sdsr-2015>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 23:00 horas.

<sup>97</sup> PINTO, M. «La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia», en VALLADARES, G. P. (compilador). *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos* n.º 78. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, pp. 297-310, p. 310.

### 2.2.2. El concepto de combatiente

Incluso habiendo aceptado la concurrencia de un conflicto armado, internacional o no internacional, la indefinición va a seguir siendo un factor importante a la hora de referirnos a quienes participen en él. La acepción de combatiente viene siendo un problema con carácter general en todo tipo de conflictos desde hace muchos años y no es exclusiva de la guerra híbrida en absoluto<sup>98</sup>. La identificación del combatiente es un problema bien conocido y cada vez más recurrente en todos los escenarios de guerra asimétrica, particularmente en relación con la participación directa en las hostilidades<sup>99</sup>; pero también sobre la llamada «función continua de combate<sup>100</sup>». Ni siquiera es necesario incidir en el relevante obstáculo que supone para la actuación combinada de la comunidad internacional en la resolución de conflictos el hecho de que algunos países de gran peso en el panorama global no sean signatarios del Protocolo Adicional I y, en consecuencia, no asuman el concepto de combatiente de su artículo 44.3.

Es conocida la posición de un sector doctrinal, no poco relevante, acerca de esa construcción denominada *el combatiente ilegítimo* y su presunto régimen jurídico<sup>101</sup>. Esa figura debe combatirse allí donde se enuncie hasta desterrarla del vocabulario jurídico. No existe un *tertius genus* en DIH entre el combatiente y el no combatiente, no existe un estatuto intermedio con derechos reducidos; esas personas son sencillamente civiles que empuñan las armas sin cumplir los requisitos del DIH y que, por tanto, incurren en ilícitos penales de diversa consideración. El debate acerca de esta materia es artificial y no conduce más que a introducir

---

<sup>98</sup> SOLF, W. «The status of combatants in non-international armed conflicts under domestic law and transnational practice». *The American University Law Review*, vol. 33, 1983, pp. 53-65, p. 58.

<sup>99</sup> MELZER, N. *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under International Humanitarian Law*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2009, p. 20.

<sup>100</sup> El término es de nuevo cuño, pues no aparece recogido en ninguno de los convenios ni protocolos. Es usado por primera vez en el Informe del CICR de 2009 sobre la guía interpretativa de la participación directa en las hostilidades.

<sup>101</sup> Cf. SOLIS, G. *The Law of armed conflict: International humanitarian law in war*. Nueva York: Cambridge University Press, 2010, pp. 206-207; PEJIC, J. «Unlawful/Enemy Combatants: Interpretations and consequences», en SCHMITT, M. y PEJIC, J. (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007, p. 335; DÖRMANN, K. «The legal situation of 'unlawful/unprivileged combatants». *Revista Internacional de la Cruz Roja* n.º 849, 2003, pp. 45-74, p. 45.; DOMÉNECH OMEDAS, J. L. «Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura», en VALLADARES, G. P. (compilador). *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos* n.º 78, Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, pp. 133-164, pp. 142-143.



confusión conceptual en la materia<sup>102</sup>. Se trata de algo que nuevamente alimenta a las amenazas híbridas, un campo de batalla legal en torno a la indefinición y la ambigüedad capaz solamente de aportar problemas.

Se ha querido plantear como caso de estudio novedoso, y prácticamente estandarte de lo que suponen las amenazas híbridas, el uso de los llamados *proxies*<sup>103</sup>, esto es, grupos armados de dudosa identificación que actúan en nombre de otro Estado o actor no estatal con la intención de evitar la atribución de responsabilidad a estos. El ejemplo que toda la doctrina emplea es el de los *Little Green Men*, las tropas que llevaron a cabo actos de ocupación valiéndose del uso de la fuerza armada en Crimea en 2014 vistiendo uniforme, pero no portando emblemas ni signos distintivos de ninguna clase<sup>104</sup>; sin embargo eran sonoras las denuncias que desde distintas instancias se estaban formulando para señalar que en realidad se trataba de Spetsnaz rusos que actuaban con base originaria en Sebastopol<sup>105</sup>.

Haciendo un inciso, simplemente es necesario mencionar que casos idénticos se habían presentado ya con anterioridad; la propia sentencia de 1986 en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua ya lo documenta (párrs. 191 y 195), por ejemplo. Y supone una táctica similar a la que la Unión Soviética empleó en 1979 en Kabul para infiltrar sus tropas con uniformes afganos, asaltar el palacio Tajbeg y acabar con la vida del presidente Hafizullah Amin<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> Resulta muy significativo traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de Israel 769/02, de 13 de diciembre de 2006, en el asunto de las torturas a prisioneros denunciadas por el Comité Público contra la Tortura. En su ap. 28 se refiere que:

«No vamos a tomar posición sobre la cuestión de si es deseable reconocer esta tercera categoría [del combatiente ilegítimo]. La cuestión ante nosotros no versa sobre el derecho deseable, sino sobre el derecho existente. En nuestra opinión, hasta donde alcanza la ley existente, los datos que se nos presentan no son suficientes para reconocer esta tercera categoría. Ese es el caso de conformidad con el estado actual del derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario [...]. Se nos hace difícil discernir cómo podría reconocerse una tercera categoría en el marco de los Convenios de La Haya y de Ginebra».

<sup>103</sup> Su traducción al español no es cómoda. Literalmente significa apoderado o delegado, persona que actúa en representación de otra. La doctrina militar española está optando por emplear el término en inglés sin más.

<sup>104</sup> BAILLAT, J.-M. «Hybrid Warfare, a new challenge to the Law of Armed Conflicts?». *NATO Legal Gazette*, n.º 37, 2016, pp. 24-33, pp. 26-27.

<sup>105</sup> SARI, A. «Ukraine Insta-Symposium: When does the Breach of a Status of Forces Agreement amount to an Act of Aggression? The Case of Ukraine and the Black Sea Fleet SOFA». *Opinio Iuris*, 6 de marzo de 2014. <http://opiniojuris.org/2014/03/06/ukraine-insta-symposium-breach-status-forces-agreement-amount-act-aggression-case-ukraine-black-sea-fleet-sofa/>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 23:10 horas.

<sup>106</sup> BBC NEWS. «How Soviet troops stormed Kabul palace», 2009. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8428701.stm>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 23:30 horas. El caso no es idéntico, pues lo que se empleó fue el uniforme completo de otro país, pero se cita el supuesto a título ilustrativo.

La cuestión relevante es si la ausencia de uniformes o el uso inadecuado de ellos suponen una violación del DIH; al menos en esos términos se está planteando el debate doctrinal. Pero en realidad hay que señalar que ese debate es falso. El problema no lo supone el uniforme en sí mismo. Desde luego se trata de una prenda distintiva, pero no es un requisito *sine qua non*, sino que cualquier emblema que caracterice y distinga al grupo se puede considerar aceptable. Naturalmente, ha de tratarse de un signo distintivo que sea idéntico para todo el grupo y que sea empleado únicamente por él<sup>107</sup>. Por ejemplo, durante el conflicto de Kosovo en 1999, los miembros del llamado «Ejército de Liberación de Kosovo», el UÇK, lucían un distintivo estandarizado a modo de parche sobre el hombro en sus ropas de camuflaje, por más que las mismas fuesen dispares y de muy diferentes uniformidades. Es decir, el grupo tomó precauciones para distinguirse de los no combatientes. De la misma manera los citados *Little Green Men* portaban todos exactamente la misma uniformidad y armamento, de manera estandarizada, pero sin lucir distintivo de ningún tipo. Por tanto, en suma, la cuestión no es tanto si a los combatientes se les puede o no ver a distancia por su camuflaje o uniformidad, sino la falta de intención por su parte de crear la falsa impresión de que son civiles<sup>108</sup>.

La arriesgada teoría llamada *Civilitary* por su autor (contracción de *civil* y *military*), que defiende la acuñación de neologismos para ajustarse terminológicamente a las categorías presentes en los nuevos conflictos, mantiene un punto particularmente polémico, consistente en el uso consciente de población civil en entornos urbanos, no ya meramente como escudos humanos para obtener una protección puntual de los Convenios de Ginebra sobre un objetivo militar, sino como un verdadero elemento bélico más, integrado en el paradigma del conflicto híbrido, desdibujando peligrosamente las fronteras entre población civil y combatientes; bajo este prisma, la población civil podría llegar a constituirse en un recurso militar más de los agentes no estatales para el sostenimiento de sus luchas<sup>109</sup>. No es este estudio el lugar para analizar esos planteamientos, pero resulta muy ilustrativo citar esta tesis como representación de los numerosos desarrollos doctrinales que en torno al concepto de combatiente se están desarrollando en los últimos años y cómo resulta esencial delimitar ade-

<sup>107</sup> SOLIS, G. *The Law of armed conflict...* *Op. cit.*, 2009, p. 196.

<sup>108</sup> DINSTEN, Y. *The conduct of hostilities under the Law of International Armed Conflict*. Nueva York: Cambridge University Press, 2004, p. 38.

<sup>109</sup> Cf. AVRIEL, G. «Terrorism 2.0: The Rise of the Civilitary Battlefield». *Harvard National Security Journal*, vol. 7, pp. 199-240, particularmente p. 224

cuadramente las categorías jurídicas que confluyen en un conflicto híbrido, como se viene refiriendo.

### **2.2.3. Los medios empleados**

Como ya se ha expresado, en este estudio se van a tratar exclusivamente los medios que son relevantes en DIH, debiendo dejar en esta ocasión al margen el régimen jurídico de las conductas que *a priori* le son ajenas. Un desafío de cierta magnitud que se constata se está presentando es el concierne también a los términos en que se expresan determinados conceptos relativos al uso de la fuerza y de qué manera se emplean. La Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, junto con sus cinco protocolos, imponen determinados límites en el empleo de armas específicas por razones humanitarias. De hecho, el principio que ha cristalizado en derecho consuetudinario es el de la prohibición del uso de armas que, por su naturaleza, son indiscriminadas<sup>110</sup>.

No obstante, existen numerosas armas convencionales que no se hallan prohibidas, por su propia naturaleza, por el DIH y cuyo uso, sin embargo, es susceptible de causar daños extensos<sup>111</sup>. La prohibición de ataques indiscriminados guarda silencio acerca de qué medios de combate se consideran suficientemente limitados en sus efectos, de modo que el problema, en definitiva, reside en el empleo que de los mismos se haga con base en el más elemental principio de distinción, pero teniendo en cuenta que unas armas que en un contexto pueden no plantear ningún problema, en otro entorno pueden resultar devastadoras para la población civil, hasta el punto de que su uso se convierta en «indiscriminado» por naturaleza, al no haber manera posible de utilizarlas sin causar graves daños<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> HENCKATERS, J.M. y DOSWALD-BECK, L. *Derecho Internacional humanitario consuetudinario, volumen I: normas*. Ginebra: CICR, 2005. Regla 71.

<sup>111</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. «Ukraine: Unguided Rockets Killing Civilians», 24 de julio de 2014. <https://www.hrw.org/news/2014/07/24/ukraine-unguided-rockets-killing-civilians>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 23:45 horas.

<sup>112</sup> BAILLAT, J.-M. *Hybrid Warfare, a new...* Op. cit., 2016, pp. 29-30.

#### 2.2.4. Ciberamenazas

Aunque de manera muy breve, resulta necesario dedicar un epígrafe propio a la dimensión cibernética de la guerra híbrida, pues sus características se diferencian suficientemente tanto de los medios de combate convencionales como de las figuras meramente delictuales. Las amenazas cibernéticas ya por sí mismas constituyen una grave preocupación de todos los Estados en la actualidad<sup>113</sup>. La gravedad de sus efectos ha llevado a equipararlas en determinados aspectos con el uso o la amenaza del uso de la fuerza<sup>114</sup>. En ese sentido, el ciberespacio puede ser empleado tanto en su vertiente de transmisión de información (propaganda, reclutamiento, comunicación, contra-inteligencia) como en su aspecto de ciberguerra (ciberataques, quiebras de seguridad de información y de sistemas de defensa, interceptación y obstaculización de sistemas de alerta y de combate...)<sup>115</sup>. De esta manera desempeña un papel esencial en el contexto de las amenazas híbridas, por la capacidad de desplegar efectos físicos y cibernéticos sobre los objetivos atacados, que se convierten en mucho más vulnerables ante ataques físicos convencionales, lo que, como se viene refiriendo, es la característica fundamental de la guerra híbrida. Brindar una adecuada respuesta jurídica a este tipo de ciberamenazas en su vertiente cualificada como uso de la fuerza y con sujeción entonces al DIH se convierte en un factor crítico<sup>116</sup>. Deben formularse las mismas prevenciones generales que se hacen en relación con el principio de distinción, la designación de objetivos, la proporcionalidad y cuantos otros aspectos del DIH guardan relación con el uso de la fuerza, pero aún es necesario que por parte de la doctrina, tanto estrictamente militar como jurídica, se aúnen esfuerzos por alcanzar un desarrollo conjunto del estudio de esta materia, asentando un verdadero marco legal de referencia para las operaciones militares no físicas<sup>117</sup>. El DIH y su doctrina aún siguen muy vinculados

---

<sup>113</sup> REGUERA SÁNCHEZ, J. «Aspectos legales en el ciberespacio. La ciberguerra y el derecho internacional humanitario». Universidad de Granada, Grupo de Estudios en Seguridad Internacional, 18 de marzo de 2015. <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/aspectos-legales-en-el-ciberespacio-la-ciberguerra-y-el-derecho-internacional-humanitario>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2018, 23:50 horas.

<sup>114</sup> SCHMITT, M. N. (ed.). *Tallinn Manual 2.0...* Op. cit., 2017, p. 329.

<sup>115</sup> DUCARU, S. D. *The Cyber Dimension...* Op. cit., 2016, pp. 16-17.

<sup>116</sup> ANDRESS, J. y WINTERFELD, S. (eds.). *Cyber Warfare. Techniques, Tactics and Tools for Security Practitioners*. Waltham: Elsevier, 2014, p. 223.

<sup>117</sup> La distinción entre operaciones convencionales (o físicas) y no físicas (por referencia a la ciberdefensa, pero también a las operaciones psicológicas y cuantas otras no implican el uso directo de la violencia) se expresa en inglés bajo los términos *kinetic* y *non-kinetic operations*, una terminología que parece haber tenido éxito en los últimos años y que

a las operaciones convencionales de uso de la fuerza, pero parece existir una tendencia académica decidida a explorar este campo<sup>118</sup>.

Los cuatro aspectos que se han mencionado, umbral de aplicación, concepto de combatiente, medios empleados y ciberamenazas, distan mucho de ser los únicos retos a los que el DIH debe hacer frente en el ámbito de la guerra híbrida, pero sí son desde luego los más notorios y los que presentan mayor dificultad en el campo puramente práctico. Aun sin ser realmente nuevos y poder afirmarse que el DIH cubre todas posibilidades, no deja de ser cierto que el margen de ambigüedad en la determinación de algunos conceptos clave es lo que marca la aparición de estos desafíos. En ellos se centra actualmente la preocupación de los pensadores estratégicos del entorno OTAN y por ello cabrá esperar que en el futuro cercano aparezcan otros estudios de índole jurídica militar en ese sentido.

### 3. EL ASPECTO JURÍDICO DE LAS AMENAZAS HÍBRIDAS. EL *LAWFARE*

Llegados a este punto, resulta oportuno avanzar un paso más en relación con la dimensión que el derecho desempeña en las amenazas híbridas. Hasta ahora se han planteado los problemas e incidencias que los conflictos de esta naturaleza pueden presentar para el DIH y se ha apuntado que los demás elementos componentes de las amenazas híbridas que no impliquen uso de la fuerza deben ser abordados en sede penal. No obstante, contrarrestar las amenazas híbridas requiere un enfoque integral que aborde la cuestión de la misma manera que las plantea el actor de las mismas, esto es, no tratando cada elemento por separado y de manera aislada, sino como parte de un todo más grande que la simple suma de los elementos. Aquí es donde la doctrina del *lawfare* puede ofrecer algún punto de vista novedoso o al menos digno de ser tenido en consideración.

#### 3.1. EL *LAWFARE* Y EL DERECHO COMO HERRAMIENTA

En primer lugar hay que detenerse en la delimitación conceptual del *lawfare* como tal. Una definición reduccionista lo limitaría a ser entendido

---

aparece con profusión en los estudios de esta naturaleza, esencialmente estadounidenses. En español, en lugar de la referencia a la «cinética», se prefiere hablar de uso de fuerza.

<sup>118</sup> SARI, A. *Legal Aspects of Hybrid Warfare...* *Op. cit.*, 2015.

como «el uso del derecho como un arma de guerra<sup>119</sup>». El autor de esa misma formulación y pionero de la teoría del *lawfare* matiza y amplía esa afirmación hasta concretar definitivamente que «se puede definir como la estrategia del uso (incluyendo el mal uso) del derecho como sustituto de medios militares tradicionales para alcanzar un objetivo operacional<sup>120</sup>». El *lawfare* en sí mismo despierta no poca polémica en determinados sectores, que buscan la extensión de su aplicación a campos muy diferentes del de la seguridad y defensa; no deja de llamar la atención que un término que nació en el entorno militar y con vocación estrictamente castrense haya acabado extendiéndose al ámbito civil, imbricándose en la política y en la gestión de otras áreas muy diversas<sup>121</sup>. Dejando de lado esa cuestión para centrarse en el presente objeto de estudio, lo que resulta relevante dejar sentado en primer término es que el *lawfare* no trata de cuestiones de DIH ni busca establecer regulaciones o restricciones sobre el uso de la fuerza. Por el contrario, se sustenta completamente sobre una concepción instrumentalista del derecho, y no en entenderlo como un límite externo a las acciones que se desempeñen<sup>122</sup>. Es decir, versa sobre el uso de todo tipo de herramientas jurídicas de la más variada naturaleza y tipología con la finalidad de conseguir efectos iguales o similares que los que se podrían obtener mediante operaciones militares convencionales<sup>123</sup>. Su espectro es entonces prácticamente inabarcable, pues existirá una acción completamente diferente para alcanzar cada efecto deseado. Como se puede apreciar, se trata sin duda de un recurso particularmente adecuado para su empleo en la guerra híbrida.

Un adecuado uso del *lawfare*, que se mantenga dentro del respeto al DIH, implicará que se incentiva el uso de recursos jurídicos y no el uso de la fuerza, lo cual, evidentemente, supone el objetivo último del propio DIH, limitando los daños y consecuencias destructivas de los conflictos armados en la medida de lo posible<sup>124</sup>. Ello es desde luego distinto del mero

---

<sup>119</sup> DUNLAP, C. J. «Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts». 2001.

<sup>120</sup> DUNLAP, C. J. «Lawfare today: A perspective». *Yale Journal of International Affairs*, n.º 3, invierno 2008, pp. 146-154, p. 146.

<sup>121</sup> Ver <http://thelawfareproject.org>, principal referente de este aspecto que se está señalando.

<sup>122</sup> DUNLAP, C. J. *Law and Military Interventions... Op. cit.*, 2001.

<sup>123</sup> KITTRIE, O. *Lawfare: law as a weapon of war*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 11.

<sup>124</sup> CARTER, P. «Legal Combat». *Slate*, 2005. [http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/jurisprudence/2005/04/legal\\_combat.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2005/04/legal_combat.html). Consultado por última vez el 24 de septiembre de 2018, 0:10 horas.

respeto o simple aplicación del DIH a una situación de conflicto<sup>125</sup>. Pero naturalmente, concibiendo el derecho como una mera herramienta más de las que se dispone para alcanzar un objetivo operacional, hay que señalar que, al igual que cualquier otra herramienta, puede dársele un uso inapropiado, lo cual dependerá totalmente del actor y de su finalidad<sup>126</sup>.

Es necesario hacer hincapié en que el mero hecho de incumplir normas de DIH durante un conflicto armado tampoco supone una acción de *lawfare*. Numerosos autores caen en la trampa de considerar que aquellas actividades que implican un quebrantamiento del DIH por parte de un contendiente (habitualmente en el contexto de un conflicto asimétrico) que se aprovecha del mayor respeto por esas normas de su adversario convencional y que emplea esa obligación en su contra constituyen *lawfare*<sup>127</sup>. El argumento de estos autores se fundamenta en el hecho de que la conducta del enemigo asimétrico (camuflándose en hospitales u otras instalaciones protegidas, empleando escudos humanos, etc.) condiciona *de facto* la respuesta de las fuerzas armadas convencionales (usando el término como sinónimo de «occidentales»), que acaban asumiendo la carga de unas restricciones a las que no vienen obligados por el DIH<sup>128</sup>. Contra ello cabe exponer simplemente que tales actos son meras violaciones de las normas que rigen los conflictos armados, y podrán ser susceptibles de calificación como perfidia (causar un daño al enemigo tras haberle hecho creer que se hallaba amparado por una protección de la que realmente no gozaba, artículo 37 PAI<sup>129</sup>) o como un crimen internacional o violación grave de los Convenios. Pero el simple hecho de esgrimir, debida o indebidamente, una norma (de DIH en este caso) buscando la protección que esta concede, no puede ser considerado como el «empleo de una herramienta jurídica» y, en definitiva, no debe ser cualificado como *lawfare*.

---

<sup>125</sup> SCHARF, M. y ANDERSEN, E. «Is Lawfare Worth Defining? - Report of the Cleveland Experts Meeting - September 11, 2010». *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43. 2010, pp. 11-27, p. 20.

<sup>126</sup> DUNLAP, C. J. *Lawfare today: A perspective...* *Op. cit.*, 2008, p. 148.

<sup>127</sup> Lo denominan *lawfare* basado en la ventaja de la disparidad en el nivel de cumplimiento de las leyes (*compliance-leverage disparity lawfare*). KITTRIE, O. *Lawfare...* *Op. cit.*, 2016, p. 11

<sup>128</sup> REYNOLDS, J. D. «Collateral Damage on the 21st Century Battlefield: Enemy Exploitation of the Law of Armed Conflict, and the Struggle for the Moral High Ground». *The Air Force Law Review*, vol. 56. 2005, pp. 1- 108, p. 34.

<sup>129</sup> El tratamiento de la perfidia se halla reconocido como derecho consuetudinario incluso por aquellos países que, como Estados Unidos, de donde procede la mayoría de autores que defienden esta tesis, no son signatarios de los Protocolos Adicionales.

Estos suponen los rasgos característicos del *lawfare*, expuestos de manera muy somera. Procede entonces analizar sus capacidades y puntos fuertes y débiles en el contexto de la guerra híbrida.

### 3.2. RETOS DEL *LAWFARE* ANTE LA GUERRA HÍBRIDA

El *lawfare* puede ser empleado como una herramienta más dentro de las amenazas híbridas. De hecho se puede afirmar que las consideraciones legales conforman un aspecto central y distintivo de la guerra híbrida, de modo que también han de constituirse en elemento central para contrarrestarla, mediante el desarrollo de una verdadera política y doctrina del uso estratégico del derecho para la consecución de objetivos operacionales<sup>130</sup>. Ése posiblemente siga siendo el punto más débil de la preparación y planificación en el entorno OTAN de cara a afrontar las amenazas híbridas. Los mandos políticos y militares asumen como reto el entrenamiento en escenarios legalmente complejos y con gran impacto en la opinión pública, que incluyan elementos como el corto tiempo de respuesta para preparar la base legal de una operación militar, las profundas consecuencias jurídico-políticas, la previsible revisión judicial de las actuaciones, incluyendo la vía penal, y las injerencias de organizaciones internacionales, ONG y demás actores de la escena global<sup>131</sup>.

La guerra híbrida es particularmente vulnerable al *lawfare*<sup>132</sup>. El peligro intrínseco de este reside en que las amenazas híbridas no solamente presentan desafíos para la paz y seguridad internacionales, sino que socavan el propio régimen jurídico internacional cuando se usan para cuestionar su validez o aplicabilidad, de modo que se puede crear la falsa apariencia de que la sujeción al derecho no se corresponde con la percepción de la opinión pública de los intereses de las partes en conflicto<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> SARI, A. *Legal Aspects of Hybrid Warfare...Op. cit.*, 2015.

<sup>131</sup> MUÑOZ MOSQUERA, A. y BACHMANN, S. D. «Understanding Lawfare in a Hybrid Warfare Context». *NATO Legal Gazette*, n.º 37. 2016, pp. 5-23, pp. 16-17. El artículo elabora un planteamiento sobre la base del empleo instrumentalista del derecho en sentido estricto, diferenciando entre el uso del *lawfare* en sentido positivo y de acuerdo con el derecho y el uso pernicioso del mismo. La curiosa analogía mitológica con Zeus y Hades como representantes del bien y el mal impregna otras obras de los mismos autores.

<sup>132</sup> BACHMANN, S. D. y MUÑOZ MOSQUERA, A. «Hybrid Warfare as Lawfare: Towards a Comprehensive Legal Approach», en CUSUMANO, E. y CORBE, M. (eds.). *A Civil-Military Response to Hybrid Threats*. Cham: Palgrave Macmillan, 2017, pp. 61-76, p. 62.

<sup>133</sup> BACHMANN, S. D. y MUÑOZ MOSQUERA, A. «Lawfare and hybrid warfare – how Russia is using the law as a weapon». *Amicus Curiae*, n.º 102. 2015, pp. 25-28, p. 27.



Naturalmente, la «guerra jurídica» presenta dos vertientes, la ofensiva y la defensiva, de modo que el empleo proactivo de medidas jurídicas en un determinado sentido debe venir acompañado inexcusablemente de aquellas otras que garanticen su protección frente a los ataques que sufrirá en el campo de la argumentación legal, pues es evidente que el adversario pretenderá contrarrestar la acción emprendida con sus propias herramientas<sup>134</sup>.

Por ello la identificación de vulnerabilidades se convierte en esencial. Es preciso convenir que los factores geográficos y de determinación de fronteras pierden importancia, pudiendo llegar a ser irrelevantes; que la gestión de la información por el contrario adquiere peso específico, siendo imprescindible ser capaces de defender la legitimidad y legalidad de las acciones ejecutadas o que se pretendan ejecutar; que el coste de las acciones convencionales, tanto en términos económicos como políticos, no siempre es fácilmente sostenible, por muy legítimo que sea, de modo que su acción deberá ser apoyada o incluso suplida por medidas de otra naturaleza; que la acción de los tribunales internacionales sigue en expansión, por lenta que sea, combinada con las acciones que los tribunales penales nacionales desempeñan en ocasiones; o que el adversario asimétrico procurará valerse de la adhesión de los Estados al DIH para aprovechar de manera indebida su protección<sup>135</sup>. El *lawfare* reúne todas las características necesarias para hacer frente a estas dificultades, pero siempre teniendo en cuenta su adecuado uso como herramienta, conociéndola y siendo conscientes a su vez de los campos que puede cubrir y hasta qué punto, esto es, sus propias fortalezas y debilidades<sup>136</sup>. Es más que un arma que el adversario puede emplear como parte de su estrategia en la ejecución de amenazas híbridas, es un recurso que los ejércitos de los países democráticos pueden y deben usar de manera positiva<sup>137</sup>. Para ello es imperativo conocer las fronteras del

---

<sup>134</sup> SAVIN, L. «From Hybrid Warfare to Hybrid Lawfare». *Geopolítica*, 10 de abril de 2017. <https://www.geopolitica.ru/en/article/hybrid-warfare-hybrid-lawfare>. Consultado por última vez el 24 de septiembre de 2018, 0:15 horas

<sup>135</sup> BACHMANN, S. D. «Hybrid War, Russia and the role of lawfare as a pre-emptive countermeasure, conferencia en las jornadas». *Nordic Ways of War and Peace*. Copenhague: Royal Danish Defence College, 20 de mayo de 2016. [https://www.researchgate.net/publication/303459356\\_Hybrid\\_War\\_Russia\\_and\\_the\\_role\\_of\\_%27law\\_fare%27\\_as\\_a\\_pre-emptive\\_countermeasure](https://www.researchgate.net/publication/303459356_Hybrid_War_Russia_and_the_role_of_%27law_fare%27_as_a_pre-emptive_countermeasure). Consultado por última vez el 24 de septiembre de 2018, 0:20 horas.

<sup>136</sup> Cf. JONES, C. A. «Lawfare and the juridification of late modern war». *Progress in Human Geography*, vol. 40, n.º 2. 2016, pp. 221-239.

<sup>137</sup> MUÑOZ MOSQUERA, A. y BACHMANN, S. D. «Lawfare in Hybrid Wars: The 21st Century Warfare». *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, n.º 7. 2016, pp. 63-87, p. 78.

derecho internacional (particularmente el DIH) y estructurar las operaciones en consecuencia<sup>138</sup>.

El papel que en todo ello han de desempeñar los operadores jurídicos todavía debe definirse y coordinarse adecuadamente con las autoridades civiles y militares encargadas de hacer frente materialmente a las amenazas híbridas, pero es evidente que confrontar un fenómeno de esta entidad y naturaleza, que aúna tal transversalidad de conceptos, es una prueba que solo podrá superarse con éxito si se decide actuar con un esquema mental equivalentemente multidisciplinar en el que el recurso a las capacidades jurídicas ocupe un lugar destacado.

#### 4. CONCLUSIONES

I. El fenómeno de las amenazas híbridas no resulta novedoso en cuanto a los elementos que lo componen ni en sus formas de aparición, pero sí respecto de su tratamiento singularizado como una forma de conflicto o de generador de crisis. La heterogeneidad de las conductas que integran las amenazas de esta índole ha evitado tradicionalmente que se facilite un estudio global de las mismas, pero en los últimos años, paralelamente al auge del enfoque integral (*comprehensive approach*) en la doctrina militar, se ha empezado a conceder atención a la combinación de acciones de muy variada naturaleza que atienden en su conjunto a un fin operacional común. El hincapié ha de hacerse fundamentalmente en la coordinación y complementariedad de las conductas, en su integración como modelo unitario para la consecución de un fin determinado en el seno de un conflicto armado, el cual, aun reteniendo su naturaleza esencial como tal, presenta una serie de ramificaciones que *a priori* parecen ajenas al mismo pero que han acabado formando parte intrínseca de él.

II. El mundo académico militar viene prestando atención a las amenazas híbridas desde hace cerca de una década. Se ha alcanzado una relativa cohesión doctrinal en relación con los elementos clave que las integran y la forma de afrontarlas. A pesar de que esta teoría fue

---

<sup>138</sup> BILSBOROUGH, S. «Counterlawfare in Counterinsurgency». *Small Wars Journal*, vol. 14, 2011. <http://smallwarsjournal.com/jrnl/art/counterlawfare-in-counterinsurgency>. Consultado por última vez el 24 de septiembre de 2018, 0:30 horas.

formulada en primer lugar por autores estadounidenses, su estudio y formulación se ha extendido a otros países y organizaciones internacionales. Diversos países, tanto occidentales como de fuera de nuestro entorno, ya tienen elaborada una doctrina formal sobre la materia. La OTAN y la UE han creado muy recientemente un centro conjunto dedicado específicamente a las amenazas híbridas, y es de esperar avances en la forma de aproximarse al estudio de las mismas. En España se ha empezado a mostrar interés en la materia, figurando las amenazas híbridas en el *Informe Anual de Seguridad Nacional 2016* y cabiendo esperar igualmente un incremento en el interés de su estudio y tratamiento; aunque la doctrina militar ya se ha aproximado a ellas, todavía se carece por completo de doctrina jurídica que se haya dedicado a su análisis.

- III. Las amenazas híbridas guardan íntima relación con el DIH desde el momento en que se desarrollan en el seno de conflictos armados, pero también incorporan elementos ajenos que se le añaden y que afectan a aspectos del derecho internacional de los derechos humanos y al derecho penal internacional, así como a las legislaciones nacionales. Su estudio holístico requiere de transversalidad en el enfoque, pero sin perder de vista que el eje central sigue siendo el relativo a los conflictos y al uso de la fuerza. Se hace necesario que los operadores jurídicos adopten una formación y perspectiva globales que les permita hacer frente a los desafíos que suponen este tipo de amenazas.
- IV. Los retos que las amenazas híbridas presentan para el DIH, sin ser tampoco estrictamente nuevos, sí son numerosos y de cierto calado. Aspectos clave como la determinación del umbral de gravedad de la violencia, la conceptualización del combatiente, la delimitación de las figuras delictivas y su separación de los hechos amparados por el DIH o todo lo relativo a la ciberdefensa son ejemplos de las cuestiones críticas con las que se van a enfrentar los Estados que se vean involucrados en conflictos híbridos, y a las que habrán de dar solución en escenarios crecientemente complejos.
- V. El *lawfare* se encuentra entre los recursos que se pueden emplear como parte de las amenazas híbridas, pero su carácter instrumental hace que pueda y deba ser empleado igualmente para contrarrestarlas. El debate jurídico forma parte del núcleo esencial

de las amenazas de esta naturaleza, de modo que las actividades de *lawfare* se configuran como particularmente idóneas en este contexto para desplegar efectos y colaborar en el desarrollo de doctrina en torno a las amenazas híbridas. De nuevo los encargados de aplicar el derecho en este campo necesitan una sólida formación y ser dotados de la capacidad de intervenir en el planeamiento y ejecución de las operaciones militares que tengan lugar en el seno de los conflictos híbridos.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A. L. *Terrorismo en el siglo XXI. La respuesta penal en el escenario mundial*. Madrid: Dykinson, 2016.
- ANDRESS, J. y WINTERFELD, S. (eds.). *Cyber Warfare. Techniques, Tactics and Tools for Security Practitioners*. Waltham: Elsevier, 2014.
- ARTEAGA, F. «La «gota» rusa, Ucrania y la confrontación rusa con Occidente». *Comentario Elcano* 7/2015. Real Instituto Elcano, 2015.
- AVRIEL, G. «Terrorism 2.0: The Rise of the Civilitary Battlefield». *Harvard National Security Journal*, vol. 7, pp. 199-240.
- BACHMANN, S. D. y MUÑOZ MOSQUERA, A. «Lawfare and hybrid warfare – how Russia is using the law as a weapon». *Amicus Curiae*, n.º 102. 2015, pp. 25-28.
- BACHMANN, S. D. «Hybrid War, Russia and the role of lawfare as a pre-emptive countermeasure», conferencia en las jornadas Nordic Ways of War and Peace. Copenhagen: Royal Danish Defence College, 20 de mayo de 2016. [https://www.researchgate.net/publication/303459356\\_Hybrid\\_War\\_Russia\\_and\\_the\\_role\\_of\\_%27law\\_fare%27\\_as\\_a\\_pre-emptive\\_countermeasure](https://www.researchgate.net/publication/303459356_Hybrid_War_Russia_and_the_role_of_%27law_fare%27_as_a_pre-emptive_countermeasure)
- «Hybrid Warfare as Lawfare: Towards a Comprehensive Legal Approach», en CUSUMANO, E. y CORBE, M. (eds.). *A Civil-Military Response to Hybrid Threats*. Cham: Palgrave Macmillan, 2017, pp. 61-76.
- BAILLAT, J.-M. «Hybrid Warfare, a new challenge to the Law of Armed Conflicts?». *NATO Legal Gazette*, n.º 37. 2016, pp. 24-33.
- BAQUÉS QUESADA, J. «El papel de Rusia en el conflicto de Ucrania: ¿La guerra híbrida de las grandes potencias?». *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, vol. 1, n.º 1. 2015, pp. 41-60.

- «Las guerras híbridas: un balance provisional». *Documento de trabajo 01/15*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2015. [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_trabajo/2015/DIEEET01-2015\\_GuerrasHibridas\\_Josep Baques.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2015/DIEEET01-2015_GuerrasHibridas_Josep Baques.pdf)
- BARTLES, C. K. «Getting Gerasimov Right». *Military Review*, vol. 96, n.º 1. Enero-febrero 2016, pp. 30-38.
- BBC NEWS. «How Soviet troops stormed Kabul palace». 2009. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8428701.stm>
- CALVO ALBERO, J. L. «La Evolución de las Insurgencias y el Concepto de Guerra Híbrida». *Revista Ejército*, n.º 822. Octubre 2009, pp. 6-13.
- CARTER. P. «Legal Combat». *Slate*. 2005. [http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/jurisprudence/2005/04/legal\\_combat.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2005/04/legal_combat.html)
- CHAPMAN, G. «An Introduction to the Revolution in Military Affairs». XV Amaldi Conference on Problems in Global Security. Helsinki: september 2003.
- COMITÉ DE DEFENSA DEL PARLAMENTO DEL REINO UNIDO. Towards the next Defence and Security Review: Part Two-NATO, Evidence Q266. <http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/defence-committee/inquiries/parliament-2010/towards-the-next-defence-and-security-review-part-ii/>
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*. Ginebra: CICR, 2011.
- *Violencia y uso de la fuerza*. Ginebra: CICR, 2015.
- COLOM PIELLA, G. «El enfoque integral a los conflictos híbridos», en *Documentos de Seguridad y Defensa, núm. 51, El enfoque multidisciplinar en los conflictos híbridos*, Madrid: CESEDEN, 2012, pp. 25-37.
- «Vigencia y limitaciones de la guerra híbrida». *Revista Científica «General José María Córdova»*, vol. 10, n.º 10. 2012, pp. 77-90.
- DINSTEIN, Y. *The conduct of hostilities under the Law of International Armed Conflict*. Nueva York: Cambridge University Press, 2004.
- DOMÉNECH OMEDAS, J. L. «Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura», en VALLADARES, G. P. (compilador). *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos* n.º 78. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, pp. 133-164.

- DÖRMANN, K. «The legal situation of ‘unlawful/unprivileged combatants’». *Revista Internacional de la Cruz Roja* n.º 849. 2003, pp. 45-74.
- DUCARU, S. D. «The Cyber Dimension of Modern Hybrid Warfare and its Relevance for NATO». *Europolity*, vol. 10, n.º 1. 2016, pp. 7-23.
- DUNLAP, C. J. «Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts». 2001.
- «Lawfare today: A perspective». *Yale Journal of International Affairs*, n.º 3. Invierno 2008, pp. 146-154.
- FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J.L. *El derecho de los conflictos armados*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2002.
- GARCÍA GUINDO, M. y MARTÍNEZ-VALERA GONZÁLEZ, G. «La guerra híbrida: nociones preliminares y su repercusión en el planeamiento de los países y organizaciones occidentales». Documento de trabajo 02/15. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2015. <http://www.emad.mde.es/Galerias/DOCUMENTOS-INTERES/multimedia/documentos-descargados/documentosEMAD/150325-guerra-hibrida.pdf>
- GASSER, H. P. «Acts of terror, «terrorism” and international humanitarian law». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 84, n.º 847. 2002, pp. 547-570.
- GENTILE, G. P. «The Imperative for an American General Purpose Army That Can Fight». *Orbis*, vol. 53, n.º 3. 2009, pp. 457-470.
- GERASIMOV, V. «The Value of Science Is in the Foresight: New Challenges Demand Rethinking the Forms and Methods of Carrying out Combat Operations». *Military-Industrial Courier (Voienno-Prmyslenny Kurier)* n.º 27. Febrero 2013.
- GLENN, R.W. «Thoughts on ‘Hybrid’ Conflict». *Small Wars Journal*, vol. 13. 2009. [smallwarsjournal.com/blog/journal/docs-temp/188-glenn.pdf%3Fq%3Dmag/docs-temp/188-glenn.pdf](http://smallwarsjournal.com/blog/journal/docs-temp/188-glenn.pdf%3Fq%3Dmag/docs-temp/188-glenn.pdf)
- GRAY, C. S. *Another Bloody Century: Future Warfare*. Londres: Weidenfeld & Nicolson, 2005.
- HAUCK, P. y PETERKE, S. «Organized crime and gang violence in national and international law». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 92, n.º 878. 2010, pp. 407-436.
- HENCKATERS, J.M. y DOSWALD-BECK, L. (2005). *Derecho internacional humanitario consuetudinario, volumen I: normas*. Ginebra: CICR, 2005.
- HOFFMAN, F. G. *Conflict in the 21st Century: The Rise of Hybrid Wars*. Arlington, Virginia: Potomac Institute for Policy Studies, 2007.

- HOFFMAN, F. G. «Hybrid vs. Compound War. The Janus Choice of Modern War: Defining Today's Multifaceted Conflict». *Armed Forces Journal*. Octubre 2009.
- HOWARD, M. «A Long War?». *Survival*, vol. 48, n.º 4. 2007, pp. 7-14.
- HUNTER, E. y PERNIK, P. *The Challenges of Hybrid Warfare*. Tallin: International Centre for Defence and Security, 2015.
- IBRÜGGER, L. «The Revolution in Military Affairs». NATO Parliamentary Assembly, Science and Technology Committee, 1998.
- JONES, C. A. «Lawfare and the juridification of late modern war». *Progress in Human Geography*, vol. 40, n.º 2. 2016, pp. 221-239.
- KITTRIE, O. *Lawfare: law as a weapon of war*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- LASICA, D. «Strategic implications of hybrid war: A theory of victory». Fort Leavenworth: U.S. Army Command and General Staff College, 2009.
- LIND, W.S., NIGHTENGALE, K., SCHMITT, J.F., SUTTON, J.W. y WILSON, G.I. «The changing face of war: into the fourth generation». *Marine Corps Gazette*, n.º 10. Octubre 1989, pp. 22-26.
- LIND, W. S. «The Will Doesn't Triumph», en TERRIFF, T., KARP, A. y KARP, R. (eds.). *Global Insurgency and the Future of Armed Conflict*. Nueva York: Routledge Press, 2007, pp. 101-104.
- LINDLEY-FRENCH, J. y BOYER, Y. *The Oxford Handbook of War*. Nueva York: Oxford University Press, 2012, p. 625.
- LUBELL, N. *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*. Nueva York: Oxford University Press, 2010.
- MATTIS, J. N. y HOFFMANN, F. «Future Warfare: The Rise of Hybrid Warfare». *Naval Institute Proceedings*. Noviembre 2005, pp. 30-32.
- MELZER, N. *Targeted Killing in International Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008.
- *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under International Humanitarian Law*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2009.
- MUÑOZ MOSQUERA, A. y BACHMANN, S. D. «Lawfare in Hybrid Wars: The 21st Century Warfare». *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, n.º 7. 2016, pp. 63-87.
- «Understanding Lawfare in a Hybrid Warfare Context». *NATO Legal Gazette*, n.º 37. 2016, pp. 5-23
- NATO HEADQUARTERS SUPREME ALLIED COMMANDER TRANSFORMATION. «Military Contribution to Countering Hybrid Threats Capstone

- Concept», 1 de agosto de 2015. [www.act.nato.int/the-counter-ing-hybrid-threats-concept-development-experiment](http://www.act.nato.int/the-counter-ing-hybrid-threats-concept-development-experiment)
- O'DONNELL, D. «International treaties against terrorism and the use of terrorism during armed conflict and by armed forces». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 88, n.º 864. 2006, pp. 853-880.
- O'HANLON, M. E. *Technological Change and the Future of Warfare*. Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2000.
- PARRY, C. «Countering Irregular Activity Within a Comprehensive Approach». Joint Doctrine Note 2/2007. Reino Unido: 2007.
- PAUL, C. «Confessions of a Hybrid Warfare Skeptical». *Small Wars Journal*, 2016, vol. 3, n.º 5. 2016. <http://smallwarsjournal.com/jrnl/art/confessions-of-a-hybrid-warfare-skeptic>
- PAUST, J. *There is no need to revise the Laws of War in Light of September 11<sup>th</sup>*. Washington: American Society of International Law, 2002.
- PEJIC, J. «Unlawful/Enemy Combatants: Interpretations and consequences», en SCHMITT, M. y PEJIC, J. (eds.). *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.
- PETERS, R. «Lessons from Lebanon: The new model terrorist army». *Armed Forces Journal*, vol. 114. 2006, pp. 38-43.
- PINTADO RODRÍGUEZ, C. «Ucrania. Un estudio de caso de guerra híbrida». Campus Internacional para la Seguridad y la Defensa, 21 de abril de 2017. <https://cisde.es/observatorio/ucrania-un-estudio-de-caso-de-guerra-hibrida>
- PINTO, M. «La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia», en VALLADARES, G. P. (compilador). *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos* n.º 78. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, pp. 297-310.
- QIAO LIANG y WANG XIANSUI. *Unrestricted warfare*. Pekín: PLA Literature and Arts Publishing House, 1999.
- REGUERA SÁNCHEZ, J. «Aspectos legales en el ciberespacio. La ciber guerra y el derecho internacional humanitario». Universidad de Granada, Grupo de Estudios en Seguridad Internacional, 18 de marzo de 2015. <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/aspectos-legales-en-el-ciberespacio-la-ciberguerra-y-el-derecho-internacional-humanitario>
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. «Tratamiento de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario y protección de las víctimas de la guerra». *Tiempo de Paz*, n.º 64. 2002, pp. 50-62.



- REEVES, S. y THURNHER, J. S. «Are We Reaching a Tipping Point? How Contemporary Challenges Are Affecting the Military Necessity-Humanity Balance». *Harvard National Security Journal*, 24 de junio de 2013. [http://harvardnsj.org/2013/06/are-we-reaching-a-tipping-point-how-contemporary-challenges-are-affecting-the-military-necessity-humanity-balance/#\\_edn5](http://harvardnsj.org/2013/06/are-we-reaching-a-tipping-point-how-contemporary-challenges-are-affecting-the-military-necessity-humanity-balance/#_edn5)
- REEVES, S. «The Viability of the Law of Armed Conflicts in the age of Hybrid Warfare». Lawfare Blog, 5 de diciembre de 2016. <https://www.lawfareblog.com/viability-law-armed-conflict-age-hybrid-warfare>
- REYNOLDS, J. D. «Collateral Damage on the 21st Century Battlefield: Enemy Exploitation of the Law of Armed Conflict, and the Struggle for the Moral High Ground». *The Air Force Law Review*, vol. 56. 2005, pp. 1108.
- RUIZ RAMAS, R. «Rusia se adapta a la guerra híbrida del siglo XXI». 2015. <https://www.esglobal.org/rusia-se-adapta-a-la-guerra-hibrida-del-siglo-xxi/>
- SADOWSKI, D. y BECKER, J. «Beyond the «Hybrid» Threat: Asserting the Essential Unity of Warfare». *Small Wars Journal*, 2010, vol. 6, n.º 1. <http://smallwarsjournal.com/jrnl/art/beyond-the-hybrid-threat-asserting-the-essential-unity-of-warfare>
- SÁNCHEZ GARCÍA, F. «El conflicto híbrido, ¿una nueva forma de guerra?», en *Documentos de Seguridad y Defensa*, núm. 51, *El enfoque multidisciplinar en los conflictos híbridos*. Madrid: CESEDEN, 2012, pp. 11-24.
- SÁNCHEZ HERRÁEZ, P. «El Líbano: ¿viejos enemigos, nuevos procedimientos?». *Revista Ejército*, n.º 792. Madrid: Ministerio de Defensa, 2007, pp. 14-21.
- «La nueva guerra híbrida: un somero análisis estratégico». Documento análisis 54/2014. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2014.
- SANDEN, J. y BACHMANN, S. D. «Countering Hybrid Eco-threats to Global Security Under International Law: The Need for an Comprehensive Legal Approach». *Liverpool Law Review*, vol. 34, n.º 3. 2013, pp. 261-289.
- SARI, A. «Ukraine Insta-Symposium: When does the Breach of a Status of Forces Agreement amount to an Act of Aggression? The Case of Ukraine and the Black Sea Fleet SOFA». *Opinio Iuris*, 6 de marzo de 2014. <http://opiniojuris.org/2014/03/06/ukraine-insta-symposium-breach-status-forces-agreement-amount-act-aggression-case-ukraine-black-sea-fleet-sofa/>

- «Legal Aspects of Hybrid Warfare». Lawfare Blog, 2 de octubre de 2015. <https://www.lawfareblog.com/legal-aspects-hybrid-warfare>
- SAVIN, L. «From Hybrid Warfare to Hybrid Lawfare». *Geopolítica*, 10 de abril de 2017. <https://www.geopolitica.ru/en/article/hybrid-warfare-hybrid-lawfare>
- SCHARF, M. y ANDERSEN, E. «Is Lawfare Worth Defining? - Report of the Cleveland Experts Meeting - September 11». *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43. 2010, pp. 11-27.
- SCHMITT, M. N. (ed.). *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*. Cambridge University Press, 2017.
- SMITH, R. *The Utility of Force: The Art of War in the Modern World*. Nueva York: Knopf Doubleday, 2007.
- SOLF, W. «The status of combatants in non-international armed conflicts under domestic law and transnational practice». *The American University Law Review*, vol. 33. 1983, pp. 53-65.
- SOLIS, G. *The Law of armed conflict: International humanitarian law in war*. Nueva York: Cambridge University Press, 2010.
- UNIVERSITY OF EXETER. «Better understanding of hybrid warfare needed». University of Exeter academic warns, 21 de diciembre de 2015. [http://www.exeter.ac.uk/news/staff/title\\_488787\\_en.html](http://www.exeter.ac.uk/news/staff/title_488787_en.html)
- VAN CREVELD, M. *The Transformation of War*. Nueva York: NY Free Press, 1991.
- VAN PUYVELDE, D. «Hybrid War - does it even exist?». *NATO Review Magazine*. 2015.
- WALTER, C. «Defining terrorism in national and international law», en WALTER, C., VÖNEKY, S., RÖBEN, V y SCHORKOPF, F. (eds.). *Terrorism as a Challenge for national and international Law: Security versus Liberty*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2003, p. 23-44.
- WILKIE, R. «Hybrid Warfare. Something Old, Not Something New». *Air & Space Power Journal*, vol. 23, n.º 4. 2009, pp. 13-18.
- WINGFIELD, T. C. *Legal Aspects of Offensive Information Operations in Space*. Washington D.C.: Department of Defense, 2005.
- WITTES, B. «What is Hybrid Conflict?». Lawfare Blog, 11 de septiembre de 2015, <https://lawfareblog.com/what-hybrid-conflict>

## **EL CONTRATO GOBIERNO A GOBIERNO ¿UNA REGULACIÓN EFICAZ?**

David Javier Santos Sánchez

### *Resumen*

Desde la aprobación del Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la figura del contrato Gobierno a Gobierno, no se ha procedido a la firma de ningún contrato de este tipo. El presente trabajo tiene por finalidad analizar las causas y la regulación del contrato Gobierno a Gobierno así como su relación con la normativa de otros países de nuestro entorno para valorar si se trata de una normativa eficaz, de modo que la falta de suscripción de este tipo de contratos responda exclusivamente a la complejidad que caracteriza a las transacciones relacionadas con el material de defensa (por razones políticas, económicas o tecnológicas) o si dicha normativa puede mejorarse con la finalidad de facilitar la suscripción de este tipo de contratos.

Para la realización del presente trabajo se han estudiado los modelos que ofrece el derecho comparado, especialmente el modelo Foreign Military Sales (en adelante o en lo sucesivo FMS) norteamericano, la naturaleza jurídica del contrato Gobierno a Gobierno y su encuadramiento dentro de la normativa comunitaria y los principales aspectos de su régimen jurídico, para concluir que se trata de una normativa necesaria para garantizar el mantenimiento de las capacidades industriales

estratégicas para la Defensa Nacional pero que admite posibilidades de mejora en cuanto a su regulación.

*Palabras Clave:* Contrato Gobierno a Gobierno, FMS, mandato, capacidades industriales estratégicas, industria de defensa española, Comisión Europea, apoyo a la internacionalización.

*Abstract*

Since the approval of Royal Decree-Law 19/2012, of 25 May, on urgent measures to liberalise trade and certain services, which introduced in our legal system the figure of the Government to Government contract, no contract of this type has been signed. The purpose of this paper is to analyse the causes and regulation of the government-to-government contract as well as its relationship with the regulations of other surrounding countries to assess whether it is an effective regulation, so that the lack of subscription of this type of contract responds exclusively to the complexity that characterises transactions related to defence material (for political, economic or technological reasons) or whether this regulation can be improved in order to facilitate the subscription of this type of contract.

In order to carry out this work, the models offered by comparative law have been studied, especially the North American FMS model, the legal nature of the government-to-government contract and its framing within the Community regulations and the main aspects of its legal system, in order to conclude that it is a necessary regulation to guarantee the maintenance of strategic industrial capabilities for the National Defence but that it admits possibilities of improvement as regards its regulation.

*Keywords:* Contract Government to Government, FMS, mandate, strategic industrial capabilities, Spanish defence industry, European Commission, internationalisation support.

## SUMARIO

1. Razones de la Reforma. 1.1. Necesidad, acierto y oportunidad. 1.2. Importancia del apoyo a la internacionalización de la industria de defensa. 2. Antecedentes de Contratos entre Gobiernos. 2.1. En España. 2.2. En el Derecho comparado. 2.2.1. Estados Unidos: Sistema FMS. 2.2.1.1. Finalidad. 2.2.1.2. Contenido. 2.2.1.3. Proceso de gestión. 2.2.1.4. Offsets. 2.2.2. Otros países. Especial referencia a Francia. 3. Naturaleza Jurídica. 3.1. El acuerdo comercial internacional o contrato internacional. 3.2. El contrato de mandato. 4. Aplicación de la Normativa de Contratación Pública y Contrato Gobierno a Gobierno. 4.1. El contrato Gobierno a Gobierno. 4.1.1. Comisión europea: interpretación de la exclusión del 13 f de la directiva. 4.1.1.1. Criterios de la Comisión. 4.1.1.2. Procedimiento. 4.2. El contrato a suscribir entre el Ministerio de Defensa y la Industria española de Defensa. 5. Relación Horizontal: El Contrato entre Gobiernos. 5.1. Objeto. 5.2. Régimen jurídico. 5.2.1. Cuestiones que era necesario regular. 5.2.1.1. Especialidades derivadas el mandato representativo. 5.2.1.2. Principio de no coste/no beneficio. 5.2.2. Actuaciones preparatorias del contrato Gobierno a Gobierno. 5.2.3. Contenido. 5.2.4. Extinción del contrato entre Gobiernos. 6. Relación Vertical: El Contrato entre el Ministerio de Defensa y la Industria de Defensa. 6.1. Especialidades de su régimen jurídico. 6.1.1. Tramitación del expediente de contratación. 6.1.2. Garantías financieras. 6.1.3. Imposición de penalidades por demora del contratista. 6.2. Especial referencia al régimen de responsabilidades. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía

## 1. RAZONES DE LA REFORMA

### 1.1. NECESIDAD, ACIERTO Y OPORTUNIDAD

El estudio del denominado «*contrato Gobierno a Gobierno*» ha de partir necesariamente de un somero análisis de las causas que motivaron la regulación jurídica de esta figura inexistente en nuestro ordenamiento jurídico pese a que es de frecuente utilización por otros países de nuestro entorno, y a las que no resultan ajenas la grave crisis económica que se inició en el año 2007. Dicha crisis económica supuso una contracción del gasto público y afectó notablemente al presupuesto del Ministerio de Defensa (que pasó de 10.826,2 millones de euros en 2008 a 8.296,4 millones de euros en 2011<sup>1</sup>), reducción que afectaba notablemente a la capacidad del Ministerio de Defensa de impulsar nuevos programas de adquisición

---

<sup>1</sup> PÉREZ MUINELLO, F., JIMÉNEZ BASTIDA, J.L. y MARTÍN CASARES, G. *Análisis de los Presupuestos en Defensa y Seguridad de España en 2017*. Madrid, IDS, mayo de 2017, p.22. <http://www.uma.es/foroparalapazenelmediterraneo/wp-content/uploads/2017/10/171013-Informe-Presupuestos-defensa-y-Seguridad-2017.pdf>. Consultado el 11 de noviembre de 2017.

de armamento a medio plazo. Dicha reducción de la demanda interna obligaba a las empresas que forman parte de la industria de defensa a centrar sus esfuerzos en el mercado exterior, y hacía aún más acuciante el atender a una demanda que se venía reiterando en el tiempo con el fin de dotar a la misma de un apoyo gubernamental con el que sí contaban otras industrias competidoras, para al menos poder competir en los mercados internacionales en igualdad de condiciones. Por otro lado, la complejidad que caracteriza a la mayoría de los programas de armamento ha llevado a que muchos Gobiernos extranjeros y potenciales demandantes de dichos productos prefieran proceder a su adquisición a través de otro Gobierno y no mediante su adquisición directa a las empresas, especialmente en el caso de países que carecen de una industria de defensa relevante, e interesados por asegurar a sus ejércitos el suministro de materiales y equipo de defensa de calidad apoyados en complejos programas de mantenimiento, formación, entrenamiento operacional conjunto con otros ejércitos, etc.

## 1.2. IMPORTANCIA DEL APOYO A LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA INDUSTRIA DE DEFENSA

La industria de defensa constituye una capacidad asociada a la defensa en cuanto que suministra el material utilizado por nuestras Fuerzas Armadas, por lo que afecta en términos de soberanía al ejercicio de la Defensa Nacional. En estos momentos, vivimos una situación en la que, por un lado, está próximo a concluir el importante ciclo de adquisiciones iniciado por el Gobierno español en los años 80 y 90 y que ha servido para consolidar una importante industria de defensa; y por otro lado, la situación de crisis económica ha retrasado el lanzamiento de nuevos programas de adquisiciones que permitan mantener el nivel de actividad necesario para retener las capacidades tecnológicas con las que cuenta España, a lo que hay que añadir la escasez de nuevos programas internacionales de cooperación.

Dichas circunstancias se pusieron de manifiesto en la Comparecencia del Ministro de Defensa en el Congreso de los Diputados el 26 de enero de 2012,<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> En la que se recogía el compromiso de dar un apoyo institucional a la industria y su necesaria internacionalización y fomentar los acuerdos y soluciones multinacionales «para obtener el máximo rendimiento de nuestras capacidades industriales en un contexto globalizado como el actual» [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28CDC201201260028.CODI.%29#\(Página2\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28CDC201201260028.CODI.%29#(Página2)). Consultado el 14 de octubre de 2017.

y se recogieron en la Directiva de Defensa Nacional 2012<sup>3</sup>, lo que inició un importante proceso de reformas normativas para apoyar a la internacionalización de la industria de defensa modificando las competencias de la Dirección General de Armamento y Material<sup>4</sup>, regulando la figura del contrato Gobierno a Gobierno<sup>5</sup> y revitalizando la Oficina de Apoyo Exterior que había sido creada por la Directiva 78/93, de 27 de julio, del Ministro de Defensa para el Apoyo a la presencia en el exterior de las empresas españolas de Defensa, entre cuyos cometidos se va a incluir el de *«prestar apoyo en la preparación de contratos entre Gobiernos, en coordinación con el órgano competente de la Dirección General de Asuntos Económicos»*<sup>6</sup>. Además, la internacionalización de las empresas relacionadas con el armamento ocupa un lugar destacado dentro de la estrategia industrial de Defensa, *«definiendo acciones que persiguen impulsar la presencia oficial en foros internacionales, la exportación o la atracción de actividades y financiación del exterior»*<sup>7</sup>

No obstante, el apoyo a la internacionalización de la industria de defensa interesa también desde el punto de vista de la economía nacional al tener incidencia en términos de empleo y de producto interior bruto.

---

<sup>3</sup> *«Por una defensa necesaria, por una defensa responsable»*, Madrid, julio de 2012, Presidencia del Gobierno. <http://www.lamoncloa.gob.es/documents/directivadedefensanaional2012.pdf>. Consultado el 14 de octubre de 2017:

*«la crisis económica, que actúa también como una amenaza a la seguridad, obliga a tomar determinaciones, y proceder con toda cautela en el mantenimiento de las capacidades que se precisan para la defensa».*

*«Por fin, la defensa de España exige el impulso de la industria nacional del sector, suministrador idóneo de las necesidades de nuestras Fuerzas Armadas. En los tiempos actuales, la permanencia y desarrollo de la misma hace precisa la asistencia a esta en su presencia internacional, especialmente en la penetración en mercados que por su especificidad observan garantías mayores con el respaldo de Estado a Estado».*

<sup>4</sup> Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa. Atribuye entre las competencias de la Dirección General de Armamento y Material de la Secretaría de Estado de Defensa la de *«impulsar el apoyo institucional a la internacionalización de la industria española de defensa...»* que asume la Subdirección General de Relaciones Internacionales.

<sup>5</sup> Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios

<sup>6</sup> Instrucción 25/2013, de 22 de abril, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se desarrolla el impulso del apoyo institucional a la internacionalización de la industria española de defensa: *«La industria española de defensa es un sector estratégico para la economía y constituye un elemento esencial en el proceso de obtención de capacidades militares para nuestras Fuerzas Armadas, por lo que el desarrollo y fortalecimiento de una base tecnológica e industrial competitiva y capaz es un objetivo primordial de la política española en este campo» «Las especificidades del sector de la defensa hacen que el apoyo y el respaldo institucional del Departamento sean, en muchos casos, imprescindibles para el acceso de la industria nacional a los mercados internacionales».*

<sup>7</sup> Estrategia Industrial de Defensa EID-2015, p.44. <http://www.defensa.gob.es/Galerias/dgamdocs/estrategia-industrial-defensa-2015.pdf>. Consultado el 24 de septiembre de 2017.

De ahí que el primer Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Española<sup>8</sup>, después de reconocer la importancia del sector exterior para la salida de la crisis económica (en 2011 y 2012, el sector exterior español aportó 2,2 y 2,5 puntos al crecimiento, respectivamente), introdujo como medida número 13 el «*Impulso a la internacionalización de la industria española de defensa mediante los acuerdos Gobierno a Gobierno*».

Son las razones expuestas las que han llevado a que la figura del contrato Gobierno a Gobierno se haya configurado en nuestro país como un «*mecanismo de apoyo a la exportación*», introduciéndose su regulación en una norma de carácter comercial, el Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. Precisamente, las razones expuestas son las que sirven para fundamentar en su Exposición de Motivos la urgencia y la necesidad de la norma, al tratarse de medidas que:

*[...] tienen como objetivo fundamental afrontar las carencias advertidas en esta etapa crucial para el sector español industrial de la defensa, caracterizada por la contracción del gasto español en este sector esencial de la actividad económica del país, el aumento de la demanda internacional de material de defensa, la creciente competencia internacional en los procesos de adjudicación de grandes programas por ciertas potencias emergentes, y la existencia de un interés declarado y actual, por parte de las mismas, en que sea el Gobierno español su único interlocutor en procesos de adquisición de material de defensa que, teniendo en cuenta su envergadura, no admiten demora.*

## 2. ANTECEDENTES DE CONTRATOS ENTRE GOBIERNOS

### 2.1. EN ESPAÑA

La normativa española solo contemplaba la intervención del Gobierno (Ministerio de Defensa) como parte vendedora en la enajenación de mate-

---

<sup>8</sup> Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Española 2014-2015. [http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comercio/140228\\_Plan\\_Internacionalizacion.pdf](http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comercio/140228_Plan_Internacionalizacion.pdf). Consultado el 24 de septiembre de 2017.



rial militar en los supuestos en que se tratara de material empleado por las Fuerzas Armadas y que por lo tanto había estado previamente afectado a la defensa nacional (material *Surplus*)<sup>9</sup>. Por el contrario, sí que se regulaba la intervención del Gobierno español en un contrato con otro Gobierno u Organismo público extranjero como parte compradora. En este sentido, ya el Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación de material militar en el extranjero regula:

*[...] los contratos de adquisición, suministros, conservación y reparación de material e instalaciones, así como los de prestación de servicios y asistencia técnica, destinados a cubrir las necesidades de la Defensa Nacional, que se formalicen entre la Administración Militar y un Gobierno u Organismo público extranjeros*<sup>10</sup>.

No obstante, el Ministerio de Defensa ha venido prestando apoyo a las exportaciones directas de material de defensa mediante la suscripción de los correspondientes Memorandos de Entendimiento con los Gobiernos adquirentes (*Memorandum of Understanding*). Entre dichas actividades de apoyo se incluyen:

- Aseguramiento oficial de la calidad.
- Ensayos y pruebas de recepción.
- Adiestramiento.
- Apoyo logístico.
- Apoyo a la transferencia de tecnología.
- Creación de Oficinas de Programas encargadas de ejercer el control y seguimiento de todos los aspectos del programa.

---

<sup>9</sup> Conforme a la Disposición adicional séptima de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, se rige por su normativa especial, constituida por el Real Decreto 1638/1999, de 22 de octubre, por el que se regula la enajenación de bienes muebles y productos de defensa en el Ministerio de Defensa y la Orden 370/2000, de 20 de diciembre, modificada por la Orden DEF/2134/2011, de 27 de julio, que desarrolla el citado Real Decreto..

<sup>10</sup> Desarrollado por la Orden de 14 de abril de 1980, por la que se aprueban las normas de procedimiento de las Juntas de Enajenaciones y Liquidadoras de Material del Ministerio de Defensa y la Orden 56/1982, de 18 de marzo, sobre la aprobación de normas para el reconocimiento, clasificación y posterior destino del material inútil o no apto para el servicio en el Ministerio de Defensa.

## 2.2. EN EL DERECHO COMPARADO

### 2.2.1. Estados Unidos: Sistema FMS

Son muchos los países que vienen participando en el suministro de material de Defensa mediante la figura del Contrato Gobierno a Gobierno (Reino Unido, Francia, Alemania, Suecia, Canadá, etc.)<sup>11</sup> siguiendo la pautas del sistema FMS (*Foreign Military Sales*) del Gobierno de los Estados Unidos, en cuya configuración se ha basado el legislador español al introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico<sup>12</sup>.

En los EEUU existen dos procedimientos diferenciados (aunque compatibles) para la compra de productos y servicios de carácter militar: el «*U.S. Government's Foreign Military Sales Program*» (FMS) y el «*Direct Commercial Sales*» (DCS).

#### 2.2.1.1. Finalidad

EL FMS es un programa del Gobierno de los EEUU para transferir artículos, servicios y entrenamiento de defensa a los países aliados y a las organizaciones internacionales, que se rige fundamentalmente por la *Foreign Assistance Act of 1961* (FAA)<sup>13</sup> y *The Arms Export Control Act* (AECA)<sup>14</sup> y que se impulsa por el Gobierno de EEUU como una herramienta de su política exterior y de seguridad nacional, con el fin de facilitar la «defensa

---

<sup>11</sup> HUERTA BARAJAS, J.A., El Artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa en AA.VV. *La contratación y el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, CESEDEN, marzo de 2017 p.54. «La mayoría de los países, a diferencia de España, no tienen normativa específica que regulen los contratos «Gobierno a Gobierno» y ejecutan los mismos basándose en los principios generales regulados en su contratación nacional, acorde con la transposición de la Directiva 2009/81/CE».

<sup>12</sup> Como señala la memoria de análisis de impacto normativo del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, la normativa española parte del estudio de los modelos de contratos Gobierno a Gobierno del derecho comparado continental y anglosajón, entre los que destacan el FMS (*Foreign Military Sales*) de los Estados Unidos de Norteamérica (y el MIDS, basado en la cooperación conjunta para el desarrollo y explotación de cierto material y su posterior comercialización, en el que participan varios países, incluido España)

<sup>13</sup> <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title22/html/USCODE-2010-title22-chap32-subchapII.htm>. Consultado el 16 de septiembre de 2017.

<sup>14</sup> <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title22/html/USCODE-2010-title22-chap39.htm>. Consultado el 16 de septiembre de 2017.

*común*». Como recuerda Derek Gilman (*General Counsel Defense Security Cooperation Agency*) en su artículo «*Foreign Military Sales*»<sup>15</sup>, la existencia del programa FMS no responde necesariamente al propósito de proveer de un mercado a los contratistas americanos, sino al de construir relaciones internacionales con países extranjeros, y cuya importancia se ha incrementado en los últimos años como consecuencia de la necesidad de aliados en la lucha antiterrorista y de las operaciones en Afganistán e Irak.

Por consiguiente, la contratación vía FMS presenta un marcado carácter político que se pone de manifiesto en una serie de factores, entre los que destacan:

a) Para poder acudir al sistema del FMS se establecen una serie de condicionantes que parten de la necesaria inclusión del país o la organización internacional correspondiente en la lista de «*elegibles*» que aprueba el Presidente de los EEUU atendiendo a determinados factores, como pueden ser que refuercen la seguridad de los EEUU o que promuevan la paz mundial (en la actualidad hay 223 países y organizaciones internacionales<sup>16</sup>). Además, existen una serie de circunstancias que pueden suspender o suprimir la condición de elegible de un país (y cuya apreciación corresponde al Departamento de Estado) y que se detallan en la normativa citada, relacionadas con una inversión excesiva en Defensa, apoyo al terrorismo, tráfico de drogas, tráfico de seres humanos, países comunistas, golpes de estado, violaciones de derechos humanos, graves incumplimientos comerciales, ruptura de relaciones diplomáticas, etc.

b) En cuanto a los diferentes órganos que intervienen en un FMS, además del Presidente de los EEUU (como hemos visto), intervienen el Departamento de Estado (le corresponde la autorización, supervisión continua y la dirección general de todas las ventas), el Departamento de Defensa (a quien corresponde determinar los requerimientos militares e implementar los programas para transferir equipo y servicios militares en estrecha coordinación con el Departamento de Estado, para lo que cuenta con diferentes organismos, entre los que destacan la *Defense Security Cooperation Agency* (DSCA) y *The Defense Technology Security Administration* (DTSA), los MILDEP's (los correspondientes Departamentos Militares (*Army, Navy, Air Force*) y *las Security Cooperation Organizations* que el Departamento de Defensa tiene en la mayoría de las Embajadas americanas, así

<sup>15</sup> [https://www.dsca.mil/sites/default/files/final-fms-dcs\\_30\\_sep.pdf](https://www.dsca.mil/sites/default/files/final-fms-dcs_30_sep.pdf). Consultado el 16 de septiembre de 2017.

<sup>16</sup> <http://www.dsca.mil>. Consultado el 16 de septiembre de 2017.

como la *Defense Contract Audit Agency* y el *Defense Finance and Accounting Service*) y el Departamento de Comercio en su función de promover la venta del material americano. También puede intervenir el Congreso de los Estados Unidos, quien debe aprobar aquellas operaciones que exceden de una determinada cuantía, que varía en función de si se trata de *Major Defense Equipment* y de si se realiza a países que pertenecen a la OTAN o no.

c) Discrecionalmente puede determinarse qué artículos militares deben venderse necesariamente a través del canal FMS sobre la base de un contrato Gobierno a Gobierno (FMS List). Dicha relación la fija el Departamento de Estado atendiendo a las restricciones legislativas o presidenciales, a la política del Departamento de Defensa y de los Departamentos Militares, los requisitos regulatorios, la política de protección de la información clasificada y los requerimientos de interoperabilidad y seguridad de las Fuerzas Armadas Americanas (en esta lista se incluyen: radares, misiles aire-aire, helicópteros de ataque, sistemas de armas autónomos, misiles balísticos, aviones de combate, defensa antiaérea, contramedidas por infrarrojos, sistemas de defensa aérea portátil, armas nucleares, propulsión nuclear, sistemas de mando y control, etc.).

#### 2.2.1.2. Contenido

En cuanto al contenido del FMS, interesa destacar:

a) A través del FMS pueden comprarse artículos y servicios de defensa. Pueden ser artículos o servicios que tengan en stock en las Fuerzas Armadas o se puede celebrar un contrato en representación del Gobierno extranjero para obtenerlos. Pueden ser artículos nuevos o no usados, o que se hayan renovado o restaurado y vuelto a su apariencia inicial y que cumplan los requisitos de uso de las Fuerzas Armadas Americanas. En todo caso, debe garantizarse que la venta no afecta al stock de seguridad ni a las entregas de elementos críticos que estén en producción para los EEUU.

b) Siempre deben ofrecerse al comprador otros servicios que garanticen que a través del FMS pueda obtener artículos y servicios de soporte, incluida la construcción de instalaciones, para el uso y mantenimiento del equipo, así como adiestramiento, asistencia técnica, apoyo inicial, munición, apoyo continuado, etc. (*Total Package Approach*).

c) En el supuesto de que ante la solicitud presentada por un país extranjero hubiera varias empresas interesadas, el Gobierno de EEUU debe mantener una posición de imparcialidad y neutralidad, sin tomar partido

por ninguna de ellas y favoreciendo la participación de todos los interesados. Solo cuando quede un único contratista (bien porque se retiren los demás o porque sean descartados por el país extranjero) se convertirá en la propuesta formal del Gobierno de los EEUU.

d) Cuando se adquiere para un Gobierno extranjero, hay que aplicar las mismas cláusulas contractuales y la misma administración contractual que cuando adquiere para sí mismo, salvo que se hayan autorizado en el contrato Gobierno a Gobierno variaciones.

### *2.2.1.3. Proceso de gestión*

Desde el punto de vista del proceso de gestión del FMS, y que es objeto de una regulación detallada, son relevantes los siguientes aspectos:

a) El proceso se inicia con una solicitud formal «*Letter of Request*», que puede realizarse por cualquier medio, incluso verbalmente, por un representante oficial del Gobierno extranjero o de la organización internacional, y que debe contener toda la información que permita preparar la respuesta adecuada por el Gobierno de EEUU.

b) En el caso de que no existan impedimentos a la transmisión de la tecnología solicitada, la respuesta puede ser de dos tipos, según lo solicitado por el comprador:

- *Letter of Price and Availability*: si lo que se ha solicitado es información básica para analizar la viabilidad de la compra. Se trata de una estimación aproximada del coste de los bienes o servicios y del tiempo de entrega, y que no supone un compromiso del Gobierno de EEUU.
- *Letter of Offer and Acceptance (LOA)*: constituye la oferta formal de un contrato Gobierno a Gobierno en la que se identifican los bienes y servicios a suministrar conforme a los requerimientos recibidos y debe incluir el coste de los bienes y servicios y un calendario de pagos.

Partiendo del principio de no coste/no beneficio, entre el precio a pagar debe incluirse el recargo administrativo (que se fija en un 3,5% para cubrir todos los costes de administración del programa FMS) y los servicios de administración del contrato que se fija en un 1,5% adicional, sin perjuicio de otros costes que puedan repercutirse en función de las características del programa.

En todo caso, el precio es una estimación y cualquier incremento en el mismo deberá ser asumido por el país extranjero conforme al citado principio de no coste/no beneficio.

Desde el punto de vista financiero, la LOA debe incluir:

- El depósito inicial: para hacer frente a los costes anticipados en que se incurra hasta que se realice el primer pago trimestral. Si es en la modalidad «*cash with acceptance*» (pago en efectivo) será por el valor total del FMS.
- Estimación de las cantidades que deben pagarse trimestralmente, para lo que se tendrá en cuenta:
  - El progreso de los trabajos.
  - Pagos a cuenta a retener a los contratistas y proveedores para garantizar la finalización del contrato.
  - La responsabilidad en que se pueda incurrir para el caso de que el Gobierno extranjero decida finalizar el contrato antes de que haya concluido («*Termination Liability*»).

Por otro lado, y conforme al principio no coste/no beneficio, el Gobierno extranjero debe comprometerse a indemnizar y asumir todos los daños y responsabilidades que, en la ejecución del contrato pueda ocasionar el Gobierno de Estados Unidos, sus agentes y empleados, así como a relevar a los contratistas y subcontratistas por los daños que puedan ocasionar a los bienes del país extranjeros en los mismos términos en los que se les exonera cuando se trata de bienes de los EEUU. A estos efectos, el Gobierno de EEUU puede exigir las correspondientes garantías al Gobierno extranjero, cuyo coste deberá incluirse en la LOA.

La constitución del depósito inicial es parte integral de la aceptación y deberá ponerse a disposición de la DFAS dentro del plazo señalado.

Para la gestión de los fondos del país extranjero debe crearse una cuenta en el FMS *Trust Fund* (que gestiona la DSCA). También es posible, siempre que medie el correspondiente acuerdo entre el país extranjero y la DSCA, que los fondos se sitúen en el Banco de la Reserva Federal de Nueva York o en un banco comercial.

c) Una vez firmada la LOA y constituido el depósito inicial se inicia la ejecución del contrato Gobierno a Gobierno y durante su ejecución podrán introducirse modificaciones (bien por errores, bien para modificar cantidades o incluir nuevos objetos) que en función de su importancia requerirán

de la aceptación por el Gobierno extranjero mediante la correspondiente Enmienda que requerirá de un nuevo depósito inicial. Otras modificaciones menores o requeridas por el desarrollo de los trabajos se podrán realizar unilateralmente por el Gobierno de los EEUU.

En el supuesto de cancelación del pedido, conforme al principio no coste/no beneficio, el Gobierno extranjero tendrá que asumir todos los costes en que haya incurrido el contratista en la producción o pre-producción de los suministros y todos los costes administrativos en que haya incurrido el Gobierno de los EEUU.

Una vez entregado los bienes o servicios y transcurridos los correspondientes periodos de garantía («*Supply and Services Complete*») se procederá a la devolución de los fondos sobrantes.

d) Finalizado el suministro, se entra en la última fase de control del mismo («*End Use Monitoring*») para verificar que se cumplen los compromisos asumidos de no transmitir a terceros ni usar para fines diferentes a los pactados los bienes, servicios y adiestramiento transmitidos, sin el previo consentimiento de los EEUU.

#### *2.2.1.4. Offsets*

Una de las principales características del comercio internacional de material de defensa es la exigencia por el país comprador de compensaciones «*Offsets*». En el caso de los bienes adquiridos por FMS, el Gobierno de EEUU es completamente ajeno a los Offsets, por lo que no puede proponer, comprometerse o formar parte de un acuerdo de compensaciones, que en su caso únicamente podrán pactarse directamente con el contratista. En el supuesto de que el contratista decida ofrecer compensaciones, su coste deberá incluirse en el precio de la oferta FMS.

### **2.2.2. Otros países. Especial referencia a Francia**

Tal y como se indicaba anteriormente, la práctica totalidad de los países de nuestro entorno utilizan el sistema Gobierno a Gobierno siguiendo las pautas del FMS, como ocurre con el Reino Unido, Francia, Alemania, Suecia, Canadá, Noruega, etc. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con España en la que existe una normativa detallada publicada en el Boletín Oficial del Estado, la mayoría de dichos países carecen de una normativa específica, articulándose dichos contratos atendiendo al caso

concreto y a los principios generales de su ordenamiento jurídico. En este punto, en ocasiones se publican en los medios de comunicación la celebración de dichos contratos, especialmente cuando se trata de transacciones de importancia, como la venta de los Cazas *Rafale* a India por parte de Francia<sup>17</sup>. Sin embargo, el acceso a la información respecto a la normativa aplicable y al procedimiento establecido es mucho más limitado a través de fuentes públicas, siendo escasas las referencias al respecto en Internet.

Así, por ejemplo, en Francia, destaca la creación de una entidad de derecho privado pero controlada en un 51% por el Gobierno francés para la celebración de los contratos Gobierno a Gobierno. Esta empresa, ODAS, creada en el año 2008, está integrada tanto por el Gobierno francés como por las principales empresas de la industria de defensa francesa. Tal y como se destaca en su página web<sup>18</sup>, la compañía gestiona tanto contratos Gobierno a Gobierno como contratos comerciales, lo que permite disponer de las ventajas del sistema FMS pero sin las desventajas, especialmente presupuestarias, derivadas de los Tratados Comunitarios. De este modo combina la flexibilidad que ofrecen los procedimientos contractuales de la empresa privada con las ventajas del «*Gobierno a Gobierno*», incluido el apoyo de las Fuerzas Armadas y el Ministerio de Defensa francés.

En cuanto al procedimiento, sigue las pautas del FMS, actuando ODAS como director del programa y controlando su ejecución, firmando el contrato Gobierno a Gobierno con el Gobierno extranjero así como los correspondientes contratos con los fabricantes y proveedores de servicios, gestionando, asimismo, el apoyo de las Fuerzas Armadas francesas o de la Dirección General de Armamento cuando sea necesario, y encargándose igualmente de las cuestiones relativas a las autorizaciones de exportación, transporte y despacho de aduanas. Tal y como se resume en la web anteriormente citada, «*ODAS has the flexibility and the reactivity of a private company as well as the warranty and trust of a state owned company*».

Por consiguiente, el procedimiento, aunque no se detalla, se basa en el FMS ya estudiado, siendo lo novedoso del modelo francés la creación de una empresa privada pero controlada por el Estado, lo que sin duda

---

<sup>17</sup> <https://www.ndtv.com/india-news/any-future-rafale-jet-purchases-will-be-government-to-government-says-india-754615>. Consultada el 9 de diciembre de 2017.

<sup>18</sup> <https://thediplomat.com/2016/09/its-official-india-and-france-sign-8-7-billion-deal-for-36-rafale-fighters/>. Consultado el 4 de febrero de 2018.

<sup>18</sup> <http://www.odas.fr/en/our-dna>. Consultado el 4 de febrero de 2018.



pueda aportar numerosas ventajas desde el punto de vista contractual. Esta opción no ha sido asumida por el legislador español, quizás por los problemas que este tipo de empresas han planteado en España<sup>19</sup>, pero podría valorarse en una futura reforma del sistema, dadas las innegables ventajas que de la misma se derivan.

### 3. NATURALEZA JURÍDICA

Tal y como destaca la Exposición de Motivos de la Ley 12/2012:

*[...] la puesta en marcha de este mecanismo oscila sobre dos relaciones jurídicas; una horizontal, de Gobierno a Gobierno, entre el Gobierno solicitante y el Gobierno español, y una vertical, entre el Gobierno español (por medio del Ministerio de Defensa) y una o más empresas suministradoras.[...]*

La cuestión de la naturaleza jurídica del contrato Gobierno a Gobierno fue objeto de un detallado análisis por el Consejo de Estado<sup>20</sup>, conforme al cual:

*[...] se impone la conclusión de que el «contrato entre Gobiernos» regulado por el proyecto de real decreto que se consulta es un verdadero contrato, dado que es cuestión pacífica que no está sujeto al Derecho internacional. Además, y como se ha visto, la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, no tiene dudas sobre la naturaleza contractual del acuerdo de que se trata, al que llama «negocio jurídico de mandato». Por supuesto, se trata de un contrato con un régimen jurídico especial, pero ese es un problema distinto que se abordará en su momento [...]*

Partiendo de lo anterior, para analizar la naturaleza jurídica del contrato Gobierno a Gobierno debemos diferenciar los siguientes aspectos:

---

<sup>19</sup> <http://www.europapress.es/nacional/noticia-autorizada-disolucion-liquidacion-defex-empresa-publica-investigada-corrupcion-20170922162224.html>. Consultado el 4 de febrero de 2018.

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO Dictamen de 9 de enero de 2014, sobre el «proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios».

### 3.1. EL ACUERDO COMERCIAL INTERNACIONAL O CONTRATO INTERNACIONAL

Como hemos visto, la naturaleza jurídico internacional del contrato entre Gobiernos ha planteado serias dudas durante la tramitación del expediente, concluyendo el Consejo de Estado que se trata de un verdadero contrato que no se rige por el Derecho Internacional, lo que exige diferenciarlo de otras figuras afines y por las que podía haber optado el legislador para configurar la relación entre los dos países que intervienen en el denominado contrato Gobierno a Gobierno. Para ello, partiremos de la tipología de acuerdos internacionales más frecuentemente utilizados en España y que ha sido recogida normativamente en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, diferenciando en su artículo 2 entre:

a) «tratado internacional»: acuerdo celebrado por escrito entre España y otro u otros sujetos de Derecho Internacional, y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación.<sup>21</sup>

b) «acuerdo internacional administrativo»: acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado que se celebra por órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho Internacional competentes por razón de la materia, cuya celebración está prevista en el tratado que ejecuta o concreta, cuyo contenido habitual es de naturaleza técnica cualquiera que sea su denominación y que se rige por el Derecho Internacional. No constituye acuerdo internacional administrativo el celebrado por esos mismos órganos, organismos o entes cuando se rige por un ordenamiento jurídico interno.

c) «acuerdo internacional no normativo»: acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional administrativo que se celebra por el Estado, el Gobierno, los órganos, organismos y entes de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, las Entidades Locales, las Universidades públicas y cualesquiera otros sujetos de derecho público con competencia para ello, que contiene declaraciones de intenciones o establece compromisos de actuación de contenido político, técnico o logís-

---

<sup>21</sup> Definición basada en la del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969: se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

tico, y no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho Internacional.

Partiendo de lo anterior, queda claro que el Contrato Gobierno a Gobierno no es un tratado ni un acuerdo administrativo (que requeriría de un tratado anterior) al no celebrarse por sujetos de Derecho Internacional<sup>22</sup> (que son los Estados, no los Gobiernos, como reconoce la propia Ley de Tratados que define el sujeto de Derecho Internacional como «*un Estado, una organización internacional u otro ente internacional que goce de capacidad jurídica para celebrar tratados internacionales*») ni regirse por el Derecho internacional.

Tampoco sería un acuerdo internacional no normativo, debido a su contenido obligatorio, puesto que como veremos se derivan derechos y obligaciones exigibles por las partes contratantes (lo que no obsta a que previamente a la suscripción del contrato Gobierno a Gobierno pueda haberse firmado un Memorando de Entendimiento tendente a la posterior firma de dicho contrato, como prevé el Anexo 3 de la Guía para el Apoyo a la Exportación de Material de Defensa<sup>23</sup>).

Por lo tanto, nos encontramos ante otra forma de acuerdo internacional a las que se refiere la propia Exposición de Motivos de la Ley de Tratados al decir que dicha clasificación tripartita «*no impide en modo alguno que coexistan categorías diferentes a las tres reguladas por esta Ley, que se rigen, todas ellas, por el Derecho Interno de los Estados*», y entre las que se encuentra el Contrato Gobierno a Gobierno, tal y como reconoce expresamente la Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley.<sup>24</sup>

Por consiguiente, el contrato Gobierno a Gobierno se caracteriza, desde la perspectiva internacional por:

- Ser un verdadero contrato (entendido como «*todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*»<sup>25</sup>) con obligaciones jurídicamente exigibles, como veremos posteriormente.

---

<sup>22</sup> Díez de Velasco, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Editorial Tecnos 14ª edición, 2003, p.240. Entendiendo por sujeto de Derecho Internacional: «*el titular de derechos y obligaciones conferidos por normas jurídicas internacionales*».

<sup>23</sup> Resolución 330/00737/2016, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba y se hace pública la Guía para el Apoyo a la Exportación de Material de Defensa (Boletín Oficial del Ministerio de Defensa del 22 de enero de 2016).

<sup>24</sup> Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley. (página 16).

<sup>25</sup> Díez-Picazo, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato*, Quinta Edición. Madrid, Editorial Civitas, 1996.

- No ser suscrito por sujetos de Derecho Internacional (que serían los Estados como hemos visto) sino por Gobiernos. Esta circunstancia se subraya en el artículo 2.2. del Real Decreto 33/2004, al destacar que la firma del contrato será «*en representación del Gobierno de España*».
- No regirse por el Derecho Internacional sino por el Derecho interno, siendo de especial relevancia determinar dicho Derecho interno como ha destacado el Consejo de Estado. En este punto, hay que recordar que para determinar el Derecho interno aplicable al contrato debe prevalecer la voluntad de las partes, como reconoce el artículo 10.5 del Código Civil<sup>26</sup> y más extensamente el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en sus artículos 3 y 4 (en la línea de otros acuerdos internacionales como la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales<sup>27</sup>). Dicho Derecho interno podrá ser tanto el de uno de los dos Estados contratantes como el de un tercer Estado.

### 3.2. EL CONTRATO DE MANDATO

Como hemos visto, la regulación del contrato Gobierno a Gobierno se inspira en el negocio jurídico del mandato, lo que requiere hacer un somero análisis de dicha figura, ya que como se analizará posteriormente, pese a su intención inicial, el legislador se ha apartado del régimen jurídico de dicho contrato en aspectos especialmente relevantes, como es en lo relativo a la responsabilidad del mandatario.

El contrato de mandato se basa en la confianza existente entre las partes intervinientes en el contrato<sup>28</sup> y su régimen jurídico se contiene en Tí-

---

<sup>26</sup> CODIGO CIVIL Art.5. *Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior; a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen.*

<sup>27</sup> Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V)

<sup>28</sup> Como destaca Castán, la palabra mandato tendría su origen etimológico en el término romano «*manus datio*», lo que pondría de manifiesto que «este contrato tuvo su origen

tulo IX del Libro IV del Código Civil, señalando el artículo 1709 que «*por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra*». En cuanto a sus caracteres, es un contrato consensual, naturalmente gratuito (habiendo perdido la gratuidad el carácter esencial que se le atribuía en el Derecho Romano) y unilateral o bilateral en función de que se haya pactado retribución.

Por otro lado, atendiendo a sus relaciones con el poder de representación, podemos diferenciar dos tipos de mandato: el mandato ostensible o representativo, en el que el mandatario obra en nombre y representación del mandante, y el mandato simple o in proprio domine, en el que el mandatario obra en nombre propio pero por cuenta de su mandante.

La configuración del mandato va a tener especial trascendencia en las relaciones con terceros:

- En el mandato representativo, en virtud de la *contemplatio domini* «*el mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata*» (art.1725), por lo que es directamente el mandante quien queda obligado con los terceros, con dos excepciones:
  - Que se obligue a ello expresamente (de modo que voluntariamente garantice la obligación contraída por el mandante).
  - Que traspase los límites de su mandato sin dar conocimiento de sus poderes (salvo que el mandante ratifique, expresa o tácitamente, los actos del mandatario, art.1727).
- En el mandato simple, al actuar el mandatario en su propio nombre, «*es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo*» salvo que se trate de cosas propias del mandante. Por lo tanto, en este caso el mandato no produce efectos frente a terceros, «*sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario*» (art.1717).

Relaciones mandante-mandatario:

El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato (art.1718) conforme a las siguientes reglas:

- No puede traspasar los límites del mandato (art.1714) si bien no se consideran éstos traspasados cuando el mandato es cumplido

---

en la amistad y se simboliza por el hecho de darse la mano mandante y mandatario». CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Tomo IV: Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*. Madrid, Editorial Reus, 1995, p. 533.

de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste (artículo 1715).

- Ha de arreglarse a las instrucciones del mandante, y a falta de ellas hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia.

En caso de incumplimiento, el mandatario será responsable no solamente del dolo, sino también de la culpa, *«que deberá estimarse con más o menos rigor según que el mandato haya sido o no retribuido»* (art.1726).

En este punto interesa destacar, como señala el profesor Díez Picazo, que en virtud del contrato el mandatario se obliga a desplegar una actividad pero no garantiza el buen resultado de la misma<sup>29</sup>, lo que tendrá especial incidencia a la hora de apreciar un posible incumplimiento<sup>30</sup>.

A la terminación del mandato, el mandatario queda obligado a:

- Dar al mandante cuenta de sus operaciones (artículo 1720), admitiendo doctrina y jurisprudencia la validez del pacto en contrario.
- Abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiere al segundo (art.1720).
- Deber intereses de las cantidades que aplicó a usos propios, desde el día en que lo hizo, y de las que quede debiendo después de fenecido el mandato, desde que se haya constituido en mora.

En cuanto al mandante, queda obligado a pagar la remuneración convenida, en el caso de ser el mandato retribuido, y a hacer que el mandatario quede indemne y sin perjuicio por consecuencia del mandato, lo que supone:

- Anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato (artículo 1728).

---

<sup>29</sup> DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV: Las particulares relaciones obligatorias*. Pamplona, Civitas 2010, p. 477. *«La obligación de acometer la gestión es simplemente una obligación de actividad y obligación de medios y no es, por lo menos en línea de principio, una obligación de resultado. El representante compromete un despliegue de energía, pero no la consecución de un resultado, especialmente en aquellos casos en que el resultado no depende sólo de su voluntad, sino de la voluntad de terceras personas (v.gr., concertar un contrato). El incumplimiento de la obligación que analizamos consiste, pues, siempre en una omisión. Se incumple por no hacer o por abandonar en un momento sucesivo la actividad que se había iniciado»*.

<sup>30</sup> *Ibidem* *«Además del supuesto de total omisión de la gestión, existe responsabilidad por el cumplimiento defectuoso o incorrecto, que se producirá en todos aquellos casos en que el mandatario despliegue su actividad, pero de suerte tal que la actividad realmente desarrollada no coincida plenamente con la que le había sido encomendada o con la que, según la naturaleza del caso, debía razonablemente esperarse»*. p. 493.

- Reembolsar las que el mandatario hubiere anticipado, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario, y abonar los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo la anticipación (art.1728).
- Indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario (art.1729).

El artículo 1730 concede al mandatario el derecho de retener en prenda las cosas que son objeto del mandato, hasta que el mandante realice la indemnización y reembolsos indicados.

Extinción del mandato (art.1732). El mandato se acaba:

a) Por su revocación, a voluntad del mandante, al ser un contrato fundado en la confianza, admitiendo la doctrina el pacto de irrevocabilidad del mandato. La revocación debe ponerse en conocimiento del mandatario (art.1735) y es importante el artículo 1734, conforme al cual *«cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber»*.

b) Por renuncia del mandatario: de nuevo al basarse en la confianza y ser naturalmente gratuito, lo que requiere:

- Que la renuncia se ponga en conocimiento del mandante (art.1736).
- Que si el mandante sufre perjuicios por la renuncia deberá indemnizarle el mandatario, a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo (art.1736)
- Que aunque renuncie con justa causa, debe el mandatario continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta (art.1737)

c) Muerte del mandante. Lo hecho por el mandatario ignorando esta circunstancia es válido y surte sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe (art.1738).

d) Muerte del mandatario. Deben sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste (art.1739).

En todo caso hay que tener en cuenta que *«lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe»* (art.1738).

#### 4. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CONTRATO GOBIERNO A GOBIERNO

En relación con la aplicación de la normativa de contratación pública a los contratos Gobierno a Gobierno es necesario diferenciar entre el propio contrato suscrito entre los Gobiernos y el contrato o contratos que, derivados de aquél, pueda suscribir el Ministerio de Defensa con las concretas empresas españolas.

##### 4.1. EL CONTRATO GOBIERNO A GOBIERNO

La figura jurídica del contrato que pueda suscribir el Gobierno de España, representado por el Ministerio de Defensa, con un Gobierno extranjero, aparece prevista con la finalidad de excluirla de la normativa de contratación pública en el artículo 13 («*Exclusiones específicas*»), letra f, de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. Dicho artículo ha sido traspuesto a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 7.1.g) de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, según el cual están excluidos del ámbito de aplicación de la citada ley los siguientes negocios jurídicos:

*«g) Los contratos a celebrar entre el Gobierno de España y otro Gobierno y que tengan por objeto alguna de las prestaciones que se indican a continuación:*

- 1.º) El suministro de equipo militar o equipo sensible.*
- 2.º) Los trabajos y servicios ligados directamente a tales equipos,*
- 3.º) Los trabajos y servicios con fines específicamente militares, o las obras y los servicios sensibles.»*

Conforme al apartado 3 del citado artículo 7:

*«Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado 1 del presente artículo se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.»*



Por consiguiente, dicho contrato queda excluido de la normativa sobre contratación pública y de los principios que la rigen en el seno de la Unión Europea, por lo que los Gobiernos tienen un amplio margen para introducir todas aquellas cláusulas que estimen necesarias para la adecuada satisfacción de sus necesidades. Por eso, como indicaremos posteriormente, tiene una gran importancia que en dicho contrato se recoja detalladamente el procedimiento de adjudicación que se debe seguir para el contrato derivado a suscribir con la industria de defensa española, incluyendo, si así procede, la adjudicación directa a empresas concretas y determinadas.

#### **4.1.1. Comisión europea: interpretación de la exclusión del 13 f de la directiva**

No obstante, teniendo en cuenta la incidencia que dichos contratos pueden tener en el mercado interior, dicha exclusión ha sido objeto de interpretación restrictiva por la Comisión Europea en un documento específico dedicado exclusivamente a los contratos Gobierno a Gobierno de fecha 30 de noviembre de 2016: *Nota orientativa sobre la adjudicación de contratos de Gobierno a Gobierno en los ámbitos de la defensa y la seguridad [artículo 13, letra f), de la directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo]*<sup>31</sup> y que ha sustituido a los criterios que anteriormente había adelantado en su documento «*Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security- Guidance Note: Defence-and security- specific exclusions*».<sup>32</sup>

En este documento, la Comisión destaca la importancia que las transacciones Gobierno a Gobierno tienen en el mercado interior de defensa, ya que en el periodo comprendido entre 2005 y 2012 el valor de las compras realizadas por los Estados Miembros a otros Gobiernos suponen aproximadamente 22,8 billones de euros (un 9% del gasto total en la Unión Europea en equipamiento de defensa).

En dicho documento, la Comisión sigue admitiendo el amplio ámbito de aplicación de la excepción, que comprende el suministro de equipo militar, servicio y trabajos, entre los que se pueden incluir, entre otros, el apoyo logístico, mantenimiento, adiestramiento o construcción de infraestructuras.

<sup>31</sup> [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1202\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1202(01)&from=EN). Consultado el 14 de enero de 2018.

<sup>32</sup> <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15408/attachments/1/translations/>. Consultado el 14 de enero de 2018.

No obstante, la Comisión sigue limitando su aplicación a aquellos bienes que o forman parte del stock de un Estado Miembro o que han sido adquiridos para su venta a otro Gobierno.

En cuanto a las razones por las que se puede celebrar un contrato Gobierno a Gobierno, destaca las siguientes:

- Para el Estado Miembro vendedor supone una oportunidad para disponer de material excedente, mientras que para el Estado Miembro comprador implica una oportunidad de adquirir capacidades de defensa a precios asequibles.
- Puede ser una herramienta útil para afrontar las restricciones presupuestarias y la reestructuración de las Fuerzas Armadas.
- Puede ser el procedimiento más adecuado (o incluso el único) para cumplir con los requerimientos de capacidades militares específicas necesarios para asegurar la interoperabilidad o la «*ventaja operacional*» de las Fuerzas Armadas de los Estados Miembros.
- Puede ser un medio rápido para atender a necesidades operativas urgentes.
- Puede ser un instrumento de cooperación entre Estados Miembros, en que un Estado Miembro actúa en nombre de otros Estados Miembros adquiriendo material o servicios y transmitiéndoles parte de los mismos a cada uno de los participantes.

Por otro lado, la Comisión pone de manifiesto que el Gobierno a Gobierno puede tener un importante efecto sobre el mercado interior, ya que puede suponer una discriminación frente a uno o más operadores económicos dentro de la Unión Europea, puede suponer en algunos casos la elusión de la normativa aplicable y tener un impacto negativo en el buen funcionamiento del mercado interior.

#### 4.1.1.1. *Criterios de la Comisión*

*Ámbito subjetivo de aplicación:* Conforme al artículo 1.9) de la Directiva, por Gobierno se entiende «*Gobierno estatal, regional o local de un Estado miembro o tercer país*». Por lo que los contratos concluidos por, o en nombre de, otras autoridades o entidades, como organismos públicos o empresas públicas, no puede excluirse sobre la base del Artículo 13.f.

*Ámbito objetivo de aplicación:* la excepción solo incluye a los contratos adjudicados por un Gobierno a otro Gobierno, lo que en los supuestos de suministro debe entenderse como aquellos casos en los que se produce una transferencia de título del Gobierno vendedor al comprador, por lo que

no incluye aquellos casos en los que el Gobierno compromete garantía de buena ejecución u otras formas similares de apoyo al operador económico que compite por un contrato. Además, solo incluye el contrato entre Gobiernos, no los contratos derivados entre el Gobierno vendedor y el operador económico.

Por otro lado, al igual que cualquier otra excepción, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debe ser objeto de interpretación restrictiva y conforme al objetivo que la misma persigue.

#### *4.1.1.2. Procedimiento*

1) *Análisis del mercado*: La adjudicación de un contrato a otro Gobierno debe ir precedida por un análisis que determine que dicha opción es la única o al menos la mejor para satisfacer los requerimientos del Gobierno comprador, y en el que debe identificarse si no hay competencia en el mercado o si, por el contrario, la competencia puede ser posible. Para la realización de este análisis puede consultarse a los potenciales operadores económicos para que identifiquen soluciones alternativas mediante la publicación de un «*Request for Information*» en su página web para iniciar un diálogo técnico.

2) *Supuestos en los que no exista competencia (Competition is absent or impracticable)*: Puede responder a varias razones (único operador por razones técnicas o derechos de exclusiva; razones de urgencia derivadas de una crisis o acontecimientos imprevisibles; suministros adicionales en los que no es posible el cambio de suministrador por motivos operacionales; repetición de trabajos o servicios). En estos casos, el Gobierno comprador debe documentar su análisis para demostrarlo siempre que sea requerido. En estos casos, la Comisión aconseja la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de un anuncio de transparencia previa voluntaria (Voluntary Ex Ante Transparency-VEAT)) para permitir a los operadores económicos presentar soluciones alternativas que puedan haber sido ignoradas. También aconseja, por razones de transparencia, la publicación ex post en la página web o en los medios de comunicación.

3) *Cuando la competencia puede ser posible (when competition appears to be possible)*. En estos casos debe publicarse un anuncio precontractual con el fin de determinar si, al menos, un operador económico de la Unión Europea puede satisfacer los requerimientos del Gobierno contratante. Dicha publicación puede realizarse el Diario Oficial de la Unión Europea, Diarios Oficiales nacionales, página web o portal de contratación y otros medios adicionales como los medios de comunicación. En el caso de que los potenciales

suministradores sean conocidos, la publicación puede ser sustituida mediante el envío de una solicitud de información (*Request for information*).

Al mismo tiempo, pueden contactar con otros Gobiernos para analizar si pueden atender a sus requerimientos vía Gobierno a Gobierno.

En el supuesto de que, una vez completado el estudio de mercado y atendiendo a la información suministrada tras el anuncio precontractual, el Gobierno adquirente concluya que el Gobierno a Gobierno es la única o la mejor opción para satisfacer sus requerimientos, podrá iniciar sus negociaciones con el Gobierno vendedor para adjudicar el contrato bajo la exclusión del artículo 13.f de la Directiva. En el supuesto de que existan ofertas de diferentes Gobiernos, el Gobierno comprador deberá actuar con imparcialidad, especialmente cuando el impacto en el mercado pueda ser significativo. La selección final debe basarse en criterios objetivos como la calidad, el precio, características técnicas, costes, asistencia técnica, fecha de entrega, seguridad del suministro, interoperabilidad, características operacionales...

Por el contrario, si del estudio resulta que más de un operador económico puede ofrecer una solución más ventajosa y no hay razones objetivas para adjudicar el Gobierno a Gobierno, deberá procederse a la adjudicación del objeto del contrato conforme a los procedimientos de la Directiva.

A la vista de lo expuesto, hay que concluir que la figura regulada por la normativa española, en cuanto que no existe transferencia de título por parte del Gobierno de España al Gobierno extranjero sino que la misma se produce directamente de la empresa a dicho Gobierno, no entraría dentro del concepto de contrato Gobierno a Gobierno del artículo 13.f de la Directiva, cuyas prescripciones quedarían limitadas a cuando vende directamente el Gobierno español, supuesto como hemos visto limitado al material *surplus* y regulado en el Real Decreto 1638/1999, de 22 de octubre, por el que se regula la enajenación de bienes muebles y productos de defensa en el Ministerio de Defensa, o a cuando el adquirente es el Gobierno de un Estado Miembro de la Unión Europea, ya que en este caso «*se ajustarán a lo previsto en la normativa comunitaria*» (artículo 8.3 Ley 12/2012). Por el contrario, si el adquirente es un tercer Estado, no resultaría de aplicación la normativa comunitaria.

#### 4.2. EL CONTRATO A SUSCRIBIR ENTRE EL MINISTERIO DE DEFENSA Y LA INDUSTRIA ESPAÑOLA DE DEFENSA

En este supuesto, la exclusión de la aplicación directa de la normativa europea sobre contratación pública derivaría de otros preceptos.

En primer lugar, hay que destacar que estos contratos no entrarían en ningún caso en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/81/CE, ya que como hemos visto no se trata de adquisiciones directas que realice el Gobierno español para atender a sus necesidades directas de defensa y seguridad. En este sentido, atendiendo a la *Comunicación Interpretativa sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado* (actual 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) *en el ámbito de los contratos públicos de defensa de 7 de diciembre de 2006*<sup>33</sup>, el objetivo que justifica la exención es únicamente la protección de los intereses de seguridad 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 si solos una exención con arreglo al artículo 296.

Por otro lado, aunque el Gobierno de España esté actuando en nombre y representación de un Gobierno extranjero, los contratos a suscribir con las empresas españolas son contratos públicos a adjudicar por una autoridad de un Estado miembro de la Unión Europea, por lo que debe tenerse en cuenta la normativa europea sobre contratación pública, traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico en el momento de la aprobación de la Ley 12/2012 por la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo, TRLCSP), y su exclusión se fundamentaría especialmente en el apartado m del artículo 4 que excluye del ámbito de aplicación de dicha ley «*los contratos por los que un ente, organismo o entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato*».

En estos casos, el apartado 2 del artículo 4 también dispone que «*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*».

Por ello, la Ley 12/2012 dispone en su artículo 11.1 que:

*«sin perjuicio de lo que se establezca en el contrato suscrito entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, y en todo lo no previsto en este Título, la celebración de contratos para la ejecución de*

<sup>33</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0779&from=EN>. Consultado el 13 de enero de 2018.

*las actuaciones previstas en el artículo 8.1 se regirá por la normativa vigente en materia de contratos del sector público».*

Por consiguiente, el régimen jurídico del contrato a suscribir con la industria de defensa quedaría determinado, en primer lugar, por el propio contrato Gobierno a Gobierno. Como hemos visto, al tratarse de un instrumento internacional excluido del ámbito de aplicación de la normativa contractual europea, goza de un amplio margen para estipular la forma en que el mismo ha de ejecutarse. Por eso, y por ser la normativa contractual que se aplica con carácter supletorio más rígida en cuanto a la preparación, selección y adjudicación del contrato, debe preverse en el mismo todos aquellos aspectos que se aparten de la misma y que sean indispensables para asegurar al Gobierno comprador la entrega de los equipos y servicios en los que está interesado y no otros. Lo normal en estos casos es que atendiendo a los bienes a adquirir, los Gobiernos extranjeros estén interesados en un producto, equipo o material de defensa muy determinado que, en consecuencia, será fabricado o producido por empresas específicas y concretas del sector. De ahí que previo a la suscripción del contrato entre Gobiernos deban haberse entablado las relaciones necesarias con la industria de defensa con el fin de concretar el objeto del suministro o de los servicios correspondientes y poder establecer las reglas correspondientes en el contrato Gobierno a Gobierno que se aplicarán con preferencia a la normativa contractual pública. Por ello, cuando esa sea la intención del Gobierno extranjero, el contrato Gobierno a Gobierno deberá prever la adjudicación del objeto a contratar a favor de un determinado contratista, excluyendo el procedimiento de concurrencia.

## 5. RELACIÓN HORIZONTAL: EL CONTRATO ENTRE GOBIERNOS

### 5.1. OBJETO

Como hemos visto, el contrato Gobierno a Gobierno se configura como una relación jurídica inspirada en el contrato de mandato, en virtud de la cual el Gobierno de España *«podrá llevar a cabo las actuaciones de contratación en nombre y representación de dicho Gobierno extranjero, supervisión, apoyo logístico y transferencia de tecnología necesarias para la entrega al mismo de un determinado material de defensa»* (artículo 6 de la Ley 12/2012).

Por consiguiente, el Gobierno español puede llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para que un determinado material de defensa o una determinada tecnología sean transmitidos al Gobierno extranjero, entre las que se encuentran las siguientes actuaciones que detalla el artículo 8 de la Ley 12/2012:

- Contratar, en nombre y representación de un Gobierno extranjero, el suministro de material de defensa que se solicite por el Gobierno extranjero, así como supervisar la ejecución y el cumplimiento del contrato y recibir el objeto de suministro.
- Planear y administrar programas de obtención de material de defensa en favor de Gobiernos extranjeros.
- Transmitir el conocimiento operativo y tecnológico sobre material de defensa a Gobiernos extranjeros, así como contratar su transmisión.
- Asimismo, pueden ser objeto del contrato otros servicios adicionales, como son:
- Prestar servicios de adiestramiento técnico y operativo u otros servicios necesarios para la ejecución de un programa de material de defensa y contratar su prestación.
- Supervisar el cumplimiento en tiempo y forma de otros contratos de suministro de material de defensa celebrados entre Gobiernos extranjeros y una empresa con domicilio en territorio español.
- Llevar a cabo actividades de aseguramiento de la calidad.
- Cualesquiera otras actividades complementarias a las anteriores o necesarias para el buen fin de las mismas, como puede ser la realización de ensayos y pruebas de recepción o prestar el apoyo logístico en los términos acordados.

No obstante, hay que tener en cuenta que muchas de estas actividades (aseguramiento oficial de la calidad, ensayos y pruebas de recepción, adiestramiento, apoyo logístico, apoyo a la transferencia de tecnología, creación de Oficinas de Programa encargadas de ejercer el control y seguimiento de todos los aspectos del programa) ya se venían haciendo al amparo de los correspondientes instrumentos internacionales, especialmente los MOUS, por lo que lo esencialmente novedoso y que caracteriza al contrato Gobierno a Gobierno es la posibilidad de contratar en nombre y representación del Gobierno extranjero.

## 5.2. RÉGIMEN JURÍDICO

### 5.2.1. Cuestiones que era necesario regular

La regulación de la nueva figura del contrato Gobierno a Gobierno requería delimitar su objeto y su contenido, así como recoger aquellas especialidades que incidían en la normativa legal vigente en materia de contratación del sector público, patrimonio de las Administraciones Públicas, comercio exterior de material de defensa y control de la gestión económica financiera.

Para la regulación de dichas especialidades debía partirse de dos de los caracteres esenciales del contrato de mandato que se estaba regulando:

a) En primer lugar, el contrato Gobierno a Gobierno se articula jurídicamente sobre la base del mandato representativo, produciéndose los efectos jurídicos derivados de la intervención del mandatario en la esfera jurídica del mandante, que es quien queda directamente obligado con los terceros.

b) En segundo lugar, se mantiene la característica natural de la gratuidad del mandato, articulada sobre la base del principio de «*sin coste ni beneficio*».

#### 5.2.1.1. Especialidades derivadas el mandato representativo

a) No integración de los bienes suministrados en el Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Al actuar el Ministerio de Defensa en nombre y representación del Gobierno extranjero era preciso aclarar que las adquisiciones que pudieran realizarse de las empresas españolas en virtud del contrato Gobierno a Gobierno no se integrarían en el Patrimonio de las Administraciones públicas por lo que nunca serían objeto de afectación a la Defensa nacional.

Esta circunstancia se subraya en el artículo 9 de la Ley 12/2012, destacando que «*en ningún caso el material de defensa, cuyo suministro fuere contratado por el Ministerio de Defensa, al que hace referencia el artículo 8.1 pasará a formar parte del patrimonio de las administraciones públicas*», de modo que «*la transferencia de la propiedad se realizará directamente desde el contratista al Gobierno extranjero*» (Artículo 7 de la Orden DEF/503/2015).



b) En ningún caso figuraría el Ministerio de Defensa como exportador de los contratos.

La transmisión de responsabilidades y riesgos derivados se produciría de manera directa entre el Gobierno extranjero y los suministradores nacionales. De este modo no se produciría ninguna disfunción en relación con la normativa nacional e internacional de control de armas. Las empresas suministradoras deberán cumplir los trámites correspondientes ante la Junta Interministerial de Material de Defensa y de Doble Uso (JIMDDU) para obtener las licencias de exportación de los bienes objeto del programa. Esta circunstancia se ha recogido en el artículo 10 de la Ley 12/2012:

*[...] a los efectos de la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso, la realización por el Ministerio de Defensa de las actividades descritas en el artículo 8.1, no alterará la condición de exportador del contratista [...]*

Dicha previsión se desarrolla en el Real Decreto 33/2014 cuyo artículo 9 añade que:

*[...] en particular será de aplicación el régimen de autorización y registro establecido en el capítulo II de la Ley 53/2007, de 28 de diciembre. Sin perjuicio del previo registro, la autorización deberá solicitarse y obtenerse en el momento de procederse a la efectiva exportación en los términos objeto del contrato suscrito con el Ministerio de Defensa [...]*

Y su Disposición adicional única que: «los preceptos de este real decreto se aplicarán sin perjuicio de lo establecido en la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso».

c) Por último, era preciso prever la forma de llevar a cabo el control económico financiero de estos contratos en los que, al no actuar el Ministerio de Defensa en nombre propio, quedan excluidos de la normativa presupuestaria, a la que, no obstante, se acude por vía de la analogía, señalando el artículo 14 de la Ley 12/2012 que:

*[...] las funciones de control de la gestión económico-financiera previstas en el Título VI de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, se ejercerán por analogía sobre las actuaciones previstas en este Título y las cuentas de situación de fondos [...]*

Correspondiendo el ejercicio de dicho control sobre la administración de las cantidades situadas en las cuentas de situación de fondos y en todo aquello que corresponda respecto de la contratación con empresas españolas del sector de la defensa a la Intervención General de la Defensa (artículo 7 Real Decreto 33/2014).

Igualmente, «*el régimen de responsabilidades previsto en el Título VII de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, será de aplicación a las actuaciones señaladas en el artículo 8, en los términos establecidos por dicha Ley*» (Artículo 15 Ley 12/2012).

### 5.2.1.2. Principio de no coste/no beneficio

Es el principio básico en el que se basa la intervención del Ministerio de Defensa español, siguiendo las pautas del FMS, conforme al cual la realización de actividades «*que impliquen actos de contratación por el Ministerio de Defensa por cuenta de un Gobierno extranjero, en ningún caso supondrá coste o beneficio económico para el Ministerio de Defensa*» (artículo 8.2. Ley 12/2012), lo que requiere que todos los costes derivados de la ejecución de un contrato Gobierno a Gobierno, incluidos aquellos en los que incurra el Ministerio de Defensa, sean sufragados por el Gobierno extranjero, y que además quede garantizado en el procedimiento el mecanismo a través del cual se harán efectivos dichos cobros. En este caso, y siguiendo de nuevo el modelo FMS, se ha optado por la apertura de una cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero<sup>34</sup> y a la exigencia previa de fondos como condición para la ejecución del contrato Gobierno a Gobierno, con cargo a los cuales se reembolsarán los costes en que incurra el Gobierno de España y sin perjuicio de las garantías que resulten exigibles.

*Cuenta de situación de fondos destinada a financiar la adquisición de material de defensa por un Gobierno extranjero:* Como hemos visto, la cuenta de situación de fondos se configura como un elemento esencial para el correcto desarrollo de un contrato Gobierno a Gobierno y requería

---

<sup>34</sup> Así resulta de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 12/2012: «1. *Los costes derivados de las actividades previstas en el artículo 8 serán cargados directamente a la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.* 2. *Los gastos ocasionados al Ministerio de Defensa por la prestación de servicios que se deriven de la realización de las actividades descritas en el artículo 8 serán reembolsados, con cargo a la citada cuenta, mediante ingreso a favor del Tesoro Público.*».

de una normativa específica que fuera más allá de lo previsto en el artículo 109 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que únicamente prevé la apertura de cuentas de situación de fondos cuya titularidad corresponda a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o agencias estatales. En el presente caso, era necesario, para evitar toda confusión de dichos fondos con los fondos de titularidad pública (lo que podría determinar una responsabilidad para la Hacienda Pública, en contra del principio de no coste/no beneficio) que la titularidad de dicha cuenta fuera del Gobierno extranjero, aunque su administración deba corresponder, con carácter exclusivo (para garantizar el adecuado uso de los fondos y el abono de los costes en que incurra el Ministerio de Defensa) al Ministerio de Defensa. Por lo tanto, era preciso, en primer lugar, habilitar legalmente al Ministerio de Defensa para que pudiera abrir y administrar dicha cuenta.<sup>35</sup>

a) Apertura de la cuenta de situación de fondos.

La apertura de la cuenta de situación de fondos se puede contratar, indistintamente, por el Gobierno extranjero o por el Ministerio de Defensa.

En el caso de que la apertura de la cuenta se contrate por el Ministerio de Defensa, *«el expediente de contratación deberá ajustarse a lo dispuesto en la normativa sobre contratos del sector público, mediante procedimiento negociado con un mínimo de tres ofertas y sin necesidad de exigir prestación de garantía definitiva»* (artículo 12.3). La contratación y apertura de las cuentas de situación de fondos se realizará por la Subdirección General de Gestión Económica (artículo 6.1 Orden DEF/503/2015). La apertura de la cuenta será notificada al Gobierno extranjero, a fin de que pueda empezar a cumplir el calendario de situación de fondos que se pacte (artículo 5.1 Real Decreto 33/2014).

En todo caso, para la contratación de dicha cuenta deberá tenerse en cuenta:

- Solo podrá contratarse con *«entidades de crédito con domicilio en territorio español»* (artículo 12.1. Ley 12/2012).
- La apertura de la cuenta de situación de fondos deberá contratarse de modo que únicamente el Ministerio de Defensa esté habilitado para extraer y retener fondos de la misma.

---

<sup>35</sup> Habilitación que realiza el artículo 12 de la Ley 12/2012: *«1. Para la realización de las actividades previstas en el artículo 8.1 el Ministerio de Defensa podrá, actuando por cuenta de un Gobierno extranjero, en virtud de un contrato celebrado entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, administrar cuentas de situación de fondos abiertas por aquél en entidades de crédito con domicilio en territorio español, así como contratar su apertura»*.

- Los contratos contendrán necesariamente una cláusula de exclusión de la facultad de compensación con otros fondos depositados por el Gobierno extranjero en la misma entidad de crédito.
- Para cada contrato entre Gobiernos se abrirá una cuenta de situación de fondos, que se utilizará exclusivamente para el contrato de que se trate. Este mismo régimen se aplicará a cualquier otra cuenta cuya apertura resulte necesaria para la ejecución del contrato (artículo 5.2 Real Decreto 33/2014).
- La apertura de la cuenta será notificada al Gobierno extranjero, a fin de que pueda empezar a cumplir el calendario de situación de fondos que se pacte (artículo 5.2 Real Decreto 33/2014).
- Conforme a la Guía (página 18), las cuentas serán tres por contrato y no se aceptarán divisas distintas del Euro, ya que encarece los costes por el riesgo de cambio.

b) Administración de la cuenta de situación de fondos.

Corresponde con carácter de exclusiva al Ministerio de Defensa, que como hemos visto será el único habilitado para extraer y retener fondos de la misma. Dicha administración se llevará a cabo por el Centro de Gestión de Pagos en el Extranjero (artículo 6.1 Orden DEF/503/2015)<sup>36</sup>.

A estos efectos, el Ministerio de Defensa:

a) Podrá suscribir convenios con las entidades de crédito, tendentes a determinar el régimen de funcionamiento de las cuentas y, en especial, el tipo de interés al que serán retribuidas, las comisiones a pagar, en su caso, los medios de pago asociados a las mismas y las obligaciones de información asumidas por las entidades de crédito.

Aunque la Ley guarda silencio respecto a los intereses, siendo los fondos de titularidad del Gobierno extranjero, el mismo será igualmente titular de los intereses generados por el capital depositado en dicha cuenta, si bien su aplicación dependerá de lo que acordasen ambos Gobiernos.

b) Podrá recabar, del órgano administrativo gestor o de la correspondiente entidad de crédito, cualesquiera datos tendentes a comprobar el cumplimiento de las condiciones en que se autorizó la apertura de la cuenta.

---

<sup>36</sup> A estos efectos, la disposición final primera del Real Decreto 33/2014 añade un nuevo párrafo g) al artículo 1.1 del Real Decreto 945/2001, de 3 de agosto, sobre la gestión financiera de determinados fondos destinados al pago de las adquisiciones de material militar y servicios en el extranjero y Acuerdos internacionales suscritos por España en el ámbito de las competencias del Ministerio de Defensa, con la siguiente redacción:

«g) Gestionar los depósitos de países extranjeros en las cuentas de situación de fondos creadas al amparo del artículo 12 de la ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.»

c) Semestralmente remitirá a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, información sobre la evolución y situación de las cuentas de situación de fondos.

d) En caso de cambio de entidad de crédito por nueva contratación, se traspasará la cuenta de situación de fondos de la antigua entidad a la nueva y se comunicará el cambio al Gobierno extranjero y a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Competitividad (artículo 5.4 Real Decreto 33/2014).

e) Los gastos ocasionados al Ministerio de Defensa durante la ejecución de estos contratos, previa su aceptación por el Gobierno extranjero en los términos previstos en el contrato, serán cargados en la cuenta de situación de fondos e ingresados en el Tesoro (artículo 5.5 Real Decreto 33/2014).

*Existencia previa de fondos como condición para la ejecución del contrato Gobierno a Gobierno:*

a) La existencia de los fondos necesarios para financiar la adquisición de material de defensa por un Gobierno extranjero, en la cuenta de situación de fondos, será condición necesaria para la ejecución de los correspondientes contratos con las empresas domiciliadas en territorio nacional (Art.3.5 Real Decreto 33/2014).

b) Cada contrato entre Gobiernos establecerá su propio calendario de situación de fondos<sup>37</sup>, así como el depósito inicial exigible al Gobierno extranjero. El documento para solicitar a éste los abonos correspondientes será la llamada de fondos (artículo 5.3 Real Decreto 33/2014 33/2014). La llamada de fondos será efectuada por el Centro de Gestión de Pagos en el Extranjero, una vez recibida la documentación que acredite el motivo y el importe de la misma desde la Subdirección General de Adquisiciones de Armamento y Material (Art.6 Orden DEF/503/2015).

---

<sup>37</sup> Resolución 330/00737/2016, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba y se hace pública la Guía para el Apoyo a la Exportación de Material de Defensa (Boletín Oficial del Ministerio de Defensa del 22 de enero de 2016), pp. 14 y 15. Conforme a la misma, el calendario de situación de fondos deberá asegurar que el saldo disponible en la cuenta permite hacer frente a:

Las indemnizaciones de todo tipo a asumir, incluidos los costes asociados a una posible resolución del contrato por causas no imputables a la empresa, así como demás riesgos identificados.

Los pagos a realizar a la empresa en los seis meses siguientes.

El pago anticipado de los costes a incurrir por el Ministerio de Defensa durante los tres meses siguientes.

c) El ingreso del depósito inicial será requisito necesario para el inicio de las actuaciones preparatorias de la contratación con las empresas domiciliadas en territorio nacional (Art.6.3 Orden DEF/503/2015). Dicho depósito inicial tiene por objeto cubrir los riesgos potenciales de incumplimiento total o parcial del contrato y todas las obligaciones que se deriven del mismo, y podrá reducirse a lo largo de la vida del contrato en función de cómo disminuyan las obligaciones asumidas por el Gobierno extranjero en el mismo.

*Reembolso de los costes con cargo a la cuenta de situación de fondos.* La Guía para el Apoyo a la Exportación de Material de Defensa diferencia dos tipos de costes (páginas 13 y 14):<sup>38</sup>

- Costes de las actividades principales: Son aquellos costes generados por las actividades más relevantes que deban desarrollarse para la ejecución del contrato, directamente atribuibles a una actividad concreta y cuantificables en su importe.
- Costes administrativos generales: son aquellos costes de naturaleza administrativa y se consideran indirectos, calculándose con base en un porcentaje sobre el importe total estimado de la operación y que se estima con carácter general en un 3,5% salvo casos debidamente justificados.

En todo caso, debe tenerse en cuenta:

- Si se incluyen servicios de adiestramiento técnico y operativo, inspecciones técnicas, aseguramiento de la calidad, ingeniería de apoyo, certificación y calificación u otros que no fueran los propios de la preparación, administración y gestión del programa, se han de presupuestar aparte.
- El proceso de distribución de los costes indirectos a cada servicio prestado se debe basar en la capacidad normal de trabajo de los medios utilizados.

*Régimen de garantías:*

El artículo 7 de la Ley 12/2012 dispone que «*las responsabilidades asumidas por el Ministerio de Defensa en virtud del contrato celebrado entre el Gobierno de España y un Gobierno extranjero deben estar*

---

<sup>38</sup> Resolución 330/00737/2016, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba y se hace pública la Guía para el Apoyo a la Exportación de Material de Defensa (Boletín Oficial del Ministerio de Defensa del 22 de enero de 2016), pp. 13 y 14.

*suficientemente garantizadas por este último»* debiendo figurar dichas garantías como parte del contenido mínimo del contrato Gobierno a Gobierno (artículo 3.1.d) Real Decreto 33/2014). El artículo 4 de la Orden DEF/503/2015, que se refiere a dichas garantías (aunque erróneamente cite el artículo 11.3 de la Ley 12/2012, referido a las garantías que deben prestar los contratistas en los contratos celebrados con el Ministerio de Defensa) señala que las mismas se podrán realizar por cualquiera de los siguientes medios: Depósito inicial, aval bancario o seguro de caución. Y añade que *«se utilizará preferentemente el pago de un depósito inicial que cubra los riesgos potenciales de incumplimiento total o parcial del contrato y todas las obligaciones que se deriven del mismo. Este depósito inicial podrá reducirse a lo largo de la vida del contrato en función de cómo disminuyan las obligaciones asumidas por el Gobierno extranjero en el mismo»*. Conforme a la Guía, este depósito podrá alcanzar hasta el 30% del presupuesto del contrato, en función de la cuantía y el objeto, y debe ser negociado con el Gobierno extranjero.

En este punto se observa una posible contradicción en la regulación, puesto que parece que la exigencia del depósito es potestativa aunque preferente, mientras que como hemos visto el ingreso del depósito inicial será requisito necesario para el inicio de las actuaciones preparatorias de la contratación con las empresas domiciliadas en territorio nacional (Art.6.3 Orden DEF/503/2015). Esta confusión se acentúa en el Modelo de contrato entre Gobiernos que figura como anexo 6 de la Guía.

Por tanto, debemos diferenciar en el depósito inicial dos funciones:

- Como garantía real, pudiendo configurarse como prenda irregular del artículo 1870 del Código Civil (*«El acreedor no podrá usar la cosa dada en prenda sin autorización del dueño, y si lo hiciere o abusare de ella en otro concepto, puede el segundo pedir que se la constituya en depósito»*).
- Como provisión de fondos o anticipo previsto en el artículo 1728 el Código Civil: *«El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato»*.

Desde el punto de vista de la garantía, podrá pactarse que la misma consista en un depósito inicial o no. Pero si se exige aval o seguro de caución, el depósito inicial, entendido como provisión de fondos, seguirá siendo indispensable para iniciar la ejecución del contrato.

## 5.2.2. Actuaciones preparatorias del contrato Gobierno a Gobierno

Corresponden a la Dirección General de Armamento y Material de la Secretaría de Estado de Defensa, quien, en coordinación con la Dirección General de Política de Defensa, dirigirá la actuación de los agregados y consejeros de defensa conducentes a asegurar el éxito de las negociaciones para la firma de un contrato Gobierno a Gobierno (artículo 2.1 del Real Decreto 33/2014 y artículo 2.2.a) de la Orden DEF/503/2015). A estos efectos, *«se valorará la existencia de acuerdos internacionales vigentes con dicho Gobierno extranjero y las relaciones de ambos países en los ámbitos de armamento y material»* (artículo 2.2.b) de la Orden DEF/503/2015).

## 5.2.3. Contenido

Conforme a lo previsto en el artículo 3 del Real Decreto 33/2014 y de la Orden DEF/503/2015, podemos diferenciar entre un contenido necesario y un contenido accesorio.

En cuanto al contenido necesario, el mismo viene determinado por (art. 3.2 Real Decreto 33/2014 y art. 3.2 Orden DEF):

- Objeto del contrato entre Gobiernos. Prestaciones que se solicitan del Ministerio de Defensa.
- Foro judicial o arbitral competente para resolver las discrepancias entre las partes contratantes.
- Régimen jurídico al que quedará sometido el contrato.
- Financiación, garantías y calendario de situación de fondos.
- Reembolso de gastos ocasionados al Ministerio de Defensa.
- Causas de resolución del contrato.

En cuanto al resto de extremos que se pueden recoger en el clausulado del contrato se citan los siguientes:

- Medidas de control y seguimiento del contrato entre Gobiernos. Creación de una Comisión de Seguimiento y establecimiento de sus funciones.
- Vigencia del contrato.
- Creación de un Programa de Armamento y Material, en su caso.
- Creación de Oficina de Programa, si procede, su funcionamiento y liquidación.



- Creación de una Oficina de Apoyo a lo suministrado al país cliente, si procede, su funcionamiento y liquidación.
- Aspectos financieros y tributarios, de conformidad con la normativa vigente.
- Todas las condiciones sobre los transportes.
- Modificaciones del contrato.
- Propiedad intelectual.
- Aportaciones de los Gobiernos.
- Aspectos de seguridad aplicables.
- Estatuto del personal intercambiado entre ambos Gobiernos.
- Régimen de responsabilidades de ambos Gobiernos.

En este punto interesa destacar que aunque el Consejo de Estado hizo especial hincapié en la importancia de determinar el derecho interno por el que ha de regirse el contrato, y que ha sido recogido como parte del contenido esencial del contrato, y aunque es una cuestión supeditada a la voluntad de las partes, la Guía no hace referencia al mismo en el modelo de contrato que incorpora.

Por otro lado, el apartado 3 del artículo 3 del Real Decreto 33/2014 señala que: *«en los contratos entre Gobiernos se podrá hacer constar que el Gobierno de España se reserva la facultad de resolución total o parcial del contrato entre Gobiernos por razones de interés público»*.

La Orden DEF/503/2015, en su artículo 3.3 añade que *«en el documento contractual se definirán las causas de interés público y los efectos de la resolución del contrato»*. Sin embargo, de nuevo la Guía ha guardado silencio sobre este punto. Se trata, a nuestro juicio, de una circunstancia esencial en cuanto puede ser causa resolutoria del contrato Gobierno a Gobierno y, consecuentemente, del contrato derivado con la industria de Defensa (artículo 8.4 Real Decreto 33/2014). Pese al silencio de la norma, y siguiendo los criterios del FMS, podemos concluir que dichas causas derivarán fundamentalmente de cómo evolucionen las relaciones internacionales con dicho país, a las que, pese a su importancia, únicamente se ha hecho referencia expresa en el artículo 2.2. de la Orden DEF/503/2015 anteriormente citado.

#### **5.2.4. Extinción del contrato entre Gobiernos**

Conforme al artículo 8 de la Orden DEF/503/2015, y además del supuesto ya visto de resolución por causa de interés público, los contratos Gobierno a Gobierno finalizarán:

a) Por su cumplimiento, que dará lugar a la liquidación final del contrato y al cierre de las cuentas abiertas una vez resarcido el Gobierno de España y las empresas de los gastos y costes incurridos.

b) Por acuerdo entre las partes, en cuyo caso se estará a lo establecido en el contrato entre Gobiernos.

c) Por incumplimiento de alguna de las dos partes, en cuyo caso se estará a lo establecido en el contrato entre Gobiernos.

d) Por resolución del contrato con las empresas españolas, cuyos efectos serán los establecidos en el contrato entre Gobiernos.

## 6. RELACIÓN VERTICAL: EL CONTRATO ENTRE EL MINISTERIO DE DEFENSA Y LA INDUSTRIA DE DEFENSA

Como hemos visto, son contratos celebrados en nombre y representación, y por cuenta y riesgo del Gobierno extranjero (artículo 8 Real Decreto 33/2014) y cuyo régimen jurídico queda sometido, en primer lugar, a lo pactado en el propio contrato Gobierno a Gobierno y de ahí la importancia de sus cláusulas para la posterior celebración de estos contratos, especialmente en lo que se refiere a la selección del contratista. En su defecto, quedarán sometidos a lo previsto en la Ley de Contratos del Sector público, con las especialidades que introduce la Ley 12/2012.

### 6.1. ESPECIALIDADES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

La Ley 12/2012 regula todas aquellas especialidades aplicables a la contratación derivada de la especial configuración del contrato Gobierno a Gobierno, como consecuencia, fundamentalmente, de que la contratación se realice no con cargo a los Presupuestos Generales del Estado sino con cargo a la cuenta de situación de fondos, así como otras derivadas del principio de «*sin coste ni beneficio*”.

#### 6.1.1. Tramitación del expediente de contratación

Uno de los documentos esenciales que debe incorporarse al expediente de contratación es «*el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya*” (artículo 109.3 del TRLCSP). En el presente caso no resulta viable la emisión del correspondiente RC al no realizarse con

cargo a los créditos presupuestarios, pero la existencia de crédito suficiente y adecuado sigue siendo un requisito indispensable para la contratación, especialmente si tenemos en cuenta que de la misma no puede derivarse ningún coste para el Estado y que la existencia de los fondos necesarios será condición necesaria para la ejecución de los correspondientes contratos con las empresas (artículo 3.4. Real Decreto 33/2014). Por eso era preciso sustituir dicho documento por el correspondiente que acredite la existencia de saldo suficiente en la cuenta de situación de fondos. De ahí que el artículo 11.2 disponga que:

*[...] se incorporará al expediente de contratación el documento que acredite la disponibilidad de los fondos necesarios para la adquisición de un compromiso de gasto, emitido por la entidad de crédito en que esté situada la cuenta de situación de fondos referida en el artículo 12 de esta Ley [...]*

### **6.1.2. Garantías financieras**

Otro ámbito en el que se producen especialidades derivadas de la intervención del Gobierno español como mero mandatario en lo relativo a la constitución de las garantías que resulten exigibles al contratista conforme a los artículos 95 y siguientes del TRLCSP, y que podrán constituirse en cualquiera de las formas que dichos preceptos prevén (Efectivo o valores de Deuda Pública, Aval o contrato de seguro de caución). Dichas especialidades son las siguientes:

- Frente a la regla general, de que las garantías deben depositarse en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía o Hacienda, al tratarse de garantías a favor del Gobierno extranjero, y para evitar su confusión con los fondos de la Hacienda Pública española, se señala que *«las garantías financieras a prestar en los contratos celebrados con el Ministerio de Defensa, serán depositadas en la misma entidad de crédito en la que se hubiere abierto una cuenta de situación de fondos»*. No obstante, *«la responsabilidad en la gestión de dichas garantías corresponderá, en todo caso y con carácter exclusivo, al Ministerio de Defensa»*.
- Otra de las especialidades es la que afecta al seguro de caución, en la que la condición de asegurado corresponderá al Gobierno extranjero y, consecuentemente, en caso de incumplimiento del

tomador del seguro, la indemnización que se derive del contrato de seguro de caución deberá ser ingresada en la cuenta de situación de fondos.

En cuanto al resto de prescripciones respecto a las garantías, son reproducción de los criterios generales establecidos en la normativa sobre contratación pública así, en el caso de aval deberá ser solidario y con renuncia al beneficio de excusión (tal y como exige el artículo 56 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en lo sucesivo RGLCAP) o en el seguro de caución deberá celebrarse con entidades habilitadas para operar en España en el ramo de seguro de caución (artículo 57 RGLCAP), y que deberán completarse con el resto de requisitos exigidos por el TRLCSP y el RGLCAP.

En todo caso, hay que matizar que dichas garantías son las que tiene que constituir el contratista conforme a la normativa contractual, no las que resulten exigibles al Gobierno extranjero conforme al artículo 7 de la Ley 12/2012 (*«Las responsabilidades asumidas por el Ministerio de Defensa en virtud del contrato celebrado entre el Gobierno de España y un Gobierno extranjero deberán estar suficientemente garantizadas por este último»*) y que han de formar parte del contenido del contrato Gobierno a Gobierno según el artículo 3.1.d) del Real Decreto 33/2014, y que son a las que se refiere el artículo 4 de la Orden DEF/503/2015, aunque por error dicho artículo se remita al 11.3 de la Ley 12/2012.

### **6.1.3. Imposición de penalidades por demora del contratista**

Se aplica el artículo 212 del TRLCSP, teniendo en cuenta que al realizarse el pago con cargo a los fondos de la cuenta de situación de fondos, se intentarán en primer lugar, hacerla efectivas mediante su deducción de *«las retenciones practicadas sobre la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero»* (artículo 11.5 Ley 12/2012).

## **6.2. ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES**

El principio *«sin coste ni beneficio»* incide directamente en el régimen de responsabilidades del contrato Gobierno a Gobierno derivado de posibles incumplimientos de las partes. Partiendo de la base del régimen jurídico del contrato de mandato, el mandatario debe salir indemne de la

ejecución del mismo, salvo en aquellos casos en que intervenga culpa o negligencia por parte del mismo. Sin embargo, en el régimen instaurado por la Ley 12/2012, se confunde el concepto coste con el de responsabilidad, eximiendo de ésta al Ministerio de Defensa en todo caso lo que va a obligar a incluir cláusulas en el contrato que eximan en todo caso de responsabilidad al Ministerio de Defensa (admisibles sobre la base del principio de libertad de pactos), lo que puede dificultar la suscripción de dichos contratos. Así, no será responsable:

a) Supuestos de responsabilidad del Ministerio de Defensa por daños y perjuicios ocasionados por el contratista a terceros como consecuencia inmediata y directa de una orden dada o como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por aquél mismo para el suministro de fabricación, en los que las indemnizaciones deberán ejecutarse contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

b) Demora en el pago del precio por parte del Ministerio de Defensa en el que *«los intereses por tal demora y la indemnización por costes de cobro se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero»*.

c) Suspensión del contrato a instancia del Gobierno extranjero: *«se abonarán al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos con cargo a la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero»*.

d) En caso de extinción del contrato por cumplimiento, si se produjera demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro con cargo a la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

e) En caso de resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 223.g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos), los intereses de demora e indemnizaciones que correspondan se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

En todos estos supuestos (salvo el de suspensión del contrato a instancia del Gobierno extranjero), la Ley no diferencia en función de quién sea el responsable, si el Gobierno extranjero (directamente o en función de las instrucciones transmitidas al Ministerio de Defensa) o directamente el Ministerio de Defensa, haciendo en todo caso responsable al Gobierno extranjero y abonando las responsabilidades con cargo a la cuenta de situación de fondos. En este punto se aparta de la tradicional configuración del mandato en nuestro ordenamiento jurídico, que aun partiendo del carácter

de confianza y naturalmente gratuito del mandato, lo que en principio supone la responsabilidad directa del mandante por cuya cuenta se actúa, hace responsable al mandatario (partiendo de que la responsabilidad es consecuencia de la infracción de deberes o del incumplimiento de obligaciones) en los siguientes casos:

- Incumplimiento total de los deberes de gestión (artículo 1718 CC, responde de los daños y perjuicios que de no ejecutarlo se ocasione al mandante).
- Cumplimiento defectuoso, por traspasar los límites del mandato (art.1714) o por no arreglarse a las instrucciones del mandante.
- En caso de incumplimiento, el mandatario será responsable no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor según que el mandato haya sido o no retribuido. Y el mandante debe «indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario (art.1729). Además, la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones y la renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula, mientras que la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos (artículos 1102 y 1103 del Código Civil).

Está claro que la exoneración de responsabilidad del Ministerio de Defensa (a la que parece que obliga el articulado de la Ley 12/2012 y disposiciones que la desarrollan) debe ser introducida en el clausulado del contrato Gobierno a Gobierno y su validez vendrá determinada por el derecho interno que resulte aplicable, si bien desde el punto de vista de la contratación internacional, las cláusulas de limitación y de exoneración suscitan desconfianza en la mayoría si no en todos los sistemas legales, siendo la mayoría de ellos contrarios en los casos de dolo o culpa grave.

A estos supuestos que recoge la Ley hay que añadir el previsto en el Artículo 7.3 de la Orden DEF/533/2015, según el cual

*[...] el Ministerio de Defensa, en los términos pactados en el contrato entre Gobiernos, se reservará la facultad de resolver los contratos con las empresas por razones de interés público, con la indemnización que en su caso pudiera corresponder de acuerdo con lo estipulado en los mismos. Dicha indemnización correrá a cargo del Gobierno extranjero[...]*

Este precepto plantea dudas acerca de si las causas de interés público a las que se está refiriendo son las mismas que puede haberse pactado como causas de resolución del propio contrato Gobierno a Gobierno a las que se refieren el artículo 3.4 del Real Decreto 33/2014 y el artículo 3.3 de la propia Orden o si se trata de otras distintas, ya que en las primeras la propia norma deja al contrato entre Gobiernos la función de determinar los efectos de la resolución, mientras que aquí ya añade que necesariamente la indemnización será a cargo del Gobierno extranjero. Para mayor confusión, la Guía dice en el 12.3:

*[...] En caso de que el MINISDEF por razones de «interés nacional» hubiera de suspender o cancelar parcial o totalmente en contrato, se aplicará el mismo procedimiento anterior, siendo por cuenta del mandante con cargo a la cuenta de situación de fondos los gastos o abonos a que hubiera de hacerse frente» y el 13 Resolución: «en caso de resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o por que de continuarse ejecutando la prestación en dichos términos se produjera una lesión grave al interés público del Reino de España, los intereses de demora e indemnizaciones que correspondan se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Ministerio de Defensa de ..... , conforme a la legislación española.*

*El MINISDEF se reserva la facultad de resolver total o parcialmente el presente contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen [...]*

Una interpretación conjunta de ambos preceptos unida al objeto y finalidad perseguidos con el contrato Gobierno a Gobierno aconsejan concluir que se trataría de las mismas causas, por lo que en el contrato ha de pactarse necesariamente cuáles son dichas causas y, especialmente, el Gobierno extranjero ha de aceptar que siendo causas que puedan derivar del interés público de España, ha de asumir en todo caso los costes derivados de dicha resolución. Aunque se trata de una cláusula admisible atendiendo al principio de autonomía de la voluntad de las partes, siempre que se detallan adecuadamente dichas causas para evitar que el cumplimiento del contrato pueda quedar al arbitrio de una de las partes (artículo 1256 del Código Civil) la inclusión de la misma puede suponer un obstáculo grave a la firma de este tipo de contratos.

## 7. CONCLUSIONES

PRIMERA.—El contrato Gobierno a Gobierno forma parte de una serie de medidas dirigidas a apoyar a la internacionalización de la industria de defensa con la finalidad de mantener las capacidades industriales esenciales para la Defensa Nacional, que si bien se inspira en el modelo norteamericano del FMS, presenta sustanciales diferencias que deberían haberse valorado en el momento de su regulación. Así, el FMS se configura como una herramienta de política exterior y de seguridad nacional con el fin de facilitar la «*defensa común*», por lo que responde a criterios de política internacional de un país con intereses estratégicos en todo el planeta y con una potente industria de defensa, configurándose el FMS como una política de Estado en la que intervienen los principales poderes del país. Sin embargo, la regulación española se ha realizado de manera sectorial y parece atender a criterios exclusivos de capacidades militares limitando la intervención al Ministerio de Defensa, sin tener en cuenta que se trata de una política de Estado en la que debería haberse recogido una mayor intervención de otros órganos del Estado y en la que las medidas de fomento a adoptar no se limiten a las que pueda prestar el Ministerio de Defensa, sino que puedan incluir otro tipo de medidas, incluidas las de carácter financiero.

SEGUNDA.—A diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, en los que se acude a la figura del contrato Gobierno a Gobierno sin haberse dotado de una regulación especial, la regulación de la figura en España es excesivamente prolija, comprendiendo una Ley, un Real Decreto, una Orden Ministerial y una Resolución del Secretario de Estado de Defensa. Dichas disposiciones, publicadas en los correspondientes diarios oficiales, garantizan una mayor publicidad y transparencia en cuanto a la celebración de este tipo de contratos, pero al mismo tiempo constituyen una normativa compleja y en ocasiones contradictoria lo que dificulta la aplicación de la misma. Por otro lado, no se han regulado cuestiones tan relevantes como las causas de interés público que puedan excluir la celebración de un contrato Gobierno a Gobierno o dar lugar a su resolución, los compromisos de uso y, en su caso, no transferencia, del material o la tecnología suministrados o la posición que debe adoptar el Ministerio de Defensa en el supuesto de que pueda haber varias empresas interesadas en suministrar el material objeto del contrato Gobierno a Gobierno.

TERCERA.—Dicha normativa se encuentra fuertemente influida por el principio de que la intervención del Gobierno de España sea sin beneficio, pero sobre todo sin coste, y que no se pueda derivar ninguna responsa-



bilidad por la ejecución del contrato para la Hacienda Pública española, lo que sin duda dificultará la redacción de los contratos, pues dichas cláusulas de exoneración deberán recogerse expresamente en los mismos, pero sobre todo su negociación y suscripción, pues el Gobierno extranjero deberá resultar responsable en todo caso.

CUARTA.—Pese a la urgencia que hubo en la introducción de dicha figura, realizándose por medio de una Real Decreto Ley, casi seis años después de su aprobación no se ha suscrito ningún contrato Gobierno a Gobierno propiamente dicho, debido fundamentalmente a que los Gobiernos extranjeros prefieren las mejores posibilidades que ofrece la contratación directa con las empresas tanto en lo que se refiere a la posibilidad de pactar un precio cerrado como al reparto de responsabilidades. A ello hay que añadir las mayores posibilidades que ofrece en cuanto a la transmisión del conocimiento tecnológico y a la posibilidad de pactar compensaciones industriales (que no se incluyen en el contrato Gobierno a Gobierno). No obstante, los Gobiernos extranjeros siguen solicitando el apoyo del Gobierno español en cuanto a funciones de control y supervisión, apoyo logístico, adiestramiento, etcétera, y que podrán articularse vía contrato Gobierno a Gobierno o vía Acuerdo no normativo.

QUINTA.—No obstante, en la medida en que subsisten las razones que justificaron la regulación del contrato Gobierno a Gobierno, habida cuenta de la necesidad de mantener las capacidades industriales estratégicas y de que habrá países que preferirán contratar directamente con el Gobierno español al igual que ocurre en otros países de nuestro entorno, debería revisarse la normativa vigente con el fin de simplificarla, excluir la responsabilidad del Gobierno extranjero por hechos exclusivamente imputables al Gobierno español, incluir la posibilidad de que la gestión de dichos contratos se lleve a cabo por empresas públicas regidas por el derecho privado y sobre todo, configurar ese apoyo a la industria de defensa desde una perspectiva integral que involucre a todos los poderes del Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

AAVV, *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Madrid, Ministerio de Defensa, 2012

CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Tomo IV: Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*. Madrid, Editorial Reus, 1995.

DÍEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, Editorial Tecnos 14ª edición, 2003.

DÍEZ-PICAZO, Luis *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato*. Pamplona, Editorial Civitas, 1996.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV: Las particulares relaciones obligatorias*. Pamplona, Editorial Civitas, 2010.

ESCRIHUELA MORALES, *La contratación del Sector Público. Especial referencia a los contratos de suministro y servicios*. Madrid, Editorial La Ley, 2011.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. *Manual de contratación del Sector Público*. Granada, Editorial Comares, 2011.

HUERTA BARAJAS, J.A., *El Artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa* en AA.VV. *La contratación y el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, CESEDEN, marzo de 2017.

JIMÉNEZ APARICIO, Emilio (Coord.) *Comentarios a la legislación de contratación pública*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2016.

MARCEL FONTAINE, Filip de Ly, *La redacción de contratos internacionales*. Pamplona, Editorial Civitas, 2013.

MORENO GIL, O. *Contratos Administrativos. Legislación y Jurisprudencia*. Pamplona, Editorial Civitas, 2012.

PÉREZ MUINELO, F., JIMÉNEZ BASTIDA, J.L. y MARTÍN CASARES, G. *Análisis de los Presupuestos en Defensa y Seguridad de España en 2017*. IDS, mayo de 2017.

SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*. Pamplona, Editorial Civitas, 2015.

SÁNCHEZ MORÓN, M (Dir.) *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2011.

## NORMATIVA

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969.

Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Real Decreto 1638/1999, de 22 de octubre, por el que se regula la enajenación de bienes muebles y productos de defensa en el Ministerio de Defensa.

Real Decreto 945/2001, de 3 de agosto, sobre la gestión financiera de determinados fondos destinados al pago de las adquisiciones de material militar y servicios en el extranjero y Acuerdos internacionales suscritos por España en el ámbito de las competencias del Ministerio de Defensa.

Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.

Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios

Orden de 14 de abril de 1980, por la que se aprueban las normas de procedimiento de las Juntas de Enajenaciones y Liquidadoras de Material del Ministerio de Defensa.

Orden 56/1982, de 18 de marzo, sobre la aprobación de normas para el reconocimiento, clasificación y posterior destino del material inútil o no apto para el servicio en el Ministerio de Defensa.

Orden 370/2000, de 20 de diciembre, por la que se desarrolla el Real Decreto 1638/1999, de 22 de octubre, que regula la enajenación de bienes muebles y productos de defensa en el Ministerio de Defensa.

Orden DEF/2134/2011, de 27 de julio, por la que se modifica la Orden 370/2000, de 20 de diciembre, por la que se desarrolla el Real Decreto 1638/1999, de 22 de octubre, que regula la enajenación de bienes muebles y productos de defensa en el Ministerio de Defensa.

Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo, por la que se dictan normas para la aplicación del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

Instrucción 25/2013, de 22 de abril, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se desarrolla el impulso del apoyo institucional a la internacionalización de la industria española de defensa.

Resolución 330/00737/2016, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba y se hace pública la Guía para el Apoyo a la Exportación de Material de Defensa (Boletín Oficial del Ministerio de Defensa del 22 de enero de 2016).

## WEBS

Comparecencia del Ministro de Defensa en el Congreso de los Diputados el 26 de enero de 2012

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28CDC201201260028.CODI.%29#\(Página2\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28CDC201201260028.CODI.%29#(Página2)). Consultado el 14 de octubre de 2017.

Directiva de Defensa Nacional 2012: «Por una defensa necesaria, por una defensa responsable», Madrid, julio de 2012, Presidencia del Gobierno. <http://www.lamoncloa.gob.es/documents/directivadedefensanacional2012.pdf>. Consultado el 14 de octubre de 2017:

Estrategia Industrial de Defensa EID-2015. <http://www.defensa.gob.es/Galerias/dgamdocs/estrategia-industrial-defensa-2015.pdf>. Consultado el 24 de septiembre de 2017.

Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Española 2014-2015. [http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comercio/140228\\_Plan\\_Internacionalizacion.pdf](http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comercio/140228_Plan_Internacionalizacion.pdf). Consultado el 24 de septiembre de 2017.

<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title22/html/USCODE-2010-title22-chap32-subchapII.htm>. Consultado el 16 de septiembre de 2017.

<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title22/html/USCODE-2010-title22-chap39.htm>. Consultado el 16 de septiembre de 2017.

[https://www.dsca.mil/sites/default/files/final-fms-dcs\\_30\\_sep.pdf](https://www.dsca.mil/sites/default/files/final-fms-dcs_30_sep.pdf). Consultado el 16 de septiembre de 2017.

<http://www.dsca.mil>. Consultado el 16 de septiembre de 2017.

<https://www.ndtv.com/india-news/any-future-rafale-jet-purchases-will-be-government-to-government-says-india-754615>. Consultada el 9 de diciembre de 2017.

<https://thediplomat.com/2016/09/its-official-india-and-france-sign-8-7-billion-deal-for-36-rafale-fighters/>. Consultado el 4 de febrero de 2018.

<http://www.odas.fr/en/our-dna>. Consultado el 4 de febrero de 2018.

<http://www.europapress.es/nacional/noticia-autorizada-disolucion-liquidacion-defex-empresa-publica-investigada-corrupcion-20170922162224.html>. Consultado el 4 de febrero de 2018.

Comunicación Interpretativa sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado (actual 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) en el ámbito de los contratos públicos de defensa de 7 de diciembre de 2006. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0779&from=EN>.

Nota orientativa sobre la adjudicación de contratos de Gobierno a Gobierno en los ámbitos de la defensa y la seguridad [artículo 13, letra f), de la directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo] [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1202\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1202(01)&from=EN)

«Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security- Guidance Note: Defence-and security- specific exclusions» <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15408/attachments/1/translations/>



## LA INFORMACIÓN RESERVADA EN EL ÁMBITO DISCIPLINARIO: UNA LAGUNA EN LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

José Luis Martín Delpón  
*Comandante Auditor*

### *Resumen*

En los procedimientos administrativos, en general, y los sancionadores, en particular, puede haber una información previa, o reservada. El objetivo de ella es la determinación de las personas que han podido participar, la fijación de los hechos objeto de sanción y, en otras ocasiones, la conveniencia u oportunidad de iniciar el expediente disciplinario. El TC ha declarado en numerosas sentencias que las garantías del artículo 24 de la CE son plenamente aplicables a este tipo de procedimientos sancionadores. Por ello, el objeto del presente trabajo es determinar en qué medida las garantías del derecho de defensa, y en especial la presunción de inocencia, pueden verse vulneradas en la información previa.

*Palabras clave:* Información previa, información reservada, presunción de inocencia, procedimiento administrativo común, potestad sancionadora.

### *Abstract*

Administrative procedures, in general, and the penalty ones, in particular, there may be a prior information, or reserved. Its aims are the deter-

mination of people who participated, the setting of the facts and, on other occasions, the convenience or opportunity to initiate the penalty procedure. The Constitutional Court has declared in numerous statements that the guarantees of article 24 of the Spanish Constitution are fully applicable to this type of proceedings. Therefore, the object of this study is to determine to what extent the guarantees of the right of defense, and in particular the presumption of innocence, might be broken in the prior information.

*Keywords:* Prior information, confidential information, presumption of innocence, common administrative procedure, penalty procedures.

### SUMARIO

1. Concepto y fines de la información reservada. 2. La regulación de la información previa. 2.1. Regulación en el procedimiento administrativo común. 2.2. Regulación en el procedimiento sancionador común. 2.3. Regulación en los procedimientos sancionadores específicos. 2.3.1. En el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. 2.3.2. En el Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. 2.3.3. En lo que afecta al Régimen Disciplinario de la Policía Nacional. 2.3.4. En el Estatuto del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. 2.3.5. En los regímenes disciplinarios de las leyes de la función pública de las comunidades autónomas. 2.3.6. En el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se regula el régimen disciplinario de los funcionarios públicos. 3. La información previa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 4. La información previa en la jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. 5. La información previa en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo. 6. La información previa en la jurisprudencia menor. 7. Conclusiones.

## 1. CONCEPTO Y FINES DE LA INFORMACIÓN RESERVADA

El procedimiento administrativo es, en esencia, una garantía para el administrado. Diversos preceptos de la Constitución española (en adelante CE) confirman este principio. El artículo 103 de la CE al establecer que la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento a la ley y al derecho. El artículo 105 al disponer que el procedimiento a través del cual debe producirse los actos administrativos vendrá regulado por la ley garantizando, en cuanto proceda, la audiencia del interesado. Finalmente, el 106 al prever que los tribunales controlarán la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Las referencias doctrinales en materia de información previa son escasas. En lo que atañe al procedimiento administrativo sancionador destacan, entre otras, MONTROYA



El Tribunal Constitucional, además, consolidó la idea del procedimiento como la sucesión reglamentada de trámites que conduce a una declaración de voluntad administrativa o resolución en la que se aplica o pretende aplicar la norma al caso concreto. Es, en suma, el cauce procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración, configurándose como una garantía esencial que alberga la finalidad de servir de garantía de los derechos individuales<sup>2</sup>.

El objeto del presente artículo se centra en la información previa que puede justificar o no la iniciación del procedimiento administrativo. En esta fase se puede analizar desde la conveniencia u oportunidad para incoar el procedimiento como el análisis de las circunstancias o datos que puedan dotar de fijeza a los hechos o su posible imputabilidad a una o varias personas. Quizás en el procedimiento común la existencia de la información, previa o reservada según la norma que lo rijan, no presenta tantas dudas acerca de su conveniencia como en el procedimiento sancionador, común y específico<sup>3</sup>.

El Tribunal Constitucional poco a poco ha ido conformando una serie de consideraciones doctrinales acerca de la extrapolación de las garantías propias del procedimiento penal al administrativo sancionador. Desde la STC de 8 de junio de 1981, el alto intérprete constitucional ha establecido que, al ejercicio de las potestades sancionadoras de la Administración, le son de aplicación las garantías procedimentales previstas en el artículo 24 de la CE. No mediante su aplicación literal, sino en la

---

MARTÍN, Encarnación. «Consideraciones sobre las actuaciones previas y su incidencia en el procedimiento administrativo sancionador y en las garantías del administrado». *Documentación Administrativa*, n.º 280-281 (enero-agosto). 2008, pp. 195 a 220; GARCÍA VALDERREY, Miguel Ángel. «Los expedientes de información reservada previa a la iniciación del procedimiento disciplinario al personal de la Administración». *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*. 2009, n.º 11, pp. 1639-1646; SERRALLONGA Y SIVILLA, María Montserrat. «Procedimiento disciplinario: sanción por haber faltado a la verdad en un procedimiento de información reservada sobre una denuncia». *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*. 2009, n.º 11, pp. 1053-1058 o DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, Miguel Ángel. «La información reservada en el artículo 28 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado de 10 de enero de 1986». *Relaciones sociolaborales: (aspectos jurídicos, económicos y sociales)*. 1993, pp. 397-419.

<sup>2</sup> La jurisprudencia del TC ha sido constante en la materia desde los primeros pronunciamientos. Basta apuntar las STC de 2 de noviembre de 1982, de 12 de noviembre de 1985 o la de 29 de noviembre de 1988 sin perjuicio del análisis pormenorizado en el epígrafe correspondiente.

<sup>3</sup> En el ámbito del régimen disciplinario de las FAS y de la Guardia Civil, véase GONZÁLEZ REYES, José Miguel. «Actuaciones previas al procedimiento disciplinario: el parte y la información reservada». *Revista española de derecho militar*. 2011, n.º 97, pp. 205-220.

medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de dicho precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 de la CE.

Entre estas garantías destaca el derecho a la presunción de inocencia. No cabe duda que esta despliega sus efectos también en el procedimiento sancionador<sup>4</sup>. Por ello, dicha garantía queda desvirtuada cuando exista prueba de cargo válidamente obtenida, regularmente practicada y razonablemente apreciada. En íntima conexión se coloca el derecho de defensa del mismo artículo 24 de la CE con la proscripción de cualquier tipo de indefensión.

Pues bien, en estas líneas analizaré la relación que existe entre la información previa o reservada y las garantías del artículo 24 del texto constitucional, puesto que, adelantando alguna de las conclusiones de este trabajo, la información previa no puede aplicarse como un punto ciego en el procedimiento sancionador donde se puedan llevar a cabo pruebas dirigidas a la imputación al encartado que, en puridad, deberían ejecutarse en el seno de un procedimiento, insisto, garantía formal procedimental para el encartado.

Los motivos por los que puede iniciarse una información de esta naturaleza varían a lo largo de las normas, generales o sectoriales, que regulan el procedimiento administrativo común y sancionador. Por ello, tanto el acto por el que se acuerda abrir este periodo de información previa como, en su caso, el de iniciación del expediente administrativo son actos discrecionales que han de contar con una sucinta relación de hechos y fundamentos de derecho por exigencia del deber de motivación expresado en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante Ley 39/2015).

Para abordar el eventual conflicto entre las garantías del procedimiento y la incoación de una información previa, comenzaré haciendo un desglose de cómo viene regulada esta en el ordenamiento en vigor.

---

<sup>4</sup> Entre las STC se puede reseñar un arco que va desde la STC de 8 de julio de 1981 hasta la de 10 de diciembre de 2007. En el caso de la Sala 5.<sup>a</sup> del TS, en lo que afecta al régimen disciplinario tanto de las FAS como de la Guardia Civil, la aplicación de las garantías constitucionales al procedimiento sancionador se ha tratado, entre otras en sentencias de 6 de febrero, 17 de julio y 18 de diciembre de 2008, 22 de enero, 23 de marzo, 8 y 27 de mayo, 21 de septiembre y 18 de diciembre de 2009, 13 de septiembre de 2010 y 9 de mayo de 2011 o 24 de febrero de 2015.

## 2. LA REGULACIÓN DE LA INFORMACIÓN PREVIA

### 2.1. REGULACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN<sup>5</sup>

Comenzando por el procedimiento administrativo común, el artículo 55 de la Ley 39/2015 dispone que «con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un periodo de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento». Añade el párrafo segundo respecto a los procedimientos sancionadores que las actuaciones previas «se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudiera resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros». Además, en relación a cuál será el órgano competente para llevar a cabo estas actuaciones, este mismo párrafo segundo dispone que «serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de estos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento»<sup>6</sup>.

Los objetivos por los que se inicia una información previa serán dos. El primero: conocer las circunstancias del caso concreto. El segundo: la conveniencia de iniciar o no el procedimiento.

Debe advertirse cómo el régimen administrativo común no le asigna a la información previa la función de determinar, fijar, delimitar o perfilar las circunstancias del caso, sino simplemente de conocerlas. Se supone, por ende, que una vez que dicho conocimiento ha sido alcanzado y se sabe qué factores de tiempo, modo o lugar han rodeado los hechos, el procedimiento debería incoarse. Pero, del mismo modo, hay que destacar cómo este objetivo está acumulativamente unido a otro: determinar la conveniencia de iniciar el procedimiento.

No solo es necesario tener un conocimiento más o menos fehaciente de las circunstancias del caso concreto sino hay que valorar la conveniencia para que dicho caso dé lugar a un procedimiento administrativo. Esta

---

<sup>5</sup> Cabe destacar que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, entró en vigor el 2 de octubre de 2016.

<sup>6</sup> El artículo 69 de la Ley 30/1992 disponía, en su párrafo segundo, que «con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento».

decisión, lógicamente, debe situarse en el plano de la discrecionalidad administrativa y a los criterios de control que, tradicionalmente, se han arbitrado para el control de las potestades de esta naturaleza. Siempre, además, con el límite que supone la desviación de poder, como el uso indebido de potestades administrativas para fines distintos de aquellos que la norma pretende.

La información previa limita, de este modo, con los requisitos que deben concurrir en la solicitud de inicio de procedimiento. El artículo 66 de la Ley 39/2015 preceptivamente señala que las solicitudes de inicio deberán contener «hechos, razones y petición en que se concrete, con claridad, la solicitud»<sup>7</sup>, teniendo en cuenta, además, que si la petición no reúne este requisito, el artículo 68 permite la subsanación y mejora de la solicitud. Sobre estos hechos apuntados en la solicitud se centrará la fase de instrucción, puesto que el artículo 75 establece que la esencia de los actos de instrucción es la «determinación, conocimiento y comprobación» de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. El artículo 88 prevé que el contenido de esta «decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo».

De aquí se deduce que el conocimiento de los datos es el objetivo de la instrucción procedimental, mientras que el conocimiento de las circunstancias de los datos puede ser objeto de la información previa, unido, insisto, a la conveniencia de iniciar o no el procedimiento.

Por ello, una vez que están fijados los hechos, no procede el inicio de una información previa y sí la incoación del procedimiento, que es,

---

<sup>7</sup> Las modalidades de inicio de los procedimientos han sido modificados por la nueva Ley 39/2015. En el artículo 59, respecto del inicio del procedimiento a propia iniciativa, destaca que se entiende por propia iniciativa, «la actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación». En el artículo 60.2, en relación a los procedimientos de naturaleza sancionadora iniciados por orden de un órgano superior, se establece que dicha orden expresará, «en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o periodo de tiempo continuado en que los hechos se produjeron». Del mismo modo, en el artículo 61.3, respecto del inicio del procedimiento sancionador por petición razonada, reconoce que esta deberá especificar «en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o periodo de tiempo continuado en que los hechos se produjeron». En el artículo 62, para los supuestos de inicio de procedimiento por denuncia, se establece que esta deberá expresar «la identidad de la persona o personas que las presentan y el relato de los hechos que se ponen en conocimiento de la Administración. Cuando dichos hechos pudieran constituir una infracción administrativa, recogerán la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables».

en esencia, una garantía para el administrado. La información solo valdrá si los hechos no están fijados y es necesario perfilar el sustrato fáctico en atención a las circunstancias del mismo: tiempo, lugar o modo, entre otras. Desde el momento en que los hechos están más o menos perfilados, habrá que decidir acerca de la conveniencia o no de iniciar un procedimiento, más que nada para determinar si ese o esos hechos pueden dar lugar a un procedimiento administrativo previsto por la norma. Pero desde el momento en que los contornos de los hechos están más o menos definidos la solución más garantista para el administrado es el inicio y desarrollo del procedimiento, en el seno del cual se llevarán a cabo los actos de instrucción necesarios para determinar, comprobar o saber si ese hecho se ha producido o no.

## 2.2. REGULACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR COMÚN

Ceñido al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración pública, como ya he apuntado, el artículo 55.2 de la Ley 39/2015 dispone que en los procedimientos de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.

Su precedente legislativo, los artículos 120 y siguientes de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/92), no hacían mención alguna a la información previa<sup>8</sup>, debiendo acudir al artículo 12 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, hoy derogado, en donde se establecía que «con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la

---

<sup>8</sup> Aunque sí que lo hacía el artículo 69.2 de la Ley 30/92, pero con carácter general. Previamente, el artículo 134 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 establecía, en el seno del procedimiento administrativo sancionador, que «al recibir comunicación o denuncia sobre una supuesta infracción administrativa, podrá acordar la instrucción de una información reservada antes de dictar la providencia en que se decida la incoación del expediente o, en su caso, el archivo de las actuaciones». El artículo 64 de la Ley 39/2015 dispone que el acuerdo de iniciación se comunicará al instructor del procedimiento, «con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto», y se notificará a los interesados, entendiéndose en todo caso por tal al inculpado.

mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros», añadiendo en su párrafo segundo que «las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de estos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento».

A pesar de la entrada en vigor de la Ley 39/2015 y de la derogación de los preceptos antes mencionados, se puede observar cómo el legislador ha dejado y deja, más o menos claro, que la información previa finalizará cuando se den los motivos que justifiquen en inicio del procedimiento administrativo, bien común, bien sancionador.

En el procedimiento sancionador común de la Ley 30/92, las anteriores conclusiones eran aplicables del mismo modo. Como ya he apuntado, el artículo 12 del Real Decreto de 4 de agosto de 1993 justificaba la incoación de la información previa en la necesidad de que se determine «si concurren circunstancias que justifiquen» la incoación de un procedimiento sancionador. Y el propio precepto lo individualizaba en las siguientes: «los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento», «la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables» y, finalmente, «las circunstancias relevantes que concurran».

¿Debían ser requisitos acumulativos dada la existencia de la conjunción copulativa «y»? En mi opinión, no. Bastaría con que concurriera una de estas circunstancias para entender que el procedimiento debe iniciarse. Es más, considero que dicha afirmación puede ser mantenida hoy en día a la luz de la nueva Ley de procedimiento. Fundamento mi opinión en los siguientes argumentos:

- a) En el artículo 53.2. a) de la Ley 39/2015 se señala, al igual que lo hacía el artículo 135 de la Ley 30/92, dentro de los derechos del presunto responsable, que el procedimiento garantizará a este el derecho a «ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos pueden constituir...». Es decir, siempre que los hechos tengan el más mínimo contenido incriminatorio contra el administrado, el cauce garantista será el del procedimiento y no el de la información previa, donde estos derechos brillan por su ausencia. Máxime, cuando esos hechos incriminatorios puedan ser incardinados en alguno ilícito administrativo.

- b) El mismo artículo 53.1. d) reconoce el derecho a formular alegaciones y utilizar medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico. En efecto, si el administrado puede utilizar medios de prueba admitidos en derecho y estos serán procedentes cuando estén en relación con «los hechos», siempre que estos estén definidos y tengan contenido incriminatorio se deberá iniciar procedimiento. Al contrario, mantener la información previa una vez que los hechos están definidos y tienen contenido incriminatorio supondría una quiebra del derecho a la presunción de inocencia, prevista, más allá del artículo 55.2. b), en el artículo 24.2 de la CE<sup>9</sup>.
- c) El artículo 63 de la Ley 39/2015, respecto de las especialidades en el inicio de los procedimientos de naturaleza sancionadora, destaca que estos se iniciarán siempre de oficio y «establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos». Esta separación es especialmente importante porque, según el artículo 75, los actos de instrucción serán los necesarios para «la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución». Es decir, la esencia de la fase de instrucción de los procedimientos sancionadores es precisamente la determinación de los hechos que fundamentarán la resolución sancionadora. Dichos actos de comprobación y fijación serán propios del procedimiento correctamente iniciado y no, por ello, de la información previa.
- d) A mayor abundamiento, este aspecto debe ser resaltado por una cuestión técnica añadida. La labor de determinación, comprobación y conocimiento de los hechos debe llevarse a cabo a través de medios de prueba legalmente previstos, de tal modo que el procedimiento sancionador siempre se instruya conforme a los derechos de los interesados y no de espaldas a ellos. Así, el artículo 77 de la Ley 39/2015 prevé que los «hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho».

---

<sup>9</sup> En el artículo 53.2 de la Ley 39/2015, añade al régimen general de derechos, para los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los siguientes derechos: a) a ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia y b) a la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.

- e) Pero incluso en el acuerdo de inicio de estos procedimientos, según el artículo 64, deberá contener, entre otros aspectos, «los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción». Desde este instante en el que el acuerdo de incoación se dicta y se notifica al interesado, que ya pasará ser calificado como inculpado, todas las actuaciones deberán llevarse a cabo conforme a las exigencias del artículo 24 de la CE<sup>10</sup>.
- f) Superada la fase de instrucción, el contenido de la resolución de los procedimientos sancionadores debe centrarse en «todas las cuestiones planteadas», las cuales girarán alrededor de los hechos ya determinados y comprobados. La importancia de haber fijado los hechos es tal que el artículo 89, respecto de la propuesta de resolución, prevé que el procedimiento puede finalizar con archivo de las actuaciones cuando se acredite la inexistencia de los hechos que pudieran constituir la infracción, cuando estos no resulten acreditados o cuando los hechos probados no constituyan, de modo manifiesto, infracción administrativa. Esto implica que la información previa no tiene como objeto demostrar si los hechos han existido o no, si han quedado acreditados o si constituyen o no falta disciplinaria. A esta conclusión debe llegarse tras el inicio del procedimiento, la instrucción del mismo y la adopción de una resolución adoptado por el órgano competente para resolver<sup>11</sup>.
- g) En sentido contrario, si los hechos se han considerado probados, la propuesta de resolución dejará expedita la sanción sancionadora.

---

<sup>10</sup> El artículo 13 del Real Decreto reconocía qué aspectos debe contener el pliego de cargos, en esencia, los «hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción», estando orientada la labor de instrucción a aquellas actuaciones necesarias «para el examen de los hechos».

<sup>11</sup> Al igual que en el resto de regímenes sancionadores, la propuesta de resolución contendrá los hechos que ya se han estimado probados. Así, el artículo 18 del Real Decreto indicado establecía que en dicha propuesta se «fijarán de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquellos constituyan y la persona o personas que resulten responsables». Y, finalmente, como consecuencia de esta propuesta se debía dictar resolución sancionadora, la cual, según el artículo 20, sería «motivada y decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento», matizando el propio precepto que en la resolución no se podrían aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción. Además, el reglamento se remitía al contenido de la resolución marcado por la Ley 30/92, en el artículo 89.3, ya analizado, añadiendo que se incluirá «la valoración de las pruebas practicadas, y especialmente de aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión fijarán los hechos».



En la resolución definitiva, según el artículo 90, se fijarán los hechos. Para cerrar estos razonamientos, el párrafo segundo reconoce que en la resolución «no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica»<sup>12</sup>.

### 2.3. REGULACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS ESPECÍFICOS

#### 2.3.1. En el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas

La Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas prevé en el artículo 41.3, dentro del título III relativo al procedimiento sancionador, y dentro del capítulo I relativo a las Disposiciones Generales, que «antes de iniciar un procedimiento, la autoridad competente podrá ordenar la práctica de una información previa para el esclarecimiento de los hechos, cuando no revistan en principio los caracteres de una infracción disciplinaria ni de delito». Este precepto tiene su antecedente inmediato en el artículo 44.2 de la derogada Ley Orgánica 8/98 donde se establecía que «antes de iniciar un procedimiento, la autoridad competente podrá acordar la práctica de una información previa para el esclarecimiento de los hechos». Como se puede apreciar, la nueva redacción añade una cláusula de interpretación auténtica al clarificar cuándo no es necesario esclarecer los hechos: cuando los mismos revistan en principio los caracteres de infracción disciplinaria o delito.

La información previa queda ceñida al esclarecimiento de los hechos cuando no constituyan en principio los caracteres de infracción disciplinaria o delito. Pues bien, si acudimos al artículo 46, respecto a los procedimientos por falta leve, este establece que en el procedimiento se «verificará la exactitud de los hechos» y en el artículo 48 de la ley disciplinaria militar, esta vez en relación a los procedimientos por falta grave y muy grave, se prevé que la orden de incoación contendrá «un relato de hechos que la motivan», al que acompañará la indicación de la falta que presuntamente se hubiere cometido. Los hechos deberán estar fijados con precisión en la

---

<sup>12</sup> El artículo 138 de la Ley 30/92, respecto de la resolución del procedimiento sancionador, disponía que en ella «no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su valoración jurídica». Claramente el legislador consideraba que una vez fijado el hecho, su conocimiento, valoración o determinación debía hacerse en el seno del procedimiento incoado.

propuesta de resolución, tal y como recoge el artículo 56 y, según el artículo 59, la resolución que pone fin al procedimiento sancionador fijará «con claridad los hechos constitutivos de la infracción». Las conclusiones que se pueden derivar de este régimen serían las siguientes:

- a) La verificación de los hechos, es decir comprobar que efectivamente se han llevado a cabo o no, es una tarea encomendada al procedimiento sancionador por falta leve y, por extensión a los procedimientos por falta grave y muy grave. El motivo que se podría argüir es sencillo: desde el momento en el que esos hechos tengan contenido incriminatorio, el interesado tiene el derecho a ejercer su defensa en los términos del artículo 24.2 de la CE, en todo lo que sea compatible con el procedimiento sancionador, claro está.
- b) La información reservada estará orientada a perfilar los contornos del hecho, sus circunstancias de tiempo y lugar, pero, desde el momento en que el hecho pueda revestir trascendencia sancionadora y esté vinculada a una persona en concreto, el cauce a seguir siempre será el procedimiento y no la información, donde las garantías del derecho de defensa no pueden desplegarse con toda su eficacia.
- c) Además, el hecho, como marca el artículo 48, «motiva» la incoación del procedimiento, le da sentido y, sobre todo, es el punto de partida de una serie de garantías procedimentales que unirá al administrado con los hechos que se le imputan.
- d) Si el hecho se puede incardinar en un tipo disciplinario, se dictará acuerdo de inicio de procedimiento. Si no puede encuadrarse en ningún ilícito o no se ha probado su existencia, la resolución deberá ser sin responsabilidad. Ambas resoluciones, partiendo de la premisa fáctica, son las que deben otorgarse y no el archivo de una información previa. La información previa, repito, está orientada a conocer o determinar las circunstancias del caso concreto, que no el hecho, puesto que el hecho deber ser comprobado en los actos de instrucción procedimental. Si así es, la conveniencia de iniciar el procedimiento resulta diáfana y lo más garantista para el administrado es defenderse de esos hechos ante la autoridad sancionadora. En el seno de la información reservada, esa garantía no queda desplegada de manera eficiente.
- e) De hecho, la información previa no forma parte del expediente, no es una fase preparatoria del mismo dotada de mecanismos de protección y defensa, lo cual le aleja de las garantías que pueden y

deben ser predicables del procedimiento administrativo y máxime cuando es de carácter sancionador.

- f) A mayor abundamiento, el artículo 41.2 de la Ley Disciplinaria prevé que el procedimiento de ajustará a los principios de legalidad, imparcialidad, publicidad, contradicción, impulso de oficio, celeridad y eficacia.

### **2.3.2. En el Régimen Disciplinario de la Guardia Civil**

Con el origen del artículo 32.2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, en la actualidad viene regulado en el artículo 39.5 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, en el que se dispone que «con anterioridad al acuerdo de inicio, la autoridad disciplinaria podrá ordenar la práctica de una información reservada para el esclarecimiento de los hechos, la determinación de sus presuntos responsables y la procedencia de iniciar o no el procedimiento sancionador». De esta definición legal se derivan las siguientes características:

- a) Debe ser anterior al acuerdo de inicio, aspecto que resulta obvio por la propia naturaleza y fines de la información reservada.
- b) Debe ser incoada por autoridad disciplinaria que tenga competencia para ello. No es obligatorio, sino que la norma utiliza el potestativo «podrá ordenar», siendo por tanto una decisión discrecional del mando.
- c) El fin último de la información reservada es el siguiente: esclarecimiento de los hechos, la determinación de los responsables y la procedencia de iniciar o no un procedimiento sancionador. ¿Son requisitos acumulativos? Es decir, ¿debe estar orientado a la consecución de este triple fin o, en cambio, puede quedar circunscrito a uno solo de ellos?

La información previa queda circunscrita al esclarecimiento de los hechos, la determinación de sus presuntos responsables y la procedencia de iniciar o no el procedimiento sancionador. El artículo 38 de la Ley Orgánica 12/2007 dispone que el procedimiento disciplinario se ajustará a los principios de legalidad, impulso de oficio, imparcialidad, celeridad, eficacia, publicidad, contradicción, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, individualización de las sanciones y culpabilidad, y comprenderá esencialmente los derechos a la presunción de inocencia,

información, defensa y audiencia. Estas garantías deben ser puestas en relación con los motivos por los que el procedimiento sancionador se incoa.

Así, el artículo 39 de la citada ley recuerda que el acuerdo de inicio «expresará los hechos que lo motivan», hechos que, una vez que han sido definidos pasan a ser el objeto del procedimiento. Para la comprobación, determinación y esclarecimiento de los mismos se desplegarán los actos de instrucción. Estos vienen previstos en el artículo 46 y en él se establece que el objeto de aquellos será «los hechos relevantes para la decisión del procedimiento». Es más, se podrá inadmitir la práctica de la prueba si esta «no guarda relación» con los hechos. Con ello se vuelve a ratificar que cuando los hechos puedan tener encaje en alguno de los ilícitos disciplinarios previstos en la Ley Orgánica, el cauce procesal correcto es el procedimiento sancionador y no la información reservada. La razón sigue siendo la misma que en la analizada en el caso del régimen general y en el de las FAS: no puede sustraerse el conocimiento de esos hechos a los principios inspiradores del procedimiento, verdadera garantía del administrado.

Por ello, el artículo 47, respecto de la resolución del procedimiento, el legislador ordena que la resolución que ponga fin al procedimiento deberá ser motivada y «fundada únicamente en los hechos que sirvieron de base al acuerdo de inicio o, en su caso, al pliego de cargos; resolverá todas las cuestiones planteadas y fijará con claridad los hechos constitutivos de la infracción». Esos hechos que sirven de base al inicio del procedimiento deben venir conformados por un sustrato fáctico que, debidamente perfilado, pueda tener encaje en un tipo disciplinario. Y dado que ese hecho se imputa a un administrado, este debe tener derecho a la defensa, el cual será inexistente en el caso de que la Administración sancionadora decida investigarlos en el seno de una información reservada donde esta y otras garantías están vedadas.

Esta circunstancia queda corroborada en la opción que brinda el artículo 49 de la ley disciplinaria de la Guardia Civil cuando dispone que se podrá elevar el procedimiento al que sea competente para sancionar en el caso de que los «hechos enjuiciados pudieran ser constitutivos de una falta de mayor gravedad que la apreciada inicialmente». El artículo hace mención a hechos «enjuiciados», es decir hechos que pueden ser encasillados en principio en alguno de los ilícitos disciplinarios.

Bien sea a través de parte disciplinario, donde expresamente el artículo 40 exige que se indique un relato claro de los hechos, bien a través del resto de modalidades de inicio, los hechos han de estar referenciados estrechamente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar y su trascendencia

disciplinaria será ventilada en el procedimiento, haciendo uso de las garantías indicadas. Si no se pueden perfilar esas circunstancias periféricas, se podrá incoar una información reservada. Si esos hechos ya están definidos, investigarlos en el seno de una información de esta naturaleza supone una quiebra de las garantías que, aun proviniendo de la esfera procesal penal, son aplicables a la disciplinaria sancionadora. Entre ellos, destacaría el derecho de defensa del artículo 42.

El Régimen Disciplinario de la Guardia Civil presenta una peculiaridad respecto del Régimen de las FAS. El artículo 41 de la Ley permite que el procedimiento disciplinario pueda ser iniciado mediante denuncia. En cambio, prevé que «No se tomará en consideración la denuncia anónima para dar inicio un procedimiento disciplinario». Añade el precepto que «la denuncia se podrá utilizar como antecedente para acordar una información reservada». En este caso, la pregunta sería la siguiente: ¿por qué iniciar una información reservada si en la denuncia, si bien anónima, hay unos hechos fijados y perfilados correctamente para ser investigados en un verdadero procedimiento administrativo sancionador? Para la respuesta a esta cuestión, habría que hacer una somera mención a la doctrina jurisprudencial según la cual una denuncia anónima no puede considerarse como una auténtica denuncia en el sentido formal, pues le falta la identificación del denunciante. Sin embargo, la Administración sancionadora podría practicar las primeras diligencias de instrucción necesarias tan pronto como tuvieran conocimiento de la existencia de un ilícito sancionador o que la denuncia anónima pudiera justificar por sí sola que se iniciaran las primeras diligencias o una información previa. Ante la presencia de una denuncia anónima, es necesario realizar un juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del procedimiento sancionador.

Sin perjuicio de que el procedimiento por falta leve previsto en los artículos 49 y 50 de la ley disciplinaria de la Guardia Civil no hace mención expresa al término «hechos», sí que encontramos una referencia en el artículo 57, ya en relación al procedimiento por faltas graves y muy graves, en la regulación del pliego de cargos. Según el párrafo primero, el pliego de cargos comprenderá todos «los hechos imputados, la calificación jurídica y la sanción que se estime procedente». Es decir, los hechos han pasado de ser «enjuiciados», susceptibles de ser encasillados en un tipo disciplinario concreto, a ser «imputados», es decir atribuibles a un administrado concreto. Esta imputación es evidente que puede venir fijada desde el inicio del procedimiento, en cuyo caso no cabe duda que

el procedimiento sería el cauce adecuado y no la información reservada. Desde el momento en que unos hechos que podrían tener encaje en algunos de los tipos disciplinarios son imputados a una persona concreta, las garantías aplicables al procedimiento sancionador deben ser ejecutadas. En la información reservada, insisto, dichas garantías brillan por su ausencia.

La importancia del hecho es relativa, en tanto que no exige el inicio del procedimiento una fijación total de las circunstancias que lo rodean sino que basta con que pueda tener encaje en un tipo disciplinario. Esta idea se sustenta en que el instructor puede apartarse, motivadamente, «de los hechos expresados en el acuerdo de inicio, pero no incluirá otros que no guarden relación directa con los contenidos en el mismo». La precisión sí que será exigida en la resolución, según el artículo 59.

### **2.3.3. En lo que afecta al Régimen Disciplinario de la Policía Nacional**

En el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional, y por extensión de las policías locales<sup>13</sup>, el artículo 17 dispone cuáles serán los principios inspiradores del procedimiento, entre los cuales se incluyen los principios de legalidad, impulso de oficio, imparcialidad, agilidad, eficacia, publicidad, contradicción, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y concurrencia de sanciones, y comprende esencialmente los derechos a la presunción de inocencia, información, defensa y audiencia. Ello nos da pie a extrapolar las conclusiones a las que he llegado en relación a otros procedimientos sancionadores respecto a que el procedimiento en sí será una garantía para el policía nacional o local donde, en el ejercicio del derecho de defensa, se deberán desplegar estas garantías siempre que

---

<sup>13</sup> Según la disposición final sexta, la presente Ley Orgánica «se aplicará a los Cuerpos de Policía Local de acuerdo con lo previsto en la legislación orgánica reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad». Esta Ley Orgánica deroga al Reglamento aprobado por Real Decreto 884/1989, de 14 de julio en el que se regulaba el procedimiento sancionador de la Policía Nacional. Véase GARCÍA-AGULLÓ MONTERO, Julio. «Aspecto estatutario del régimen disciplinario de aplicación a las policías locales». *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n.º 12. 2013, pp. 1214-1219 y HERRERO POMBO, César. «La aplicación de la LO 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, a las policías locales. Apuntes de urgencia para el debate». *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n.º 13. 2012, pp. 1533-1538.

quede delimitado el contorno de los hechos que pueden ser susceptibles de sanción<sup>14</sup>.

Por ello, el artículo 23, dentro de las disposiciones generales y en lo que atañe a la prueba, establece que el instructor podrá denegar de oficio la práctica de las pruebas que no se concreten a los hechos por los que se procede. Se procederá, por ende, a la incoación del procedimiento cuando los hechos puedan ser encasillados en los tipos disciplinarios que la Ley Orgánica prevea.

Como correlato de lo anterior, en el procedimiento por falta leve, el artículo 30 reconoce que los órganos competentes para la imposición de sanciones por faltas leves, al recibir comunicación o denuncia, o tener conocimiento de una supuesta infracción de la indicada clase, podrán acordar la realización de la información reservada prevista en el apartado sexto del artículo 19. En dicho precepto, cabe recordar, se dispone la posibilidad de poder iniciar una información reservada orientada al «esclarecimiento de los hechos, así como de sus presuntos responsables», añadiendo que «en su caso, dicha información reservada pasará a formar parte del expediente disciplinario».

Ese esclarecimiento de los hechos no implica que deban quedar tan perfilados que quede clara la responsabilidad disciplinaria derivada de los mismos, sino que, entiendo, implica la labor de perfilar y acreditar las circunstancias de tiempo, modo o lugar, por un lado, o, por otro, la imputación de los mismos hacia un policía concreto, en cuyo caso, el derecho de defensa exigiría la incoación de procedimiento para la ejecución de las garantías procedimentales.

De hecho, el párrafo segundo de este artículo 30 reconoce que en el caso de que se acuerde la incoación de un procedimiento sancionador por falta leve, «dicho acuerdo contendrá los hechos que lo motivan». Hechos, no hay que olvidarlo, que motivan el inicio del procedimiento, no la responsabilidad disciplinaria derivada de los mismos. Esto queda reservado al cauce garantista que el procedimiento supone. Manteniéndome en el procedimiento por falta leve, el artículo 31 establece que, practicadas las pruebas, se formulará una propuesta de resolución «en la que fijará con precisión los hechos». Ello implica, al igual que en el resto de regímenes sancionadores analizados, que la precisión debe alcanzarse en la propuesta de resolución, ya que serán los hechos imputados al encartado por poder

---

<sup>14</sup> Sin perjuicio de que la disposición final cuarta prevé la aplicación supletoria de la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en todas las cuestiones de procedimiento y recursos no previstas en esta Ley.

ser constitutivos de un ilícito disciplinario. En el periodo previo, en el de instrucción, se intentará alcanzar dicha precisión. En el trámite previo de incoación de procedimiento, bastará la existencia de unos hechos más o menos delimitados, con contornos más o menos definidos en los que revista una característica: que pudieran ser encasillados en alguno de los tipos disciplinarios. Intentar precisar y fijar los hechos en la fase de información reservada quiebra, en mi opinión, los principios inspiradores.

Además, en la resolución de estos procedimientos por falta leve, es donde deberá determinarse, con toda precisión, «la falta que se estime que se ha cometido y se señalará el precepto en que aparezca tipificada». Obsérvese cómo no se hace mención expresa al término «hechos», sino, ya, a la falta que se ha cometido y la sanción que le corresponde.

En los procedimientos por falta grave y muy grave, las consideraciones son, más o menos, las mismas. A diferencia del régimen de la Guardia Civil o de las FAS, en la Ley Orgánica 4/2010 se menciona expresamente la posibilidad de acordar una información reservada en la regulación específica de las faltas graves. Así, el artículo 32 reconoce que el Director General de la Policía y de la Guardia Civil, «podrá acordar la práctica de la información reservada prevista en el apartado sexto del artículo 19, antes de dictar la resolución en la que se decida la iniciación de expediente disciplinario». Pues bien, el artículo 34 lo destaca en principio por el propio epígrafe con el que el legislador lo regula: «determinación y comprobación de los hechos». Las diligencias de prueba, de un procedimiento ya incoado, aspecto importante, serán las adecuadas para la «determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución» y continúa el artículo reseñando que «la práctica de cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos».

En el artículo 36 se regula el pliego de cargos, dentro del procedimiento por falta grave y muy grave, donde se dispone que en él se «comprenderán todos y cada uno de los hechos sancionables que resulten de aquellas, con su posible calificación jurídica, así como de las sanciones que puedan aplicarse». El párrafo segundo ordena que en el pliego se redacten «de forma clara y precisa, en párrafos separados y numerados para cada uno de los hechos imputados». Por tanto en el pliego de cargos ya hablamos de hechos que pueden ser susceptibles de sanción porque gracias a la labor de instrucción se han podido comprobar, determinar y acreditar. En un estadio anterior, los hechos simplemente estaban delimitados, con mayor o menor fijeza, de las circunstancias de tiempo, lugar, modo o autoría. Además, eso justifica que en el paso siguiente, la propuesta de resolución,



el artículo 39 exija que en ella se fijen «con precisión los hechos, se hará su valoración jurídica».

Estas fases de procedimiento habilitan a que la resolución del procedimiento sancionador deba pronunciarse expresamente sobre si los hechos merecen o no reproche disciplinario. El artículo 45 prevé, en relación a ello, que la resolución que ponga fin al procedimiento disciplinario deberá ser motivada y «en ella no se podrán introducir hechos distintos de los que sirvieron de base al pliego de cargos, sin perjuicio de su distinta valoración jurídica siempre que no sea de mayor gravedad». Además, según el párrafo segundo, en la resolución «se determinará con toda precisión la falta que se estime cometida».

#### **2.3.4. En el Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre**

Según el artículo 93 del Estatuto Básico del Empleado Público, los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente título y en las normas que las leyes de función pública dicten en desarrollo de este Estatuto y, en lo expresamente previsto y para el personal laboral, será de aplicación supletoria la legislación de esta naturaleza. Una vez que el artículo 94 define los principios del procedimiento disciplinario (legalidad y tipicidad, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor, proporcionalidad, culpabilidad y presunción de inocencia), sorprende que en el texto de la Ley no haya referencia alguna a la existencia de una información previa. El artículo 98 simplemente prevé que no podrá imponerse sanción por la comisión de faltas muy graves o graves sino mediante el procedimiento previamente establecido y la que la imposición de sanciones por faltas leves se llevará a cabo por procedimiento sumario con audiencia al interesado. Añade, por su parte, que el procedimiento se llevará a cabo conforme a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable. Con ello, todas las consideraciones realizadas con anterioridad vuelven a ser plenamente aplicables. Máxime cuando el Estatuto recoge expresamente en el procedimiento quedará establecida la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos. Fase de instrucción orientada, evidentemente, a la determinación y comprobación de los hechos que dieron lugar a la incoación del procedimiento.

### **2.3.5. En los regímenes disciplinarios de las leyes de la función pública de las comunidades autónomas**

Sin ánimo de exhaustividad, un breve repaso de algunas de las normas autonómicas en la materia confirma, por un lado, que pocos textos legales incluyen la posible existencia de una información previa en el ámbito sancionador, remitiéndose al desarrollo reglamentario, y, por otro, que el fin de aquella se orienta a la determinación de los hechos, posibles encartados o la necesidad de incoar o no el procedimiento administrativo sancionador.

Así, en la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, no se hace mención alguna a la posible incoación de una información previa, a lo largo de los artículos 81 y siguientes de la Ley donde se regula el procedimiento disciplinario. Del mismo modo, en la Ley 77/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León, en su artículo 86 dispone que el procedimiento garantizará los principios de legalidad, irretroactividad, celeridad y economía procesal, tipicidad, contradicción, audiencia, presunción de inocencia y proporcionalidad. Se remite a una norma reglamentaria en la que se determinará los órganos competentes para la incoación del expediente, la adopción de medidas provisionales y la imposición de sanciones. La Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana admite en su artículo 147 que reglamentariamente se determinará el procedimiento disciplinario para la imposición de sanciones, de conformidad con los principios de eficacia, celeridad, economía procesal y con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa, estableciendo la debida separación entre la fase instructora y sancionadora para la imposición de faltas graves y muy graves. Añade que la exigencia de responsabilidad por faltas leves se llevará a cabo por un procedimiento sumario con audiencia al interesado pero nada dice en la Ley acerca de la incoación de una información previa<sup>15</sup>.

Sí, en cambio, se prevé su existencia en el Decreto 94/1991, del 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, cuyo artículo 17 permite la incoación de información reservada.

La Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, en su artículo 88.2 dispone que la iniciación de un procedimiento penal contra

---

<sup>15</sup> De la misma manera, por ejemplo, la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias (art. 89 y siguientes) o la Ley 4/1993, de 10 de marzo, reguladora de la Función Pública de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria (art. 73 y ss.)

funcionarios no impedirá la instrucción por los mismos hechos de la información previa o expediente disciplinario correspondiente, con la adopción, en su caso, de la suspensión provisional de los expedientados y de las demás medidas cautelares que procedan.

En cambio, en el Régimen disciplinario de la Administración Local, en el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, concretamente en el artículo 150.2 se establece que «el órgano competente para acordar la incoación del expediente, lo será también para nombrar instructor del mismo y decretar o alzar la suspensión provisional del expedientado, así como para instruir diligencias previas antes de decidir sobre tal incoación». No vincula, por tanto, la instrucción de diligencias previas a la consecución de objetivo alguno por lo que, según el párrafo cuarto, se aplicará legislación de la comunidad autónoma respectiva y supletoriamente el Reglamento disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

### **2.3.6. En el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se regula el régimen disciplinario de los funcionarios públicos**

El artículo 28 del Real Decreto prevé que el órgano competente para incoar el procedimiento podrá acordar previamente la realización de una información reservada. No complementa el resto del articulado esta escueta declaración en tanto que no vincula el inicio de una información reservada al cumplimiento de determinados objetivos, tal y como en otras normas sí que se ha previsto, como el esclarecimiento de los hechos, la determinación de las circunstancias del caso, la identificación de los responsables o la conveniencia de iniciar el expediente.

La primera referencia que se hace a los «hechos» en el procedimiento sancionador se encuentra en el artículo 34, donde se dispone que el instructor ordenará la práctica de «cuantas diligencias sean adecuadas para la determinación y comprobación de los hechos y en particular de cuantas pruebas puedan conducir a su esclarecimiento y a la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción». Conecta perfectamente este precepto con el resto de los analizados. La fase de instrucción procedimental está orientada a la determinación y comprobación de los hechos y, en mi opinión, no debería llevarse a cabo en el seno de una información reservada, a espaldas de las garantías del encartado en el procedimiento.

Tampoco hay diferencia en cuanto al pliego de cargos, el cual, según el artículo 35, comprenderá los hechos imputados, en tanto en cuanto a ello se les anuda una falta «presuntamente cometida» y las sanciones «que puedan ser de aplicación». El pliego de cargos deberá redactarse de modo claro y preciso en párrafos separados y numerados por «cada uno de los hechos imputados al funcionario».

A diferencia de los regímenes sancionadores analizados, el artículo 38 del Real Decreto 33/1986 recoge un precepto que por su sencillez y concreción merece especial consideración. En efecto, el artículo 38 establece que «los hechos relevantes para la decisión del procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho». De este se pueden extraer las siguientes consideraciones:

- a) Los medios de prueba propios de la fase de instrucción procedimental están orientados a la determinación y comprobación de los hechos.
- b) ¿De qué hechos? De los hechos «relevantes» para la decisión del procedimiento. La resolución de un procedimiento sancionador recae sobre un relato de hechos probados, su autoría, su inclusión en alguno de los tipos disciplinarios que la norma prevea y la imposición de una sanción. Todos los hechos que puedan recaer sobre estos pilares tendrán la consideración de «hechos relevantes».
- c) Si los «hechos relevantes» deben situarse en la órbita de la fase de instrucción del procedimiento, cuando dicha relevancia aparezca, el cauce en el que debe canalizarse aquellos y sus medios de prueba será el procedimiento incoado y no la información reservada.

Finalmente, el artículo 42 del Real Decreto prevé que en la propuesta de resolución se «fijará con precisión los hechos». Esta resolución debe ser motivada y en ella «no se podrán aceptar hechos distintos de los que sirvieron de base al pliego de cargos y a la propuesta de resolución, sin perjuicio de su distinta valoración jurídica». Es decir, mientras que los hechos que sirven de base para el inicio de un procedimiento disciplinario no tienen que estar plenamente fijados y probados para justificar este inicio, en la propuesta de resolución sí que se requiere un alto nivel de fijeza en los hechos que han sido objeto de instrucción.

En conclusión, no puede confundirse la fase de información previa de un procedimiento disciplinario, destinada a conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar el procedimiento, con la de instrucción del procedimiento disciplinario, en la que, una vez acordado su inicio, el instructor nombrado a tal efecto podrá acordar de oficio la práctica de los actos necesarios conducentes a la determinación, conocimiento

y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución final, y ello sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos; estando una y otra fase claramente diferenciadas dentro de un expediente administrativo.

### 3. LA INFORMACIÓN PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia del TC en relación a la naturaleza jurídica de la información previa parte de la Sentencia de 18 de junio de 1981, donde el TC, haciendo suya la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recuerda que los principios inspiradores del orden penal son plenamente aplicables a la potestad disciplinaria de la Administración pública en tanto que no contradiga su naturaleza y fines. El razonamiento que utiliza el TC es que el artículo 25 de la CE es aplicable a ambos órdenes, manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado. Por ello, las garantías procedimentales ínsitas en el artículo 24 CE, en sus dos apartados, son aplicables tanto al orden penal como al sancionador administrativo para preservar el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE.

Como he dicho, no se trata de una aplicación literal, dadas las diferencias entre uno y otro orden sancionador, sino «con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional». Esa operación de traslación de garantías viene condicionada a que se trate de garantías que resulten compatibles con la naturaleza de dicho procedimiento, como, por ejemplo, la proscripción de la indefensión, el derecho de defensa, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a la presunción de inocencia o el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa<sup>16</sup>.

De manera explícita a la información reservada, la STC de 25 de septiembre de 2006, al desestimar el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup> de 31 de marzo de 2003, destacó que la información reservada «no tiene carácter sancionador (sino que mediante la misma se pretende la averiguación de unos hechos para, en su caso, incoar un expediente disciplinario)». En la STC de 16 de enero de 2004 se indicaba que la información reservada en ningún sentido constituía una fase inculpatoria

---

<sup>16</sup> Vale por todas las referencias a las STC de 13 de enero de 1998, de 22 de febrero de 1999, 27 de marzo de 2002 o 20 de enero de 2003.

del procedimiento disciplinario y que «sobre sus contenidos y conclusiones habrían de recaer las actuaciones probatorias que el instructor practicara con otorgamiento de plenas garantías de contradicción en las decisiones indagatorias, hasta el agotamiento de la vía administrativa mediante las resoluciones oportunas y su revisión posterior jurisdiccional si se interponían recursos de tal índole». Este aspecto ya fue resaltado por el ATC de 28 de junio de 1993, donde se afirmaba que «es cierto que las declaraciones prestadas por terceros en la fase de información reservada, previa a la incoación del procedimiento sancionador por parte de la autoridad competente, no revisten las garantías propias de la fase contradictoria del procedimiento, en donde las diligencias de comprobación son practicadas por el instructor con la participación de la persona sujeta al procedimiento».

Uno de los aspectos que ha sido analizado por la jurisprudencia del TC ha sido el valor probatorio de lo actuado en las informaciones previas. En principio, la lógica procedimental indica que todas aquellas actuaciones que han sido llevadas a cabo en la información previa, orientada a la consecución de los fines que la justifican (esclarecimiento de las circunstancias del caso, identificación de los responsables o la conveniencia de iniciar el procedimiento administrativo), deben ser incorporadas al procedimiento, si este finalmente se ha incoado.

Esta idea base ha sido corroborada por el TC de manera constante en relación a los procedimientos sancionadores. Desde la STC de 16 de marzo de 1998, se ha considerado que la incorporación de estos elementos de investigación inciden directamente en el derecho de defensa del administrado y, consecuentemente, a las garantías inherentes a la presunción de inocencia. No hay duda, por tanto, de que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de sanciones administrativas, teniendo como pórtico constitucional no solo el propio artículo 24 de la CE sino también los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución.

Aunque ya se ha apuntado en estas líneas, conviene recordar que la extrapolación de las garantías derivadas del artículo 24 de la CE al ámbito administrativo sancionador no es absoluta, debe ser atemperada por la naturaleza de esta clase de procedimientos administrativos y, por ello, no puede hacerse de una manera directa, sin trabas, mimética, inmediata o automática.

En estrecha relación con lo anterior, la jurisprudencia también se ha hecho eco del régimen de la denegación de pruebas llevada a cabo en la información previa o reservada y cómo incide esa decisión administrativa

en el ámbito de las garantías del ya citado artículo 24 de la CE y, en concreto, en lo que atañe a la proscripción de la indefensión. Para el correcto análisis se debe partir del siguiente principio: el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa está en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías. Por tanto, si la Administración decide denegar la práctica de la prueba y esta es pertinente puede que esté quebrando el derecho citado. En efecto, se podría afirmar que el derecho de defensa se ha vulnerado desde el momento en que ese tipo de pruebas no han sido admitidas y practicadas<sup>17</sup> o, siendo rechazadas, la propuesta de hacerlo carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable<sup>18</sup>.

Como recuerda la STC de 24 de septiembre de 2007, «el contenido esencial del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes se integra por la capacidad jurídica que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso»<sup>19</sup>.

Estos argumentos citados, en principio, hacían referencia a un procedimiento administrativo ya iniciado, pero ¿qué ocurriría si la denegación de la prueba se hace en el seno de una información previa o reservada? Evidentemente si hay una impugnación hacia la denegación de prueba implica que hay un administrado que entiende que se le está imputando la posible comisión de un ilícito administrativo. Es decir, la persona hacia la que se dirige la potestad sancionadora de la Administración está identificada. Si se ha determinado, verdaderamente, no procede actuar dentro de una información previa, sino dentro del procedimiento sancionador. No hay que olvidar que este es, en esencia, una garantía para el administrado y sería contrario al espíritu de la norma y a los fines que justifican la existencia de una información previa que, dentro de ella, se practicara prueba dirigida a determinar o comprobar la inculpación a un tipo disciplinario. Se estaría utilizando un ángulo muerto del ordenamiento para la práctica de diligencias que deberían ser ejecutadas en el procedimiento incoado con todas las garantías<sup>20</sup>. Creo que la información previa no puede convertirse en una

<sup>17</sup> Así, SSTC de 20 de febrero de 1986; de 25 de octubre de 1987 y de 20 de junio de 1995.

<sup>18</sup> Véase SSTC de 22 de febrero de 1989; de 11 de junio de 1992; de 14 de diciembre de 1992 y de 15 de enero de 1996.

<sup>19</sup> Por todas, SSTC de 14 de febrero de 2000; de 29 de enero de 2001 y de 16 de abril de 2007.

<sup>20</sup> Si bien, para que resulte fundada una queja sustentada en una vulneración del derecho a la prueba es preciso que reúna determinados requisitos que son, en definitiva, que la

cueva jurídica en la que se practican pruebas y diligencias incriminatorias al margen del artículo 24.

Para apoyar la anterior conclusión, basta con acudir a la doctrina del TC en materia de prueba. La STC de 16 de abril de 2007, citando la de 4 de octubre de 2004, considera respecto de este derecho:

- a) Que se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional.
- b) Que este derecho no tiene carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.
- c) Que el órgano judicial, habría que entender órgano administrativo competente para incoar la información previa, ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmiten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad arbitraria o manifiestamente irrazonable. Dicha denegación vendría dada, igualmente, por aplicación del artículo 54 de la Ley 30/92, vigente en aquel momento, que exige la motivación de los actos administrativos que afecten a derechos fundamentales y bajo el pórtico del artículo 103 de la CE.
- d) Que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa de modo que, de haberse practicado la prueba omitida o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta. Como sería el supuesto en el que se dictara la resolución en el seno de la información

---

prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC de 30 de octubre de 1987; de 20 de diciembre de 1990; de 8 y 11 de junio de 1992; de 15 de enero de 1996 y de 11 de octubre de 1999) y que la prueba sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas (SSTC de 4 de julio de 1995; de 29 de octubre de 1996 y de 9 de diciembre de 2002).



previa o inmediatamente después de su instrucción, sustrayendo al encartado de las facultades de defensa.

Además, la STC de 25 de septiembre de 2006 recordó que la información reservada no tiene carácter sancionador, sino que mediante la misma se pretende la averiguación de unos hechos para, en su caso, incoar un expediente disciplinario. Ello implica que al no dirigirse contra persona alguna, yendo su instrucción destinada a comprobar unos hechos que pudieran tener transcendencia disciplinaria, y en tanto que se siga para decidir sobre la procedencia de incoar un procedimiento disciplinario, sin desnaturalizar su naturaleza, no está sujeta a formalidades especiales ni sometida a un específico plazo.

#### 4. LA INFORMACIÓN PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO

Conforme a la jurisprudencia de la Sala 5.<sup>a</sup> (entre otras STS de 13 de diciembre de 2010 o 27 de septiembre de 2013), la información previa es meramente potestativa, no preceptiva, «cuya finalidad es depurar unos hechos que inicialmente no resultan claros. La información previa, por tanto, no se dirige contra nadie ni tiene, en principio, carácter sancionador, pues una vez esclarecidos los hechos es en ese momento, precisamente, cuando se derivarán o no las oportunas responsabilidades a través de los procedimientos establecidos». Parece, por tanto, que la única misión de la información previa es el esclarecimiento de los hechos en el sentido de que no pueden ser imputados a persona concreta, porque en el caso de que así fuera, el derecho de defensa imperaría y se debería abrir el procedimiento administrativo sancionador correspondiente y que aquel a quién se vinculan los hechos puede ejercitar las garantías derivadas del artículo 24 de la CE.

Entre las notas características de la información reservada se pueden destacar:

- a) Puede ser realizada por instructor y secretario, siendo este último prescindible.
- b) No hay plazo de instrucción. La más elemental prudencia exige que el periodo sea lo más breve posible dado que no suspende en modo alguno el plazo de prescripción para las faltas leves, graves o muy graves, recogido en el artículo 24.
- c) La instrucción de la información previa no está sometida a formalidad alguna y puede recabarse, por ello, cualquier tipo de información

documental, testificales o indagaciones de cualquier tipo, pero debe tenerse en cuenta, muy especialmente, que todo ello no tiene valor probatorio alguno. Algo absolutamente lógico teniendo en cuenta que esta instrucción se hace fuera de cualquier proceso regulado por la Ley Orgánica y sin las garantías procedimentales que le son aplicables. Ahora bien, si es ratificado convenientemente ante el instructor de un procedimiento, ahora sí, incoado conforme a las prescripciones legales gozará del valor probatorio correspondiente.

- d) Según la STS citada de 13 de diciembre de 2010, «la Administración sancionadora debe evitar que quien razonablemente puede terminar sancionado o sometido a expediente sancionador haga contribuciones de contenido incriminatorio directo que no habría hecho de estar advertido de sus derechos». Esto supone que de la información previa pueden derivarse responsabilidades disciplinarias. Este aspecto, en mi opinión, no cabría ni siquiera plantearse dado que si los hechos, aun no siendo claros, se le imputan disciplinariamente a una persona, a este se le debe recibir declaración con todas las garantías procesales en el seno de un procedimiento legalmente establecido e incoado conforme a las previsiones de la ley disciplinaria y nunca bajo la cobertura de una información previa.

La Sala 5.<sup>a</sup> ha definido en varias resoluciones las características más importantes de la información reservada. Desde la reciente Sentencia de 20 de diciembre de 2017, 9 de marzo de 2015, 12 de noviembre de 2014 o 31 de marzo de 2003, 11 de mayo de 2000 o 19 de mayo de 1998, la Sala ha recordado que la información previa no tiene carácter de procedimiento sancionador y su finalidad es únicamente realizar las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos: «no ha de olvidarse que tal información no se dirige contra persona alguna determinada, ni tiene, en principio, carácter sancionador, sino únicamente está destinada a contribuir al esclarecimiento inicial de unos hechos, y una vez efectuado dicho esclarecimiento, pueden derivarse o no responsabilidades disciplinarias que serán exigibles, en su caso, a través del correspondiente procedimiento sancionador».

La Sentencia de 8 de mayo de 2003 recordó que lo manifestado en una información previa o reservada carecía de valor verificador de los hechos si no era ratificado ante el instructor del expediente disciplinario<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Lo que después se confirma en Sentencias de 15 julio de 2003, 23 de febrero y 25 de octubre de 2004 y 17 de enero y 10 de marzo de 2005.

Es decir, las declaraciones contenidas en aquella no tienen virtualidad alguna probatoria, sin la ratificación de los testigos que en ellas depusieron, ya en el seno de un procedimiento administrativo iniciado. Añadía la Sentencia referenciada que la eficacia probatoria tampoco alcanzaba a la declaración prestada sin garantías en una información previa por quien luego resulta expedientado, «no habiendo sido advertido en aquella de su derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a la asistencia de letrado y a ser informado de la acusación»<sup>22</sup>.

La Sentencia de 5 de marzo de 2013 destacó que la información reservada carece por sí mismo de eficacia probatoria por cuanto que la prueba de cargo debe producirse en el seno del expediente adornado de las garantías aplicables a los procedimientos sancionadores. En lo que atañe a la declaración de la persona que, en ponderada valoración *ex ante*, pueda resultar luego encartada, cuando las preguntas que se le formulen se dirijan a obtener contestaciones que puedan incriminarle, ha de estar precedida de la instrucción de sus derechos esenciales a no declarar en ningún caso y a no declarar contra sí mismo, de manera que sus manifestaciones eventualmente incriminatorias tengan carácter de voluntarias, bajo sanción de nulidad de lo declarado. A pesar de ello, otras pruebas incriminatorias que no se encuentren respecto de aquellas manifestaciones en «conexión de antijuridicidad» pueden ser válidas<sup>23</sup>.

Con ello, se consolidan ciertas consideraciones:

- a) La información reservada no tiene carácter sancionador. Aunque resulte evidente, en este tipo de informaciones no es posible acordar medidas cautelares, practicar trámites de audiencia, pliegos de cargos o propuestas de resolución, sancionar o incluso interponer recurso alguno. Cuando la surja la necesidad de ello será una muestra palpable que se está utilizando la información reservada como un medio para obviar las garantías que exige el procedimiento administrativo.
- b) Solo está dirigida su instrucción a comprobar unos hechos que pudieran tener transcendencia disciplinaria para decidir sobre la procedencia de incoar un procedimiento disciplinario.
- c) No está sujeta a formalidades especiales. Dado que la información reservada es un procedimiento que no se dirige contra nadie en concreto y su objetivo es precisamente la averiguación de si los hechos

---

<sup>22</sup> Sentencia de 23 de febrero de 2005.

<sup>23</sup> Entre otras, Sentencia de 6 de noviembre de 2000, de 8 de mayo de 2003, de 16 de enero de 2004, 23 de febrero, 11 de mayo y 7 de junio de 2005, de 2 de octubre de 2007, de 13 de diciembre de 2010, 11 de febrero de 2011 o 6 de junio de 2012.

pudieran constituir infracción disciplinaria, no hay rigidez formalista de ningún tipo. El único requisito exigido es que la autoridad competente acuerde efectivamente la práctica de la información previa para el esclarecimiento de los hechos cuya resolución servirá de base para la apertura o archivo del parte o denuncia recibido, pero que en ningún caso tendrán carácter vinculante para la autoridad sancionadora. Dicha resolución de inicio de información previa sí que debería cuando menos contar con una referencia sucinta a la norma que lo permite y a los motivos por los que se acuerda su inicio, de conformidad con el artículo 54 de la Ley 30/92, vigente en el momento en el que esta sentencia fue dictada. Como ya se ha apuntado en estas líneas, si los hechos van dirigidos directamente a una persona concreta, el ejercicio del derecho de defensa exige que la investigación esté canalizada en un procedimiento administrativo y que no se quede escondida en una información de este tipo.

- d) No está sometida al principio de contradicción. Es en este punto donde más críticas se pueden hacer a este tipo de informaciones previas o reservadas. Evidentemente no está sometida al principio de contradicción porque, en puridad, no hay datos o hechos que contradecir con aquel a quien se le imputa la comisión de ilícito disciplinario, ya que, insisto, desde el momento en que esto ocurre, el procedimiento administrativo es el cauce correcto y garantista. Además, no hay obligación de recoger por escrito las investigaciones que se llevan a cabo en la información previa pero el más elemental sentido común exige que se deje constancia de esas por escrito. Evidentemente, la constancia de lo practicado en la información previa es esencial ya que de las conclusiones que de ello se extraiga se fundamentará o bien el inicio del procedimiento sancionador o bien el archivo de la información.
- e) No tiene un específico plazo para su instrucción y esta no afecta a la caducidad del expediente o interrumpe el tiempo de prescripción de la posible infracción. Obviamente el plazo máximo para poder tramitar la información previa sería el de prescripción de la falta cometida. Pero esta afirmación desvirtúa su esencia porque la información reservada nunca puede dar cobijo a una actividad de instrucción encubierta ni para dilatar indebidamente el inicio de un procedimiento disciplinario o el archivo de una denuncia con grave menoscabo de la eficacia de la Administración y los derechos del interesado.

Estas consideraciones hacen surgir importantes preguntas que pueden poner en entredicho la propia esencia de la información previa o el uso indebido que se puede hacer de la misma para esconder bajo cobertura legal un procedimiento indagatorio al margen de cualquier garantía. Baste un ejemplo, la Sentencia de 10 de marzo de 2015, en el seno del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, reconoce que «en su práctica no rigen las garantías propias de estos procedimientos, ni lo actuado en su tramitación constituye fuente de prueba sino objeto de la misma, que ha de practicarse en el posterior expediente disciplinario en cuya instrucción habrá de verse lo realizado en aquella información previa, al menos a través de la ratificación hecha por quienes en ella intervinieron», añadiendo que lo actuado en una información reservada carece de eficacia probatoria. La prueba de cargo ha de practicarse en el procedimiento sancionador<sup>24</sup>.

La utilización de la información previa para fines distintos de la que la justifican llevaría a una situación insostenible. Sería aquella en la que el investigado, es decir el administrado al que se le imputa un ilícito disciplinario, no tiene conocimiento de las actuaciones indagatorias o inculpatorias hacia él hasta que es llamado a prestar declaración. En esta, ajena a cualquier garantía esencial del procedimiento, no se le reconoce el derecho a tener conocimiento de lo instruido hasta ese punto, no se le reconoce la posibilidad de acogerse a su derecho a no declarar, si no se ve obligado a hacerlo. Por ello, de la finalización de la información reservada solo tendrá conocimiento si finalmente se le imputa en un procedimiento sancionador que se incoa convenientemente y que se le notifica. Si no, deberá hacer el ejercicio mental de suponer que la información se ha archivado<sup>25</sup>.

Dicho esto, la información reservada o previa tiene un objeto concreto aunque diverge según cual sea la norma que manejamos. Desde el «conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento» de la Ley 39/2015 hasta el «esclarecimiento de los hechos» de la Ley Disciplinaria Militar, pasando por «el esclarecimiento de los hechos, la determinación de sus presuntos responsables

---

<sup>24</sup> Véase SSTC de 26 de septiembre de 2006 y de 15 de junio de 2009. En el mismo sentido, la Sala 5.<sup>a</sup> en Sentencias de 5 de marzo de 2013 y 12 de noviembre de 2014.

<sup>25</sup> La STS de la Sala 5.<sup>a</sup>, de 6 noviembre de 2000, definió perfectamente esta situación: «cuando un militar es imputado o razonablemente va a serlo, como era el caso del recurrente, una condición se añade a la de militar: la de imputado actual o futuro. Condición añadida que cambia sustancialmente las cosas, pues lo que se pide al interrogado ya no es información sobre un asunto del servicio –al menos no puede ser valorado únicamente como información–, sino datos por los que puede ser inculcado».

y la procedencia de iniciar o no un procedimiento» de las leyes disciplinarias de la Guardia Civil y de la Policía Nacional o por el silencio del reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

Las Sentencias de 23 de febrero de 2004 y la de 16 de enero de ese mismo año resolvieron cuestiones casacionales semejantes y, una de ellas, se centraba en la validez de lo actuado en la información previa.

La parte recurrente consideró que se llevó a cabo una información reservada que él mismo calificaba como procedimiento sancionador y en la que no se observaron las garantías exigidas por la Ley lo que, a su juicio, generaba nulidad de actuaciones de conformidad con el apartado a) del art. 62 de la Ley 30/92, en virtud de la doctrina de los frutos del árbol envenenado lo que daría lugar a la consideración de viciado de todo el procedimiento, a cuyo efecto invoca asimismo el art. 11.1 de la LOPJ.

Alegaba que en la citada información reservada no se comunicaron al interesado sus derechos ni se permitió que fuese asistido por letrado en las ocasiones en que fue interrogado acerca de su culpabilidad. Consideraba que al incorporarse al expediente tales actuaciones se había generado indefensión.

Pues bien, la Sala 5.<sup>a</sup> en estos pronunciamientos, aunque también se había resuelto de la misma manera en las Sentencias de 15 de julio y 31 de octubre de 2010, consideró que las actuaciones de investigación llevadas a cabo en la información reservada y su incorporación al procedimiento no habían supuesto vulneración alguna del derecho de defensa del artículo 24. La razón justificativa era que el contenido de la prueba podía estar sujeto a contradicción en el trámite de audiencia y en la sucesiva actividad probatoria.

Definió la Sala 5.<sup>a</sup> esta actividad practicada en el seno de la información reservada como «una investigación inquisitiva en la que se incorporan testimonios y que tiende precisamente a ofrecer argumentos indiciarios para las resoluciones de la autoridad disciplinaria, o para establecer presupuestos de la posterior instrucción, mediante una aproximación al presunto conjunto de hechos». De ello se deduce que la actividad de investigación previa puede estar orientada a dos situaciones: La primera, la acumulación de indicios sobre los que se pueda sustentar la resolución sancionadora, una vez que queden acreditados en la fase de instrucción del procedimiento. La segunda, fijar las bases fácticas sobre las que se centrará la actividad de instrucción. Destaco cómo la Sala habla de una «aproximación al presunto conjunto de hechos».

Por tanto, si la información reservada es utilizada para conseguir alguno de estos objetivos, trasunto de los preceptos legales transcritos, con

ella solo se pretende esa primera aproximación a un grupo presunto de hechos que pueden dar lugar a responsabilidad disciplinaria. Obviamente dentro de estas barreras no existe una fase inculpatoria en ningún sentido y sobre sus contenidos y conclusiones habrán de recaer las actuaciones probatorias que el instructor practique con otorgamiento de plenas garantías de contradicción en las decisiones indagatorias, hasta el agotamiento de la vía administrativa mediante las resoluciones oportunas y su revisión posterior jurisdiccional si se interponen recursos de tal índole. Si hay, por ello, incriminación, no puede haber información reservada sino procedimiento.

De ahí que lo manifestado en una información reservada carezca de valor verificador de los hechos si no es ratificado ante el instructor del expediente con posterioridad. El punto en el que el respeto a las garantías procesales debe ser máximo es el trámite de audiencia para que no se produzca indefensión, tanto en la acepción material como en la forma.

## 5. LA INFORMACIÓN PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TS <sup>26</sup>

Desde sus primeros pronunciamientos, la Sala 3.<sup>a</sup> *ha considerado la información previa como* investigaciones previas que no forman parte del expediente sancionador, que no son propiamente expediente administrativo, sino un antecedente que la ley faculta a la Administración para llevar a cabo y a la vista de su resultado acordar lo procedente. Dos son las posibles soluciones procedimentales: o el archivo de las actuaciones o la orden de incoación del expediente.

Según la STS de 8 de julio de 1983, se trata de una actividad interna o un estadio previo a la incoación del expediente disciplinario. No hay, por tanto, especificidades dignas de reseñar en la jurisprudencia de la Sala 3.<sup>a</sup> *en relación con la del TC o de la Sala 5.<sup>a</sup>*

Es más, las escasas ocasiones en la que ha afrontado sustancialmente reclamaciones casacionales en materia de información previa ha sido para fijar la validez probatoria de lo actuado en ella y ulteriormente incorporado al expediente disciplinario sancionador. Por ejemplo, la STS de 6 de mayo de 2011 reconoció que para calibrar si las actuaciones de investigación llevadas a cabo en el seno de estas informaciones previas han generado o no indefensión al encartado, una vez que se inicia el procedimiento, hay que

---

<sup>26</sup> Sentencia de 24 de septiembre de 1976.

acudir al filtro de los «valores de justicia y seguridad» propios del proceso penal.

Tratándose de un derecho fundamental, como es el artículo 24 de la CE, habrá que verificar que se han dado «unas mínimas condiciones objetivas y subjetivas que hagan posible su fiabilidad». En relación con la información reservada, después incorporada al expediente, «con independencia de que la peculiar característica que domina y da nombre a esta diligencia deba ser tenida en cuenta por el órgano decisor a la hora de valorar su contenido, debe señalarse que de las condiciones en las que se practicó no se infiere la necesidad de proscribir su valoración para salvaguardar el equilibrio esencial del procedimiento y para impedir un posible efecto material de indefensión».

## 6. LA INFORMACIÓN PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA MENOR

La práctica totalidad de las consideraciones que se han ido plasmando en las líneas anteriores son aplicables a las decisiones jurisprudenciales de los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas y de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional. En el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, este supone una doble garantía, pues en el caso de no estimarse necesario la apertura de un expediente administrativo se evita la iniciación del mismo y la atribución del carácter de expedientado al sujeto. El trámite de información reservada tiene como fin evitar una indebida incoación del expediente disciplinario.

Por ejemplo, la STS del TSJ de Castilla León, de 27 de febrero de 1999, recuerda que la Ley 30/92, entonces vigente, había generalizado en el art. 69 la posibilidad de la información previa, que en la anterior Ley de Procedimiento Administrativo estaba reservada para los expedientes sancionadores, a todos los procedimientos administrativos. Su objetivo es el de permitir al órgano competente, antes de incoar el procedimiento, verificar hasta qué punto existe base racional para estimar que se ha cometido una infracción, a fin de evitar la existencia de un procedimiento sancionador con los correspondientes efectos, siempre desagradables para el presunto culpable, aunque luego demuestre su falta de culpabilidad, cuando a *limine* es manifiesta la inexistencia de infracción. Por tanto, su finalidad es dar a conocer las circunstancias del caso concreto, y la conveniencia de iniciar o no un procedimiento, por lo que concluida tal información previa procederá o bien el inicio del expediente sancionador, o en su caso, el archivo de las actuaciones.



Estas consideraciones suponen que la sanción nunca podrá venir impuesta en el seno de la información previa. Una vez que se instruye este debe adoptarse el correspondiente acuerdo de incoación del expediente sancionador y el nombramiento de instructor y secretario. De lo contrario, se estaría ejecutando la potestad sancionadora al margen del procedimiento legal o reglamentariamente establecido, la que supondrían la nulidad de pleno derecho, conforme al artículo 62 de la Ley 30/92, vigente en aquel momento, artículo 45 de la actual Ley 39/2015.

Por ejemplo, la STSJ de Albacete de 22 de septiembre de 2009 reconoce que el trámite de información reservada del artículo 28 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero no es *más que* la concreta aplicación al ámbito disciplinario de la función pública de lo previsto de manera general en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992. En ambos casos se trata de un trámite potestativo, es decir, que la autoridad sancionadora puede iniciar o no, que no inicia el procedimiento, pero que puede servir de fundamento para iniciarlo, pudiendo entonces unirse al expediente disciplinario.

Además, sin perjuicio del carácter reservado que se atribuye a la información previa en los expedientes disciplinarios, la jurisprudencia menor ha consagrado que el interesado tiene derecho a consultar el contenido de estas actuaciones previas, a pesar de que hubieran sido archivadas sin más, no iniciándose un procedimiento administrativo. Así, la STSJ de Madrid de 24 de junio de 2006 matizó esta idea indicando que a pesar del carácter de reservada de la información previa, no existe norma alguna que otorgue a esta el carácter de secreta.

También se ha consolidado el argumento, obvio por otro lado, de que las diligencias de información reservada no forman parte del expediente disciplinario, por lo que no se computan ni a efectos de caducidad del procedimiento, ni a efectos de interrupción del plazo de prescripción de la conducta sancionable. Como recuerda la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2011 «terminada la información reservada, en la que puede no darse intervención alguna al investigado, cabe que la autoridad que ostente la competencia acuerde la incoación del expediente, sin que forme parte del mismo aquella información, y que por lo tanto no puede servir de fundamento para la sanción, de modo que su contenido carece de interés salvo que se reproduzca en el expediente sancionador, con audiencia del interesado». Otras Sentencias, como la de 28 de noviembre de 2007 ó 22 de julio de 2004 recuerdan que la información reservada es contingente y previa, y puede incorporarse al expediente, si bien lo relevante son las pruebas que se practican en el marco del procedimiento disciplinario, que es donde han de reflejarse y constatarse las pruebas de

cargo que destruyan la presunción de inocencia que asiste al funcionario sujeto a expediente.

Los motivos por los que la información previa es incoada también han sido objeto de análisis por la jurisprudencia menor. La información reservada tiene como única finalidad la verificación si existen indicios para incoar o no el expediente disciplinario, distinguiéndolo de la utilización posterior de los elementos fácticos averiguados durante aquella información reservada. Por ello, la STSJ de Madrid de 12 de julio de 2011 se hizo eco de la jurisprudencia del TC, antes reseñada, por la que los principios del artículo 24 de la CE son aplicables al procedimiento sancionador en tanto que no se oponga a su naturaleza, pero admitiendo sin ambages las derivadas de la presunción de inocencia y la proscripción de la indefensión.

¿Vulnera el derecho de defensa del artículo 24 de la CE el hecho de recibirle declaración al interesado en la calidad de inculcado en la información previa? Para responder a esta cuestión parto de la esencia de esta: verificar si existen indicios para incoar o no el expediente disciplinario. Con ella se pretende evitar la incoación de expedientes disciplinarios por el simple rumor o la vaga sospecha de la comisión de un hecho sancionable, y por ello se faculta al órgano competente para la incoación de un procedimiento sancionador, que pueda acordar la instrucción de una información reservada antes de decidir si incoa o no el procedimiento sancionador.

El hecho de que la información sea reservada, con el objeto de no perjudicar la investigación, no implica que, en mi opinión, su esencia sea completamente contraria a la determinación de un inculcado, ya que, en este punto, no se ha iniciado un expediente administrativo que es la verdadera garantía para aquel a quién se le imputa la comisión de ilícito disciplinario administrativo. Las sentencias citadas han considerado que, de arranque, la toma de declaración del presunto inculcado en el periodo de información previa no supone, en sí misma considerada, vulneración de derecho alguno, sin perjuicio que una vez incoado el expediente disciplinario, el instructor proceda a recibir declaración al presunto inculcado y a evaluar cuantas diligencias se deduzcan de la comunicación o denuncia que motivó la incoación del expediente y de lo que aquel hubiera alegado en su declaración.

Uno de los problemas que puede plantearse, una vez iniciado el procedimiento, es que el instructor del mismo deniegue pruebas solicitadas por el encartado, considerando que en la información previa y en el expediente constan suficientes pruebas testificales y documentales para la realización de la propuesta de resolución. Cabe recordar, conforme a

los criterios jurisprudenciales referenciados, que la prueba que se haya practicado en el seno de la información previa debe ser expresamente ratificada en el procedimiento, para que puedan desplegarse, en la medida de lo posible, los criterios de publicidad, intermediación o contradicción. Si no se incorporan las pruebas al expediente y si no se hace con las necesarias garantías, no se las podía otorgar validez a los efectos probatorios de enervar la presunción de inocencia.

A mayor abundamiento, si los medios de prueba propuestos son apropiados para acreditar un hecho impenitente, extintivo o excluyente para imputar responsabilidad disciplinaria o si los hechos que se pretendían probar eran relevantes para el objeto del proceso y la defensa del actor, las pruebas deberían ser admitidas y practicadas convenientemente.

Por último, la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 6 de febrero de 2015, reconoció que el ejercicio de los derechos de defensa y a ser informado de la acusación en el seno de un procedimiento administrativo sancionador presupone, obviamente, que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues solo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa. Es decir, siempre que haya actos de imputación formal a un administrado de hechos que puedan ser constitutivos de infracción disciplinaria, los actos de prueba de los mismos deben ser practicados dentro del procedimiento, no fuera de él.

## CONCLUSIONES

I.—Tanto la Ley 39/15, a la hora de regular el procedimiento administrativo común, como las leyes que desarrollan los diferentes regímenes disciplinarios sancionadores prevén la posibilidad de que, antes de la orden de incoación del correspondiente procedimiento, se lleve a cabo una información previa o reservada destinada, en esencia, a acreditar las circunstancias del caso concreto, identificar los presuntos responsables y analizar la conveniencia de iniciar o no el procedimiento.

II.—Este es, sobre todo, una garantía para el administrado, un espacio en el que, según ha reconocido el TC, se deben desplegar las garantías del artículo 24 de la CE, que abarcan desde el derecho de defensa, la prohibición de la indefensión o el derecho de prueba hasta la presunción de inocencia.

III.—Los objetivos a los que debe estar orientada la información previa son bastante claros y, una vez que se han conseguido se debe iniciar el procedimiento administrativo donde el encartado puede ejercer los derechos

antes referenciados, ya que, en el seno de la información previa, no tienen vigencia plena.

IV.—En efecto, dentro de la información previa y dado que no está sujeta a formalidades, el encartado, en el caso de que estuviera identificado, no podría acogerse a su derecho a no declarar, a no confesarse culpable y a todas las garantías que la CE otorga a quien se ve inculcado por la presunta comisión de un ilícito, en este caso, de carácter administrativo. Lo investigado en la información previa no tiene validez de prueba de cargo a no ser que se incorpore al procedimiento y sea convenientemente ratificada.

V.—Pero además, no hay plazo fijado por la norma y ello hace que, con el límite máximo que pueda suponer la prescripción de la falta, las informaciones previas puedan dilatarse en el tiempo indebidamente máxime cuando los objetivos para los que se incoó ya se han conseguido.

VI.—No procede, por tanto, llevar a cabo verdaderas actuaciones de instrucción para la comprobación y determinación de los hechos objeto de sanción, porque ello debería quedar reservado para el procedimiento administrativo, verdadero cauce formal garantista para el ciudadano.

VII.—En resumen, la información reservada no puede ser un espacio escondido a las garantías del artículo 24 de la CE. Desde el momento en el que existan indicios racionales de que los hechos han podido existir y, sobre todo, desde el momento en el que dichos hechos sean imputados formalmente a un administrado, la Administración sancionadora debe encauzar convenientemente las actuaciones y reconducirlas a un procedimiento administrativo, incorporando aquellas investigaciones que se han practicado en la información previa, las cuales nunca deberían tener carácter inculpativo. Las fases procedimentales prevén, en las normas analizadas y haciéndolo extensible a aquellas que meramente se han indicado, trámites suficientes tanto para desplegar el derecho de defensa a través de los medios de pruebas admitidos en derecho, como para poder dejar sin responsabilidad o archivar las actuaciones.

VIII.—La verdadera acusación en el procedimiento administrativo sancionador se produce con el pliego de cargos, en un primer momento, y con la propuesta resolución, en otro ulterior. Para llegar a ambos hitos, el instructor ha debido ejecutar aquella prueba que bien de oficio bien a instancia de parte ha estimado y aprobado como pertinente para la satisfacción de los intereses ventilados en el procedimiento. No procede, por ello, que la información previa sea utilizada subrepticamente como una acusación adelantada en la que el interesado apenas ha podido participar y, si lo ha hecho, ha sido sin las debidas garantías.

## **EL MECANISMO RESIDUAL INTERNACIONAL PARA LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES PARA LA EX-YUGOSLAVIA Y RUANDA**

Jesús Ayala González  
*Capitán Auditor*

### *Resumen*

El 31 de diciembre de 2017 el Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia puso fin a su mandato, al igual que había hecho dos años antes el Tribunal Internacional Penal para Ruanda, dentro de la estrategia de conclusión de sus jurisdicciones auspiciada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Pues bien, el presente trabajo analiza la organización y cometidos del Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Internacionales Penales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, en tanto que jurisdicción que sucede a ambos tribunales, abordando las cuestiones atinentes a su naturaleza jurídica así como el fundamento y oportunidad de su creación.

*Palabras clave:* Mecanismo Residual Internacional, tribunal internacional penal, derecho internacional penal, Consejo de Seguridad.

### *Abstract*

On 31 December 2017, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia ended its mandate, just as the International Criminal Tribunal for Rwanda had done two years ago, within the strategy of concluding its jurisdictions sponsored by the Security Council of the United

Nations. Well, the present work analyzes the organization and tasks of the International Residual Mechanism for the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, as a jurisdiction that happens to both tribunals, addressing issues related to their legal nature as well as the foundation and opportunity of his creation.

*Keywords:* International Residual Mechanism, international criminal court, international criminal law, Security Council.

### SUMARIO

I. Los criterios de selección y priorización; II. Las estrategias de conclusión; III. El Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Internacionales Penales para la ex-Yugoslavia y Ruanda: A) Naturaleza; B) Estructura: a. Las Salas; b. La Fiscalía; c. La Secretaría; C) Las funciones residuales: a. La función de enjuiciamiento; b. La supervisión de las causas remitidas a los tribunales nacionales; c. La supervisión de sentencias; d. La resolución de las solicitudes de indulto y conmutación; e. La protección de víctimas y testigos; f. La gestión de archivos; D) Colaboración y cooperación de los Estados; E) Relaciones con las jurisdicciones nacionales y con otros tribunales internacionales penales. F) Críticas al Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales. Conclusiones. Bibliografía.

## I. LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN

El 31 de diciembre de 2017 el Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia<sup>1</sup> puso fin a su mandato, al igual que había hecho dos años antes el Tribunal Internacional Penal para Ruanda<sup>2</sup>, dentro de la estrategia de conclusión de sus jurisdicciones auspiciada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El carácter longevo de sus mandatos supera con creces al de cualquier otra jurisdicción internacional penal hasta la fecha, incluida la de la Corte Internacional Penal, destacando su carácter *ad hoc*, lo que apunta a que el ejercicio de sus jurisdicciones se hallaba delimitado de antemano, en atención a la delimitación temporal de los hechos cuya investigación y enjuiciamiento se le encomendaban. Esta última afirmación conecta con el contenido del presente apartado.

<sup>1</sup> Su denominación exacta es Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Violaciones Graves del Derecho Internacional en el Territorio de la Ex-Yugoslavia a partir de 1991. En adelante, se utilizará la abreviatura TPIY para referirse al mismo.

<sup>2</sup> Su nombre completo es Tribunal Internacional Penal para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1993. En adelante, TPIR.

Pues bien, en las últimas décadas del siglo xx se consolidó la obligación de los Estados de investigar y perseguir a los autores de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, especialmente en lo que respecta a los crímenes internacionales centrales, esto es, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra.

Esta consolidación es el resultado de una serie de factores, entre los que destacan los tratados internacionales, el desarrollo del denominado *soft law* y, especialmente, la creación de tribunales especiales para juzgar esa clase de comportamientos. En cuanto a los tratados, ha de tenerse en cuenta que algunos de ellos condenan la comisión de esos crímenes y establecen procedimientos específicos para la lucha eficaz contra la impunidad<sup>3</sup>; por su parte, los documentos de *soft law* han jugado un papel relevante en la consolidación del deber de los Estados de perseguir y castigar, estableciendo una serie de principios en la lucha contra la impunidad y los derechos de las víctimas de las atrocidades masivas a la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición, muchos de los cuales han sido adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas y utilizados por los tribunales para la interpretación de los tratados de derechos humanos<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. la Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio, adoptada por la resolución 260 (III) A de la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, que establece que los Estados se comprometen a prevenir y sancionar el genocidio (art. 1), a adoptar sanciones efectivas para los autores de actos de genocidio (art. 5), y a conceder la extradición de los sospechosos de genocidio (art. 7); la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, aprobada por la resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1968, que prohíbe la aplicación de la prescripción a cualquiera de estos crímenes (art. 1), y establece que estas limitaciones deberían ser abolidas (art. 4) y que los Estados deberían posibilitar la extradición respecto a estos crímenes (art. 3); y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes, adoptada por la resolución 39/46 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, que establece el deber de los Estados de castigar estos delitos con penas adecuadas (art. 4) y prevé mecanismos para garantizar su eficacia, tales como la jurisdicción universal (art. 5) y la extradición (art. 8). Por su parte, dentro del Derecho Internacional Humanitario destacan los cuatro Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949 (I Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; II Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra); y sus protocolos adicionales de 8 de junio de 1977 (Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y Protocolo II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional).

<sup>4</sup> Algunos de los documentos más relevantes en la materia son: L. Joinet, 1997: Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 49.º periodo de sesiones, *Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)*. Revised final

Por lo que respecta a la creación de tribunales especiales, ha de partirse del presupuesto de que ningún sistema de justicia penal puede funcionar sin mecanismos de selección y priorización. Los primeros operan como un umbral por debajo del cual los casos no serán tratados por la jurisdicción en cuestión; sin embargo, no establecen *per se* cuál de los casos será resuelto en primer lugar, dado que generalmente no establecen orden de prelación entre ellos, sino que los ubican en igualdad de condiciones una vez que han superado el umbral de selección. Por el contrario, los criterios de prioridad sirven precisamente para clasificar los casos dentro de una jurisdicción, así como para determinar el orden en el que serán investigados y juzgados.

Los mecanismos de selección pueden operar en diferentes etapas del proceso pero la más relevante es ciertamente la fase de investigación o instrucción y su importancia es si cabe aun mayor en procesos de paz o de transición, donde el sistema penal está llamado a resolver casos que, en términos cuantitativos y cualitativos, por la naturaleza de los hechos y los responsables, superan las vicisitudes de un proceso penal «ordinario»<sup>5</sup>. Así, en el ámbito de los conflictos armados y regímenes represivos tiene

---

*report prepared by Mr. L. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119, Doc. E/ CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1; D. Orentlicher, 2004, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 60.º periodo de sesiones, Independent Study on best Practices, including Recommendations, to assist States in Strengthening their Domestic Capacity to combat all Aspects of Impunity, Doc. E/ CN.4 / 2004/88, y T. van Boven y M.C. Bassiouni, 2004, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 60.º periodo de sesiones, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, Doc. E/ CN.4/2004/57. Por otro lado, las decisiones judiciales de los tribunales de derechos humanos también han promovido la idea de que los Estados deben perseguir y castigar graves violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario. El caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es particularmente ilustrativo de este punto, ya que la Corte ha condenado expresamente las leyes que establecen amnistías para los autores de tales violaciones, sobre la base de que ellas infringen la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular, los derechos de las víctimas a la justicia y verdad. En este punto, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C N.º 75.*

<sup>5</sup> Tal y como manifestó David Schwendiman, funcionario de la Fiscalía del Estado de Bosnia Herzegovina, «no es realista esperar que todos los casos serán juzgados o esperar que todas las personas que deberían ser consideradas criminalmente responsables por lo que hicieron durante la guerra serán declaradas responsables por un tribunal. Muchas cosas que no se pueden controlar, como el tiempo, la muerte de los posibles imputados y la edad y la falta de memoria de los testigos, por ejemplo, conspiran contra ello. No es, sin embargo, irrazonable esperar que una persona deberá responder ante un tribunal o en algún otro foro en Bosnia y Herzegovina por lo que ella o él hizo como individuo, por actos que tuvieron y todavía tienen un gran impacto en la comunidad»; documento de trabajo preparado por la Secretaría para uso de la Fiscalía de ByH, *Selecting war crimes cases for investigation and prosecution: avoiding the opportunity costs of picking low hanging fruit.*



lugar la comisión de un elevado número de crímenes internacionales, por lo que perseguir y juzgar todos ellos de manera adecuada y oportuna constituye una tarea abrumadora, incluso en contextos en los que hay un buen funcionamiento del sistema de justicia penal, por lo que dicha tarea se vuelve incluso más difícil en la mayoría de los contextos, en los que el poder judicial ha sido destruido o severamente debilitado.

Esta acumulación de casos plantea al menos dos cuestiones fundamentales, que son complejas y delicadas: cómo elegir los casos objeto de persecución; y, en segundo lugar, cómo organizar y clasificar los casos seleccionados a fin de determinar el orden de prioridad en el que serán investigados y juzgados. La respuesta a estas preguntas implica necesariamente el establecimiento y el uso de criterios para la selección y asignación de prioridad de los casos relativos a crímenes internacionales centrales<sup>6</sup>.

La ausencia de estos criterios o su uso inadecuado no es baladí. Así, un uso defectuoso puede reducir las posibilidades de garantizar la exigencia de responsabilidad por los crímenes considerados más importantes por las instituciones y la sociedad en general, ya sea en términos de su gravedad, autoría, carácter sistemático o masivo, entre otros aspectos; puede obstaculizar el esclarecimiento de la verdad de esos crímenes, la facilitación de la reparación de sus víctimas, y la prevención de que ocurran de nuevo; puede generar la percepción de que la selección y asignación de prioridad de casos se está haciendo de una manera arbitraria, parcial o politizada y, por lo tanto, generar actitudes de desconfianza y desaprobación en contra del proceso judicial<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Existen dos criterios extremos: el orden de llegada (*first come first served*), que es el que normalmente se aplica aunque puede no ser el más adecuado en situación de transición postconflicto, toda vez que puede dar lugar a priorizar casos que no representen una contribución sustantiva mayor para los objetivos de la transición, o que simplemente no estén listos para su persecución; y aquel que se basa en la discriminación consciente de los casos en atención a su complejidad, esto es, en función de la facilidad de obtener pruebas para acusar a los sospechosos (*low hanging fruit*), lo que puede ser eficaz para producir resultados rápidos, pero perjudicial para el objetivo de investigar y juzgar los casos más importantes, ya que puede resultar en una mera selección de los casos fáciles.

<sup>7</sup> El deficitario empleo de los criterios de selección puede desplegar su incidencia en torno al derecho de defensa del acusado. Así, en el caso *Celebici* ante el TPIY uno de los acusados argumentó, sin éxito, que había sido sometido a una estrategia de persecución selectiva en contra del principio de igualdad consagrado en el artículo 21 del Estatuto del TPIY, definiendo la persecución selectiva como una «en la cual los criterios para seleccionar personas para la persecución no están basados solo en consideraciones de aparente responsabilidad penal, sino en razones políticas extrañas, como el carácter étnico, el género, o la conveniencia administrativa». Por su parte, la Sala de Apelaciones sostuvo que, aunque el fiscal tiene una amplia discreción con respecto a la iniciación de investigaciones y la preparación de acusaciones, tal poder no es ilimitado, sino que puede ser sometido a ciertas restricciones contenidas en el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal.

Un elemento adicional a la hora de establecer la selección y priorización de crímenes internacionales es la naturaleza, nacional o internacional, del tribunal llamado a desarrollar la actividad de enjuiciamiento, ya que cada una de esas jurisdicciones tiene desafíos de alcance y naturaleza distintos. De hecho, el orden lógico parece ser el siguiente. En primer lugar, las jurisdicciones penales nacionales han de soportar la carga más pesada en términos de número de casos, debido a que los crímenes se cometen en el territorio del Estado en cuestión, que la mayoría de las víctimas y autores residen habitualmente en él y que su mandato de perseguir y juzgar los crímenes normalmente es general o muy amplio; los tribunales internacionales *ad hoc* e híbridos siguen a las jurisdicciones nacionales en términos de volumen, toda vez que son creados específicamente para ocuparse de los crímenes más importantes cometidos en un conflicto o en un régimen autoritario; en último lugar se sitúan las jurisdicciones con competencia general pero subsidiaria para perseguir y juzgar crímenes internacionales, como la CPI, y los Estados extranjeros en aplicación del principio de jurisdicción universal.

A pesar de la importancia crucial de la selección y asignación de prioridad en la actividad de los tribunales, los criterios para regular esas tareas no recibieron demasiada atención en las discusiones para el establecimiento de los primeros tribunales internacionales penales para la ex-Yugoslavia y Ruanda. No obstante, la necesidad de formular y emplear tales criterios fue advertida a medida que desarrollaban sus funciones, siendo satisfecha mediante soluciones tardías y no siempre satisfactorias.

En este sentido, el análisis del TPIY resulta ilustrativo de las consecuencias de un deficitario empleo de los criterios de selección y priorización.

A pesar de que fue creado como una jurisdicción temporal, lo que hacía prácticamente imposible que se persiguiera a todos los autores de las atrocidades cometidas en las guerras en la antigua Yugoslavia, el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba no contienen ninguna referencia a la selección de casos o a criterios de asignación de prioridad. En lugar de ello, la versión inicial del Estatuto preveía un mandato bastante amplio para el Tribunal, consistente en la persecución y enjuiciamiento de «personas responsables por graves violaciones de derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y la fecha a ser determinada por el Consejo de Seguridad luego de la restauración de la paz».

---

*Prosecutor v. Mucic et al.*, IT-96-21, sentencia de la Sala de Apelaciones, 20 de febrero de 2001, par. 596.

Este mandato no sugiere la existencia de ningún criterio de selección. En efecto, no distingue los casos en términos de nivel jerárquico o de responsabilidad de los autores, o en términos de nivel de gravedad de las violaciones. Según Claudia Angermeier, aun cuando algunos han sostenido<sup>8</sup> que una limitación de la jurisdicción del Tribunal podía ser inferida de la referencia a graves violaciones del derecho internacional penal «podría decirse que el proceso de redacción sugiere que hubo una elección deliberada de no limitar el mandato jurisdiccional a los líderes: al establecer el Tribunal, el Consejo de Seguridad no siguió el único ejemplo anterior de un tribunal internacional, el Tribunal de Núremberg, que tenía una clara división de competencias, a saber que solo el enjuiciamiento de los principales criminales de guerra habían de ser conducidos frente al Tribunal de Núremberg y que los criminales de guerra menores debían ser perseguidos por otros tribunales»<sup>9</sup>.

Lo mismo puede concluirse comparando el Estatuto del TPIY con el de tribunales posteriores, como la Corte Especial para Sierra Leona o las Salas Extraordinarias en Camboya, que respectivamente se refieren a «personas que cargan con la mayor responsabilidad»<sup>10</sup> y «líderes de jerarquía [...] que fueron los mayormente responsables por los crímenes [...]»<sup>11</sup>.

En consecuencia, en la fase inicial del TPIY los casos eran seleccionados principalmente con base en la prueba disponible y el interés de los fiscales ante el TPIY en casos particulares. Aún más, las primeras acusaciones concernieron a autores de un nivel bastante bajo como los guardias de campo<sup>12</sup>.

Posteriormente, la Fiscalía decidió adoptar formalmente un documento interno que contenía una lista de «criterios para investigaciones y persecuciones», que fueron concebidos como un conjunto de estándares racionales que deberían permitir a la Fiscalía usar sus recursos de manera más efectiva y cumplir su mandato guiando su decisión acerca de si iniciar una investigación y, en su caso, ejercer la acusación. En particular, el *Internal Memorandum*, de 17 de octubre de 1995, los agrupaba en cinco grupos

---

<sup>8</sup> En particular, el primer presidente del TPIY, Antonio Cassese.

<sup>9</sup> ANGERMAIER, C. «Case selection and prioritization criteria in the work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», en BERGSMO, M. (ed.). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. 2004, pp. 368-369.

<sup>10</sup> Resolución 1315 del Consejo de Seguridad y artículos 1 y 15 del Estatuto del Tribunal.

<sup>11</sup> Artículo 2 del Acuerdo sobre el Establecimiento de Salas Extraordinarias en Camboya anexo a la resolución de la Asamblea General 57/228, A/RES/57/228, de 22 de mayo de 2003 y artículos 1 y 2 de la Ley sobre el Establecimiento de Salas Extraordinarias.

<sup>12</sup> ANGERMAIER. *Op. cit.*, pp. 70-71.

cada uno de los cuales contaba, a su vez, con una lista completa de factores, que son más un catálogo de consideraciones relevantes que una lista selectiva y enfocada de criterios vinculantes<sup>13</sup>.

No obstante, ni los grupos de criterios, ni los factores que cada uno contiene fueron clasificados de acuerdo a la importancia, siendo concebidos como criterios de selección más que como criterios de asignación de prioridad, lo que dio lugar a una práctica de selección de casos poco adecuada y consistente<sup>14</sup>, teniendo lugar en 1998 la aprobación de un nuevo documento<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> a) «Personas», que se refiere a «la posición del autor» y que incluye los siguientes factores: «posición en la jerarquía bajo investigación»; «funcionario político»; «funcionario militar»; «comandante paramilitar»; «nacionalidad»; «rol/participación en decisiones políticas/estratégicas»; «culpabilidad personal por atrocidades específicas»; «detención potencial»; y «disponibilidad de testigos/pruebas»; (b) «graves violaciones», que alude a la «naturaleza de la violación», donde se incluyen factores tales como «número de víctimas»; «naturaleza de la(s) conducta(s)»; «área de destrucción»; «duración o repetición del ataque»; «ubicación del crimen»; «conexión con otros casos»; «nacionalidad de los autores/víctimas»; «detención potencial»; «disponibilidad de testigos/pruebas»; y «crimen patrón»; (c) «consideraciones políticas», que contiene los siguientes factores: «desarrollo de la jurisprudencia internacional (“acusaciones” para: “afianzar normas y preceptos importantes existentes”, “construir precedentes”, “clarificar y desarrollar el ámbito de las protecciones existentes”)); «disponibilidad y capacidad de los tribunales nacionales para perseguir al presunto autor»; y «valor potencial, simbólico o disuasivo de persecución»; (d) «consideraciones prácticas», que incluye, como factores: «recursos de investigación disponibles»; «impacto que tendrá la nueva investigación sobre las investigaciones en curso y sobre la preparación de las acusaciones existentes para el juicio»; «el tiempo estimado para concluir la investigación»; «oportunidad de la investigación (por ejemplo, el impacto que el inicio de una investigación particular tendrá sobre la capacidad de conducir futuras investigaciones en el país)»; y «probabilidad de detener al presunto autor»; y (e) «otras consideraciones relevantes» con los siguientes factores: «delito particular de la ley o partes de él que puedan ser imputadas»; «las teorías de la presentación de cargos disponibles»; «impedimentos jurídicos potenciales a la persecución»; y «defensas potenciales».

<sup>14</sup> En 1998, la Oficina del Fiscal reconoció que solo unas pocas personas que hasta ese momento habían sido acusadas ante el TPIY revestían posiciones de liderazgo. En consecuencia, intentó cambiar y focalizarse de manera mucho más explícita en «personas con altos niveles de responsabilidad», lo que condujo a Louise Arbour, la por entonces fiscal general, a retirar cargos contra catorce acusados. ANGERMAIER. *Op. cit.*, pp. 90-95.

<sup>15</sup> *Internal Circular*, modificado el 20 de noviembre de 2000, contenía una lista de factores que, más que criterios, conformaban un conjunto de cuestiones abiertas a ser tenidas en cuenta con el fin de justificar la selección de un caso específico para investigación. Las cuestiones se dividían en siete tipos de consideraciones: (a) «antecedentes» (*background*), donde se incluyen: «área geográfica de los crímenes cometidos por magnitud, áreas urbanas principales»; «fechas de los crímenes»; «presunto/s autor/es por nombre (si es conocido), carácter étnico, rol y posición en la jerarquía pertinente»; «presunta/s víctima/s por número y carácter étnico»; «breve descripción de los crímenes y el contexto en que fueron cometidos»; (b) «consideraciones estratégicas»: «dónde encaja el crimen base en las investigaciones actuales y en la dirección estratégica total»; «qué dimensiones añadidas aportaría una investigación/persecución exitosa a dichos objetivos»; «de manera realista, qué tan

De forma paralela, una vez se tuvo conciencia de que el Tribunal solo sería capaz de ocuparse de una cantidad limitada de casos, comenzaron a remitirse a las jurisdicciones nacionales que eran capaces y estaban dispuestas a perseguir y juzgar esos crímenes bajo las reglas de un juicio justo (*fair trial*).

En su mayor parte, las remisiones fueron el resultado de la implementación del *Proyecto de las Rules of the Road* y de la estrategia de conclusión<sup>16</sup> del TPIY; las *Rules of the Road* constituyen un acuerdo alcanzado en 1996 entre el TPIY y los países de la antigua Yugoslavia, con la finalidad de evitar juicios injustos o parciales. En virtud de este mecanismo, las jurisdicciones domésticas enviaron los expedientes al Tribunal para su revisión y aprobación. Una vez que se reconoció que esos casos merecían ser perseguidos y que eran conformes con los estándares jurídicos internacionales, fueron devueltos a las autoridades locales para su tramitación. En 2004, la función de control fue transferida a la Corte del Estado de Bosnia y Herzegovina.

Dada la preocupante situación de la cartera de casos del TPIY, resulta explicable que desde 2001 en adelante la llamada «estrategia de conclusión» de la Fiscalía del TPIY limitara cada vez más todos los nuevos casos a los líderes del nivel más alto, excluyendo casos contra delincuentes de mala reputación de niveles bajos.

---

alto en las cadenas de mando política, militar, policial y civil podría realizarse la investigación y/o dónde encaja en un tipo-patrón más amplio de investigaciones o persecuciones en curso o futuras»); (c) «carácter de las violaciones y teoría de la acusación»: «teoría de la responsabilidad y marco jurídico para cada potencial sospechoso»; «probables categorías de cargos para cada potencial sospechoso», y «elementos de delitos potenciales, incluidos los relacionados con los apartados 1 y 3 del art. 7 del Estatuto»; (d) «características del/(de los) presunto(s) autor(es)»: «el/(los) rol(es) del sospechoso y la medida de su participación directa en los presuntos episodios»; «la posición del sospechoso en la jerarquía de mando (militar, policial o política)»; «la autoridad y control ejercidos por los sospechosos»; «la presunta noticia y conocimiento por parte del sospechoso de las conductas de sus subordinados»; (e) «estatus de la información y de la prueba», que se refiere a la disponibilidad actual de: «testigos/víctimas de crímenes»; «prueba e información general»; «fuentes de información; incluida la amplitud y descripción, y aquellas a ser explotadas»; «lagunas probatorias apremiantes en el caso»; «presuntos autores para la detención»; «prueba e información exculpatoria»; «todo trabajo llevado a cabo en relación con el caso (incluido un control con los casos de las *Rules of Road*)»; y «posibilidad o probabilidad de la detención»; (f) «plan de investigación»: «recursos requeridos y/o asignación de los recursos existentes»; «plan detallado del empleo de los recursos»; «cronograma para investigar y acusar»; «consideración de otras investigaciones de la Fiscalía en la misma área geográfica, particularmente las referidas a autores y víctimas de la ‘etnia opuesta’»; y (g) «otra información», esto es, «cualquier otra área de interés directo e información que ayude a justificar que el caso devenga una investigación oficial».

<sup>16</sup> Se analiza en el siguiente apartado.

A primera vista, la estrategia de conclusión es un plan diseñado por el TPIY destinado a asegurar la conclusión exitosa y oportuna de la misión del Tribunal.

La política fue explícitamente apoyada por el presidente del Consejo de Seguridad en 2002<sup>17</sup> y después enfatizada y formalmente adoptada en sus resoluciones 1503 de 2003 y 1534 de 2004<sup>18</sup>. En la resolución 1503 de 2003, reafirmó «en los términos más enérgicos» que el TPIY debería concentrarse en la persecución y enjuiciamiento de «los líderes de mayor jerarquía sospechados de ser los mayormente responsables de los crímenes» y, en consecuencia, remitir otros casos a las autoridades locales. Estos pueden incluir casos en los cuales ya se ha formulado una acusación (regla 11 bis de las Reglas de Procedimiento y Prueba, modificadas en 1994) y casos que han sido investigados pero que a finales de 1994 (fecha límite bajo la estrategia de conclusión del TPIY) no han conducido a una acusación<sup>19</sup>.

En efecto, esto representa un cambio en la definición política del alcance de la discreción persecutoria con respecto a la selección y asignación de prioridad de casos en el TPIY. A ello hay que añadir que, en la resolución 1534 de 2004, el Consejo instó a los fiscales del TPIY y del TPIR «a revisar la cantidad de casos» y a, «al revisar y confirmar toda nueva acusación, asegurar que cada una de esas acusaciones se concentre en los líderes de mayor jerarquía sospechados de ser los mayormente responsables de los crímenes de la jurisdicción del tribunal respectivo tal como ha sido establecido en la resolución 1503 (2003)»<sup>20</sup>.

Aunque la interferencia del Consejo parece estar dictada por la «necesidad» política de poner un fin al trabajo y a la vida del Tribunal, es difícil separarla del problemático estado en que se encontraba la cartera del Tribunal en 2003 y 2004 con vistas a la conclusión de su trabajo. Además, con posterioridad a la resolución 1534, en 2004 los jueces modificaron las Reglas de Procedimiento y Prueba, e incluyeron la Regla 28(A), que los autorizaba a revisar las acusaciones hechas por la Fiscalía con el fin de verificar si ellas se centraban «en uno o más de los líderes de mayor jerarquía sospechados de ser los mayormente responsables de los crímenes de

---

<sup>17</sup> Declaración del presidente del Consejo de Seguridad del 23 de julio de 2002, S/PRST/2002/21.

<sup>18</sup> No es un secreto, sin embargo, que muchos Estados querían que el TPIY desarrollara y adoptara una estrategia de conclusión.

<sup>19</sup> Cfr. BRAMMERTZ, S. «The interaction between international and national criminal jurisdictions: developments at the ICTY», en BERGSMO. *Op. cit.*, 2004.

<sup>20</sup> Apartados 4 y 5.

la jurisdicción del Tribunal»<sup>21</sup>. De este modo, los jueces se auto-asignaron el rol de determinar si los proyectos de acusaciones satisfacían el criterio adoptado por el Consejo de Seguridad de los «líderes de mayor jerarquía sospechados de ser los mayormente responsables», antes que tenga lugar el procedimiento de confirmación de la acusación.

Lo anterior evidencia el reconocimiento por parte del TPIY del fracaso de la Fiscalía en formular adecuadamente y aplicar criterios de selección del caso capaces de asegurar la persecución de los autores mayormente responsables, y el reconocimiento de la necesidad de establecer una revisión judicial de la selección del caso con el fin de garantizar el cumplimiento de tal objetivo.

En el ámbito del TIPR, debe hacerse referencia necesaria a la jurisdicción *gacaca*<sup>22</sup>. Así, en el año 2007, el Gobierno de Ruanda abolió la pena de muerte, que se había aplicado por última vez en 1998, cuando fueron ejecutados 22 condenados por tribunales nacionales por delitos relacionados con el genocidio. Este acontecimiento eliminó uno de los principales obstáculos para el traspaso a los tribunales nacionales de los casos de genocidio que tramitaba el TIPR, puesto que el plazo para la conclusión de la labor del Tribunal Internacional se encontraba próximo.

La remisión de asuntos a los tribunales nacionales ordinarios motivó la sobrecarga de casos en el sistema de justicia y penitenciario ruandés<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> La regla 28(A), modificada el 6 de abril de 2004, establece: «Al recibir una acusación del fiscal para revisar, el secretario consultará con el presidente. El presidente remitirá el asunto al Comité, que determinará si la acusación, *prima facie*, se centra en uno o más de los líderes de mayor jerarquía sospechados de ser los mayormente responsables de los crímenes de la jurisdicción del tribunal. Si el Comité determina que la acusación satisface este estándar, el presidente designará a uno de los jueces permanentes de la Sala de Juicio para la revisión de acuerdo con la regla 47. Si el Comité determina que la acusación no satisface este estándar, el presidente devolverá la acusación al secretario para que comunique esta decisión al fiscal». Comité está integrado por el presidente y el vicepresidente del TPIY y los jueces que presiden las salas de juicio de ese Tribunal (cfr. regla 2 A de las Reglas de Procedimiento y Prueba).

<sup>22</sup> Los tribunales Gacaca son un mecanismo tradicional de las comunidades ruandesas para la resolución de conflictos que responden a problemas de propiedad, matrimonio, ocupación ilegal de un predio, división de bienes durante un divorcio, promesas y deudas incumplidas, entre otros. Se trata de tribunales comunitarios, correspondiendo su denominación *gacaca* al significado «hierba» en el idioma nacional kinyarwanda, en referencia al lugar donde tradicionalmente se reunían las comunidades para resolver sus conflictos. El sistema tradicional de las tribus locales para resolver sus conflictos se basaba en el acuerdo de las partes para elegir a un tercero, un árbitro neutral que se sentaba sobre la hierba para escucharlos, adoptando una solución consensuada que satisficiera a ambas partes y devolviera la paz a la comunidad.

<sup>23</sup> CAPELLÀ I ROIG, M. «Jurisdicciones gacaca: una solución al genocidio ruandés». *REDI*, Vol. LVI, núm. 2, julio-diciembre. Madrid: 2005, pp. 765-776.

Con la finalidad de remediar la situación, los tribunales *gacaca* fueron establecidos en 2001 como Servicio Nacional de Jurisdicciones Gacaca (SNJG) por medio de la Ley Orgánica 40/2000 del 26 de enero de 2001, que supuso una sustancial modificación de los Gacaca tradicionales, al ser dotados de elementos de la justicia ordinaria, en el sentido de atribuirles facultades de investigación de los hechos, ordenar detenciones, pronunciar sentencias, evaluar los daños y perjuicios o confiscar bienes<sup>24</sup>.

Finalizaron sus tareas el 4 de mayo de 2012, juzgando a más de dos millones de personas, acusadas de violaciones de derechos humanos cometidas durante el genocidio de 1994, si bien los acusados de diseñar y liderar el genocidio, aquellos cuyos crímenes alcanzaron especial notoriedad o brutalidad y los que cometieron crímenes de tortura sexual quedaron excluidos de la posibilidad de ser sometidos a este sistema de justicia local tradicional. Igualmente, quedó excluida de su jurisdicción la responsabilidad por los crímenes cometidos por el Frente Patriótico Ruandés (FPR)<sup>25</sup>.

Las principales críticas a su establecimiento y funcionamiento se han asentado en su difícil acomodo a los estándares internacionales del respeto al proceso debido. Así, además de la necesaria imparcialidad de los jueces y la ausencia de formación legal general y en derechos humanos, el informe del Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009)<sup>26</sup> y el informe de *Human Rights Watch* «Ruanda: el legado mixto de los tribunales comunitarios para el genocidio»<sup>27</sup> destacaron una amplia gama de violaciones al derecho a un juicio justo, como por ejemplo, restricciones a la capacidad del acusado para organizar una defensa eficaz;

---

<sup>24</sup> En el sistema *gacaca*, las comunidades a nivel nacional eligen jueces que se encargan de los procesos contra sospechosos de cometer genocidio, excepto de la planificación del genocidio. Estos tribunales imponen penas menos severas si la persona se ha arrepentido y trata de reconciliarse con la comunidad. A menudo, los prisioneros que confesaron regresaron a sus hogares sin otra penalidad, o recibieron órdenes de prestar servicios a la comunidad. Desde 2005, más de 12.000 tribunales comunitarios enjuiciaron 1,2 millones de casos en todo el país. Sirven también para promover la reconciliación proporcionando a las víctimas un mecanismo para conocer la verdad acerca de la muerte de sus familiares y parientes. También ofrecen a los perpetradores la oportunidad de confesar sus crímenes, demostrar su arrepentimiento y pedir perdón frente a sus conciudadanos. VÁZQUEZ. *Op. cit.*, p. 201.

<sup>25</sup> MENDOZA, D. «Justicia sobre la hierba. Tribunales Gacaca, lecciones de reconciliación para Colombia». *Estudios Políticos* (Universidad de Antioquia), 51. 2017, pp. 218-239.

<sup>26</sup> «Consideration of Reports Submitted by State Parties under Article 40 of the Covenant Concluding Observations of the Human Rights Committee. Rwanda». Disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/co/CCPR-C-RWA-CO3.doc>

<sup>27</sup> Disponible en <https://www.hrw.org/es/news/2011/05/31/ruanda-el-legado-mixto-de-los-tribunales-comunitarios-para-elgenocidio>



acusaciones falsas, algunas de ellas basadas en el deseo del Gobierno de Ruanda de silenciar a los críticos; el mal uso del sistema *gacaca* para ajustar cuentas personales; la intimidación de testigos de la defensa por parte de jueces o funcionarios gubernamentales, y la corrupción de los magistrados y las partes vinculadas al caso.

Por tanto, la experiencia de los tribunales penales *ad hoc* hizo que se reconociera la importancia decisiva de una adecuada selección y asignación de prioridad de casos, desarrollando una decisiva influencia en la ulterior elaboración de los estatutos de los tribunales penales mixtos y, especialmente, de la CPI.

Esta última difiere de todas las experiencias previas de tribunales internacionales penales, caracterizados por tener una jurisdicción temporaria y *ad hoc* restringida a la investigación de crímenes cometidos en una situación específica en un periodo limitado de tiempo.

Ahora bien, la competencia mucho más amplia de la CPI no significa que pueda o deba investigar todas esas situaciones o perseguir todos los crímenes cometidos en ellas. Todo lo contrario, desde la elaboración del Estatuto la necesidad de elegir situaciones para investigar y casos para perseguir ha sido reconocida como una cuestión clave en el ejercicio de la competencia de la Corte.

Por consiguiente, un conjunto de criterios básicos de selección fue incorporado en el mismo Estatuto de Roma, y su aplicación por la Oficina del Fiscal fue sometida a control judicial por la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte. Así, a diferencia de las experiencias previas de tribunales internacionales penales y, especialmente del TPIY, la necesidad de formular criterios fue reconocida desde la creación de la CPI y, en consecuencia, se dio una base estatutaria a criterios fundamentales y su aplicación fue sometida a control judicial.

La regla principal del Estatuto de Roma concerniente a los criterios de selección es el artículo 53<sup>28</sup>, que establece una distinción clara entre la

---

<sup>28</sup> «1. El fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el fiscal tendrá en cuenta si: (a) la información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte; (b) la causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17; y (c) existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

El fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares.

decisión de elegir una situación para iniciar una investigación y la decisión de elegir un caso para abrir una persecución, proporcionando criterios de selección similares para cada decisión<sup>29</sup>, pero que en cada etapa del proceso tienen un alcance diferente y que, en todo caso, son secuenciales, en el sentido de que si las condiciones de uno precedente no están satisfechas, entonces no hay necesidad de considerar el siguiente y la situación o caso en cuestión es descartada para los fines de la investigación o persecución.

## II. LAS ESTRATEGIAS DE CONCLUSIÓN

En el debate en torno a la culminación de todos los procesos en un plazo razonable pueden encontrarse argumentos a favor y en contra de la terminación de las funciones de ambos tribunales.

De manera esquemática, entre las razones a favor pueden enumerarse la propia configuración de dichos tribunales como jurisdicciones especia-

---

2. Si, tras la investigación, el fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que: (a) no existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58; (b) la causa es inadmisibles de conformidad con el artículo 17; o (c) el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen.

Notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.

3. (a) a petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del fiscal de no proceder a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al fiscal que reconsiderare esa decisión; (b) además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares; (c) el fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones».

<sup>29</sup> Como señaló la Oficina del Fiscal al interpretar el art. 53, «el fiscal debe considerar los criterios de selección en diferentes fases, incluida la selección de las situaciones para investigar y la selección de casos para perseguir; el Estatuto “no define una ‘situación’ o un ‘caso’”, pero ellos pueden ser definidos en los siguientes términos: [...] una situación puede ser descrita como un contexto general, definido con parámetros objetivos como un alcance territorial y temporal, en el cual se presume que han sido cometidos crímenes, sometidos a consideración del fiscal a través de una remisión de un Estado parte o del Consejo de Seguridad o a través de información derivada de otras fuentes. [...] Un ‘caso’ es un concepto más restringido, y comprende presuntos crímenes particulares y sospechosos particulares presuntamente involucrados en esos crímenes»

les y temporales, lo que implica que no pueden mantenerse por tiempo indefinido<sup>30</sup>, junto con el elevado coste que supone su mantenimiento.

A todo lo anterior ha venido a sumarse un fenómeno no menos importante, como es la asunción por los Estados afectados de las medidas necesarias para ejercer la jurisdicción sobre todos o algunos de los crímenes de competencia de los Tribunales *ad hoc*, bien sea mediante la actuación de los mecanismos jurisdiccionales ordinarios, bien mediante el establecimiento de jurisdicciones nacionales particulares. En particular, se ha puesto el acento en un elemento cuya importancia no puede ser minusvalorada, a saber: la reivindicación estatal respecto del ejercicio, con carácter preferente, de una jurisdicción para juzgar crímenes cometidos en su territorio y, muchas veces, por sus propios nacionales. Argumento al que, en ocasiones, ha venido a sumarse el relativo al incremento del efecto disuasorio que produce el enjuiciamiento de dichos crímenes en el seno de las sociedades en que se cometieron los crímenes, que es superior al que produce un enjuiciamiento en instancias internacionales abstractas y no suficientemente relacionadas, en ocasiones, con dichas sociedades.

A todo ello ha de adicionarse el hecho del nacimiento de una jurisdicción internacional penal permanente —la Corte Internacional Penal— que, si bien carece de competencia para enjuiciar los crímenes de competencia de los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, ha introducido en el debate la problemática derivada de que la justicia internacional penal sea ejercida, preferentemente, a través de instituciones permanentes.

Por su parte, las razones apuntadas para el mantenimiento de los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda no han sido menos evidentes. En primer lugar, se trata de dos instituciones creadas por el Consejo de Seguridad para el logro de un objetivo concreto y deben seguir existiendo hasta que cumplan definitivamente su función, so pena de dañar la imagen y credibilidad de la justicia internacional penal. En segundo lugar, ambos tribunales están en mejor situación que las jurisdicciones nacionales interesadas para cumplir su función; en especial teniendo en cuenta las circunstancias que siguen imperando en los sistemas nacionales en el que estas deberían actuar, como pone especialmente de manifiesto el hecho de que los tribunales *ad hoc* han tenido serias dificultades para obtener la colaboración de los Estados afectados por la situación que cada uno de ellos investiga. A lo que ha

---

<sup>30</sup> El tiempo empleado en la tramitación de algunos procesos ha sido objeto de especial crítica, aunque en la mayoría de ellos la dilación se debe a la falta de cooperación de los Estados, sobre todo, en cuanto a la entrega de los acusados.

de añadirse, en tercer lugar, la necesidad de tomar en consideración las consecuencias que tendría la terminación de ambos Tribunales en términos procesales, incluidas las garantías de la defensa, sobre asuntos en curso de investigación, sobre eventuales recursos pendientes sobre alguna de las sentencias dictadas por el tribunal o, incluso, sobre el proceso mismo de cumplimiento de las sentencias condenatorias.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, las estrategias de conclusión de los Tribunales se establecieron originalmente en la resolución del Consejo de Seguridad 1503 (2003), de 28 de agosto<sup>31</sup>, en la que el Consejo instó a los Tribunales a que tomaran todas las medidas posibles para concluir las investigaciones para finales de 2004, todos los procesos en primera instancia para fines de 2008 y toda su labor en 2010 y pidió a los presidentes del Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Internacional Penal para Ruanda y a sus respectivos fiscales que, en sus informes anuales al Consejo, le explicaran sus planes para poner en práctica las estrategias de conclusión<sup>32</sup>.

A partir de dicha fecha, las resoluciones del Consejo de Seguridad por las que se exhortaba a los tribunales a que cumplieran los términos de las estrategias de conclusión de sus trabajos fueron una constante<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1503%20\(2003\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1503%20(2003))

<sup>32</sup> A diferencia del TPIR, el TPIY ya había aprobado su estrategia de conclusión cuando se aprobó la Resolución 1503 (2003), que se articulaba en torno a dos pilares: concentrar su labor en el procesamiento de los más altos dirigentes de quienes se sospechara que tenían la mayor responsabilidad por los crímenes de la competencia del Tribunal Internacional y remitir a las jurisdicciones nacionales competentes las causas en que hubiera inculcados de menor importancia. Estos pueden incluir casos en los cuales ya se ha formulado una acusación (regla 11 bis de las Reglas de Procedimiento y Prueba,) y casos que han sido investigados pero que a finales de 1994 (fecha límite bajo la estrategia de conclusión del TPIY) no han conducido a una acusación. Véase: BERGSMO, M., HELVIG, K., UTMELIDZE, I. y ŽAGOVEC, G. «The Backlog of Core International Crimes Cases in Bosnia and Herzegovina», BERGSMO. *Op. cit.*

<sup>33</sup> Especialmente ilustrativa es la Resolución 1534 (2004), de 26 de marzo de 2004, que «subraya la importancia de que se apliquen plenamente las estrategias de conclusión establecidas en el párrafo 7 de la resolución 1503 (2003), en que se insta al Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia y al Tribunal Internacional Penal para Ruanda a que tomen todas las medidas posibles para concluir las investigaciones para fines de 2004, todos los procesos en primera instancia para fines de 2008 y toda su labor en 2010, y exhorta a cada uno de esos Tribunales a que planifiquen esas medidas y actúen en consecuencia», «insta a los fiscales del Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a que examinen el volumen de causas ante cada Tribunal, en particular para determinar qué causas deberían tramitarse y cuáles transferirse a jurisdicciones nacionales competentes, así como las medidas que tendrán que adoptarse para cumplir las estrategias de conclusión a que se hace referencia en la resolución 1503 (2003), y los exhorta a que realicen el examen lo antes posible e incluyan un informe sobre la marcha de los trabajos en la evaluación que transmitan al Consejo con arreglo a lo dispuesto

No obstante, en los informes anuales remitidos por ambos Tribunales en el 2009, se puso de manifiesto la imposibilidad de cumplir sus labores en el año 2010<sup>34</sup>, haciendo necesario que el Consejo de Seguridad prorrogara el mandato de todos los magistrados de primera instancia, sobre la base del calendario de juicios previsto de los Tribunales a más tardar el 30 de junio de 2010, y el mandato de todos los magistrados de apelaciones hasta el 31 de diciembre de 2012, o hasta que concluyan las causas a las que hayan sido asignados, si esto sucediera con anterioridad<sup>35</sup>.

Como evidencia de la importancia del asunto dentro de la carga de trabajo del Consejo de Seguridad, debe referirse que entre 2010 y 2011, celebró 16 sesiones y aprobó 12 resoluciones relativas a la labor de los Tribunales<sup>36</sup>. Con carácter destacado, en 2010, el Consejo estableció el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales para que desempeñara ciertas funciones de ambos Tribunales tras la conclusión de sus respectivos mandatos, fijando como fecha tope el 31 de diciembre de 2014, cuestión que se analiza en el siguiente apartado. No obstante, la fecha preestablecida no fue cumplida por ninguno de los tribunales.

El *iter* seguido en el proceso de conclusión de los Tribunales evidencia la importancia que los criterios de selección y priorización de casos tienen en la configuración de la jurisdicción de un tribunal internacional.

---

en el párrafo 6 de la presente resolución» e «insta a cada uno de los Tribunales a que, al examinar y confirmar las acusaciones nuevas, se aseguren de que concentran la labor en el procesamiento de los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad respecto de los delitos que sean de competencia del Tribunal de que se trate, según se establece en la resolución 1503 (2003)».

<sup>34</sup> Informes (S/2009/589) y (S/2009/587) Resolución 1900 (2009).

<sup>35</sup> Resoluciones 1900 y 1901 (2009), de 16 de diciembre.

<sup>36</sup> Todas ellas se aprobaron con arreglo al capítulo VII de la Carta, a excepción de las resoluciones 2006 (2011) y 2007 (2011). El Consejo escuchó presentaciones informativas semestrales a cargo de los funcionarios superiores de los Tribunales y examinó las estrategias de conclusión de los Tribunales, autorizó a los magistrados de ambos Tribunales a seguir desempeñando su labor más allá de la expiración de sus mandatos. En la resoluciones 1931 (2010), 1932 (2010), 1954 (2010), 1955 (2010), 1993 (2011) y 2029 (2011) decidió que los magistrados *ad litem* podrían ser elegidos para ocupar el cargo de presidente del Tribunal Internacional Penal para Ruanda. En virtud de la resolución 1995 (2011), decidió que el número total de magistrados *ad litem* que prestaban servicios en ambos Tribunales podría exceder temporalmente los límites fijados en el Estatuto, mientras que por resoluciones 1915 (2010) y 1955 (2010), autorizó a un magistrado del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a trabajar en régimen de dedicación parcial. Por Resolución 2013 (2011) nombró nuevamente a los fiscales de ambos Tribunales.

### III. EL MECANISMO RESIDUAL INTERNACIONAL PARA LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES PARA LA EX-YUGOSLAVIA Y RUANDA

#### A. NATURALEZA

Como se exponía más arriba, la naturaleza de la jurisdicción asignada a los Tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda dio lugar a que, prácticamente desde su constitución, se planteara la cuestión atinente a la finalización de aquella, abriéndose el correspondiente debate en torno a la terminación de los tribunales *ad hoc*, conocido como «estrategia de conclusión», que va a culminar con la aprobación por el Consejo de Seguridad de la Resolución 1966 (2010), de 22 de diciembre de 2010, por la que crea el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales<sup>37</sup>. Además de incorporar su Estatuto<sup>38</sup>, contiene los arreglos de transición<sup>39</sup>, que, en términos prácticos, se configuran como un sistema de reparto de competencias entre el Mecanismo Residual y los tribunales *ad hoc* durante el periodo en que ambas instituciones coexistan.

El mecanismo residual, pese a lo peculiar de su denominación, se configura como una nueva jurisdicción internacional que sustituye y sucede a los tribunales *ad hoc*, sobre la base de la aplicación de un principio de continuidad anclado en la necesidad de asegurar el efectivo enjuiciamiento de los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia y en Ruanda<sup>40</sup>.

Se trata de una nueva jurisdicción internacional por cuanto que, al igual que sus predecesores, es creado por el Consejo de Seguridad en aplicación de las disposiciones del capítulo VII de la Carta de San Francisco, con la finalidad primordial de enjuiciar a determinadas categorías de personas acusadas de la comisión de determinados delitos, asumiendo, por ende, parte de las funciones jurisdiccionales desarrolladas por dichos Tribunales, junto a otras de diversa índole<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1966%20\(2010\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1966%20(2010))

<sup>38</sup> Anexo I.

<sup>39</sup> Anexo II.

<sup>40</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. «El fin de la estrategia de conclusión de los tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda: el “Mecanismo Residual Internacional”», en CARDONA LLORENS, J. y otros, *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Tomo I. Tirant lo Blanch, 2012, pp. 541-561.

<sup>41</sup> Esta circunstancia justifica que se le considere como un auténtico tribunal internacional penal al que se encomienda el ejercicio de funciones residuales y otras de carácter no residual o, si se prefiere, de naturaleza principal (Cfr. McDERMOTT, Y. *Fairness before the*

Al configurarse como la fase final de la estrategia de conclusión de los Tribunales *ad hoc*, el Mecanismo no está llamado a desarrollar funciones de alcance general sino meramente residuales, lo que tiene las correspondientes repercusiones en el entramado orgánico que se diseña.

A pesar de que tiene por finalidad sustituir a ambos Tribunales, ha coexistido con ellos durante un determinado período de tiempo, lo que pone de relieve la virtualidad desplegada por los arreglos de transición previstos en la resolución 1966 (2010).

La continuidad respecto de los Tribunales *ad hoc* explica, incluso, la estructura y composición del Mecanismo Residual que, a pesar de ser una institución única, está integrado por dos subdivisiones vinculadas respectivamente con el Tribunal para la antigua Yugoslavia y con el Tribunal para Ruanda, cuyas sedes se encuentran en La Haya y Arusha, respectivamente.

Para cada una de las dos subdivisiones se señalan una «fecha de comienzo» de sus trabajos diferenciada<sup>42</sup>, en función del avance de los trabajos de cada uno de los Tribunales *ad hoc*. La citada «fecha de comienzo» presenta una notable importancia, puesto que marca el punto de referencia para establecer la distribución de competencias entre el Mecanismo Residual y cada uno de los dos Tribunales *ad hoc* mientras que los mismos subsistan<sup>43</sup>. Junto a ello, es preciso destacar que, a diferencia de los Tribunales *ad hoc*, el Consejo de Seguridad ha fijado un plazo para el mandato del nuevo Mecanismo Residual, acorde con su propia naturaleza. Así, el Mecanismo funcionará por un plazo inicial de cuatro años contados a partir del 1 de julio de 2012, pudiendo seguir operando por periodos subsiguientes de dos años tras los correspondientes procesos de evaluación, a menos que el Consejo de Seguridad decida otra cosa<sup>44</sup>.

---

*Mechanism for the International Criminal Tribunals*. QIL, 2017, pp. 39-55); al igual que sus predecesores, es un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad.

<sup>42</sup> Para la subdivisión TPIR la fecha de comienzo es el 1 de julio de 2012 y para la subdivisión TPIY el 1 de julio de 2013.

<sup>43</sup> «En la fecha de comienzo de cada subdivisión a que se hace referencia en el párrafo 1, el Mecanismo continuará la jurisdicción, los derechos y las obligaciones y las funciones esenciales del TPIY y el TPIR, respectivamente, con sujeción a lo dispuesto en la presente resolución y el Estatuto del Mecanismo, y que todos los contratos y acuerdos internacionales suscritos por las Naciones Unidas en relación con el TPIY y el TPIR, vigentes a la fecha de comienzo pertinente, seguirán en vigor, *mutatis mutandis*, en relación con el Mecanismo». Apartado cuarto de la parte dispositiva.

<sup>44</sup> El apartado 17 de la parte dispositiva prevé incluso una duración inferior al señalar que «decide que el Mecanismo funcionará por un periodo inicial de cuatro años a partir de la primera de las fechas de comienzo mencionadas en el párrafo 1, y examinar los progresos realizados por el Mecanismo, incluso respecto de la terminación de sus funciones, antes de que concluya ese periodo inicial y, a partir de entonces, cada dos años, y decide además que el Mecanismo seguirá operando por periodos subsiguientes de dos años después de

En cuanto a su financiación, al constituirse como un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, corre a cargo del presupuesto de las Naciones Unidas, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Carta de San Francisco<sup>45</sup>.

## B. ESTRUCTURA

La naturaleza del Mecanismo se proyecta necesariamente sobre su estructura, que debe ser «pequeña, transitoria y eficiente, cuyas funciones y tamaño irán disminuyendo con el tiempo, con un pequeño número de funcionarios acorde a la reducción de sus funciones»<sup>46</sup>, siendo los idiomas de trabajo el francés y el inglés<sup>47</sup>.

El Mecanismo se articula en dos subdivisiones, la subdivisión del TPIY y la subdivisión del TPIR<sup>48</sup> y se estructura en tres órganos diferenciados: las salas, el fiscal y la Secretaría.

### a. Las salas

Existe una Sala de Primera Instancia en cada subdivisión del Mecanismo y una Sala de Apelaciones común a ambas subdivisiones del Mecanismo<sup>49</sup>, estando integradas por veinticinco magistrados independientes, de los cuales no más de dos podrán ser nacionales del mismo Estado<sup>50</sup>, elegidos por la Asamblea General de entre una lista aprobada por el Consejo de Segu-

---

cada examen, a menos que el Consejo de Seguridad decida otra cosa». Además de ello, ha de tomarse en consideración que el presidente ha de presentar al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General un informe anual del Mecanismo, e informes semestrales al Consejo de Seguridad sobre la marcha de los trabajos del Mecanismo, lo que se hace extensible al fiscal (artículo 32 Estatuto).

<sup>45</sup> Artículo 30 del Estatuto. Por su parte, el artículo 17 de la Carta de San Francisco asigna a la Asamblea General las funciones de examen y aprobación del presupuesto, determinando, además, la proporción en que ha de contribuir cada uno de sus miembros.

<sup>46</sup> Apartado séptimo del preámbulo.

<sup>47</sup> Artículos 30 y 31.

<sup>48</sup> La primera tiene su sede en La Haya y la segunda, en Arusha (artículo 3 del Estatuto).

<sup>49</sup> Artículo 4 a).

<sup>50</sup> Una persona que, a los fines de la integración de la lista, pueda ser considerada nacional de más de un Estado, será considerada nacional del Estado en que normalmente ejerza sus derechos civiles y políticos.



ridad a propuesta de los Estados<sup>51</sup> entre personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países. Se prestará particular atención a su experiencia como magistrados del TPIY o el TPIR. En la composición de las Salas de Primera Instancia y de Apelaciones, se tendrá debidamente en cuenta la experiencia de los magistrados en derecho penal y derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y los derechos humanos<sup>52</sup>. La duración de su mandato es de cuatro años, otorgando el Estatuto un amplio poder al secretario general de las Naciones Unidas para proceder a la renovación o sustitución de los magistrados cuando sea necesario.

Únicamente el presidente desempeña sus funciones con exclusividad<sup>53</sup> siendo de aplicación a todos ellos la Convención sobre Prerrogativas a

---

<sup>51</sup> Según establece el artículo 10, el secretario general invitará a los Estados miembro de las Naciones Unidas y a los Estados que no son miembros que mantienen misiones permanentes de observación ante la Sede las Naciones Unidas a que propongan candidatos, preferiblemente personas con experiencia como magistrados del TPIY o del TPIR; b) dentro de los sesenta días de la fecha de la invitación del secretario general, cada Estado podrá proponer hasta dos candidatos que reúnan las condiciones establecidas en el artículo 9, párrafo 1, del Estatuto; c) el secretario general comunicará al Consejo de Seguridad las propuestas recibidas. De los candidatos propuestos, el Consejo de Seguridad establecerá una lista de por lo menos 30 candidatos, teniendo debidamente en cuenta las condiciones establecidas en el artículo 9, párrafo 1, y que estén representados adecuadamente los principales sistemas jurídicos del mundo; d) el presidente del Consejo de Seguridad comunicará la lista de candidatos al presidente de la Asamblea General. De esa lista, la Asamblea General elegirá 25 magistrados del Mecanismo. Los magistrados que reciban una mayoría absoluta de los votos de los Estados miembros de las Naciones Unidas y de los Estados que no son miembros que mantienen misiones permanentes de observación ante la Sede las Naciones Unidas serán declarados electos. Si más de dos candidatos de la misma nacionalidad obtuvieran el voto mayoritario necesario, los dos que hayan recibido el mayor número de votos serán considerados electos. 2. Si hubiera una vacante en la lista, después de celebrar consultas con los presidentes del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General, el secretario general nombrará a una persona que reúna las condiciones establecidas en el artículo 9, párrafo 1, del Estatuto por el resto del mandato que corresponda. 3. Los magistrados del Mecanismo serán elegidos por un mandato de cuatro años y podrán ser vueltos a nombrar por el secretario general después de celebrar consultas con los presidentes del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General. 4. Si no quedaran magistrados en la lista o si ninguno de los magistrados incluidos en la lista estuviera disponible y no fuera posible asignar a un magistrado que estuviera prestando servicios en el Mecanismo y se hubieran agotado todas las alternativas prácticas, el secretario general podrá, a solicitud del presidente del Mecanismo y después de celebrar consultas con los presidentes del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General, nombrar a una persona que reúna las condiciones establecidas en el artículo 9, párrafo 1, del Estatuto, para que preste servicios como magistrado del Mecanismo.

<sup>52</sup> Artículo 9 del Estatuto.

<sup>53</sup> Según establece el artículo 11, el presidente es nombrado directamente por el secretario general de las Naciones Unidas tras consultas con el Consejo de Seguridad y la Asamblea General y puede integrar cualquiera de las sedes de las subdivisiones del Mecanismo

Inmunitades de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946, por lo que gozan de las prerrogativas, inmunidades, exenciones y facilidades concedidas a los enviados diplomáticos de conformidad con el derecho internacional (artículos 29.1 y 29.2)<sup>54</sup>. El resto de los magistrados tan solo desempeñarán funciones cuando sean llamados a tal fin por aquel<sup>55</sup>, por lo que cabe concluir que, en realidad, se trata de una lista de magistrados a disposición del presidente, que decidirá quiénes ejercen las funciones jurisdiccionales y cuando lo hacen, primando la figura del órgano judicial unipersonal, bajo las fórmulas de «magistrado único» y de «magistrado de turno»<sup>56</sup>.

---

cuando sea necesario para el ejercicio de sus funciones; cargo que ostenta en la actualidad Theodor Meron, actual presidente del TPIY. Será miembro de la Sala de Apelaciones y presidirá sus actuaciones (artículo 12.3).

<sup>54</sup> A propósito de este régimen, ha de traerse a colación el arresto por las autoridades turcas en septiembre de 2016 del juez del Mecanismo Avdin Sefa Akay y su posterior condena de prisión por tiempo de siete años y medio en junio de 2017 por pertenencia a organización criminal. A pesar de que el asunto ha sido llevado al Consejo de Seguridad, por posible vulneración del artículo 28 del Estatuto, ninguna resolución ha sido dictada hasta el día de la fecha. Cfr. Comunicado de prensa del MICT, el presidente Meron se dirige al Consejo de Seguridad de la ONU e insta a la liberación del juez Aydin Sefa Akay de la detención (8 de diciembre de 2016), <http://www.unmict.org/en/news/president-meron-addresses-un-seguridad-consejo-y-insta-release-juzgar-Aydin-sefa-akay-dete...> y Turkey sentences U.N. war crimes judge on «terrorism» charges: Hague' Reuters (15 June 2017) [www.reuters.com/article/us-turkey-coup-un-judge-idUSKBN1960XO?il=0](http://www.reuters.com/article/us-turkey-coup-un-judge-idUSKBN1960XO?il=0)

<sup>55</sup> Gozando a partir de ese momento de idéntico régimen que el presidente en cuanto a prerrogativas, inmunidades, exenciones y facilidades.

<sup>56</sup> Según dispone el artículo 12, cuando se celebre un proceso contra los dirigentes de más alto nivel que presuntamente sean los máximos responsables de los crímenes de su competencia o no sean dirigentes de dicha categoría (artículo 1, párrafos 2 y 3), o se considere la remisión de esa causa a una jurisdicción nacional, el presidente nombrará tres magistrados de la lista a fin de integrar una Sala de Primera Instancia y entre ellos a un magistrado presidente para supervisar la labor de esa Sala de Primera Instancia. En todas las demás circunstancias, el presidente nombrará de la lista a un magistrado único a fin de entender en el asunto. Por otro lado, puede designar de la lista a un magistrado de turno para cada subdivisión del Mecanismo, al que se podrá recurrir con un breve preaviso para que se desempeñe como magistrado único y a quien se comunicarán, para que adopte una decisión, las acusaciones, los mandamientos y otros asuntos que no se asignen a una Sala de Primera Instancia; para entender en las apelaciones contra la decisión de un magistrado único, la Sala de Apelaciones estará integrada por tres magistrados; para las apelaciones contra la decisión de una Sala de Primera Instancia, la Sala de Apelaciones estará integrada por cinco magistrados; para entender en una petición de revisión contra un fallo pronunciado por un magistrado único o por una Sala de Primera Instancia, el presidente nombrará tres magistrados para integrar la Sala de Primera Instancia encargada de la revisión. En caso de petición de revisión de un fallo pronunciado por la Sala de Apelaciones, la Sala de Apelaciones encargada de la revisión estará integrada por cinco magistrados. Igualmente, se prevé la posibilidad de que designe, entre los magistrados del Mecanismo, un magistrado de reserva para que esté presente en todas las etapas del proceso y sustituya a un magistrado que no pueda seguir ejerciendo sus funciones.

## **b. El fiscal**

Es común a ambas subdivisiones del Mecanismo<sup>57</sup>; su nombramiento, conforme establece el artículo 14 del Estatuto, compete al Consejo de Seguridad a propuesta del secretario general, entre personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad, con el más alto nivel de competencia y experiencia en la conducción de investigaciones y el enjuiciamiento de causas penales. Ejerce sus funciones por un período de cuatro años, pudiendo ser reelegido en los mismos términos que un secretario general adjunto de las Naciones Unidas<sup>58</sup>.

Por su parte, la Oficina del Fiscal estará integrada por el fiscal, un oficial encargado en la sede de cada una de las subdivisiones del Mecanismo, designado por el fiscal, y todos los demás funcionarios calificados<sup>59</sup> que se necesiten, que serán nombrados por el secretario general por recomendación del fiscal.<sup>60</sup> El fiscal<sup>61</sup> se encargará de la investigación y el enjuiciamiento de las personas mencionadas en el artículo 1 del Estatuto, pudiendo comparecer en cualquiera de las subdivisiones del Mecanismo, según sea necesario, estando facultado para interrogar sospechosos, víctimas y testigos, reunir pruebas y realizar investigaciones *in situ*. En la realización de esas tareas, el fiscal podrá, si procede, procurar la asistencia de las autoridades del Estado del caso<sup>62</sup>. Actúa de manera independiente, como órgano

<sup>57</sup> Artículo 4 b).

<sup>58</sup> Además de serle de aplicación La Convención sobre Prerrogativas a Inmidades de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946, goza de las prerrogativas, inmunidades, exenciones y facilidades concedidas a los enviados diplomáticos de conformidad con el derecho internacional (artículos 29.1 y 29.2).

<sup>59</sup> Los funcionarios de la Oficina del Fiscal gozarán de las prerrogativas e inmunidades concedidas a los funcionarios de las Naciones Unidas con arreglo a los artículos V y VII de la Convención sobre Prerrogativas a Inmidades de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946 (artículo 29.3).

<sup>60</sup> Esta reducción de personal se explica por la propia competencia atribuida al fiscal en el Mecanismo, que únicamente puede continuar las investigaciones ya iniciadas y no puede proceder a nuevas acusaciones (artículo 1.5). No obstante, a fin de evitar que se produzca un proceso de «vaciamiento» de la fiscalía que ya está teniendo lugar en el seno de los Tribunales *ad hoc*, el Estatuto prevé que se mantenga una suerte de lista de reserva de funcionarios cualificados, preferentemente de personas con experiencia en el TPIY o el TPIR, a fin de poder contratar rápidamente más funcionarios si fuera necesario para desempeñar sus funciones.

<sup>61</sup> Por Resolución 2269 (2016), de 29 de febrero de 2016, el Consejo de Seguridad ha nombrado a Serge Brammertz fiscal del Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales, con efecto a partir del 1 de marzo de 2016 hasta el 30 de junio de 2018, y ha decidido también que, a partir de ese momento, el fiscal del Mecanismo puede ser nombrado o vuelto a nombrar por un periodo de dos años, no obstante lo dispuesto en el artículo 14, párrafo 4, del Estatuto del Mecanismo.

<sup>62</sup> Artículo 16. 2.

separado del Mecanismo, teniendo vedado solicitar o recibir instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna otra fuente.

### c. La Secretaría

Al igual que el fiscal, es común a ambas subdivisiones del Mecanismo, correspondiéndole prestar servicios administrativos al Mecanismo, incluidas las Salas y el fiscal<sup>63</sup>. Al frente de la misma se encuentra el secretario, cuyo nombramiento, según establece el artículo 15 del Estatuto, corresponde al secretario general, ejerciendo sus funciones por un periodo de cuatro años pudiendo ser reelegido en los mismos términos que un secretario general adjunto de las Naciones Unidas. Puede comparecer en cualquiera de las subdivisiones del Mecanismo, según sea necesario, a fin de ejercer sus funciones<sup>64</sup>. Estará integrada por el secretario<sup>65</sup>, un oficial encargado en la sede de cada una de las subdivisiones del Mecanismo, designado por el secretario, y todos los demás funcionarios calificados<sup>66</sup> que se necesiten que serán nombrados por el secretario general por recomendación del secretario<sup>67</sup>.

En todo caso, ha de destacarse que el artículo 7 de los Acuerdos de transición prevé que las personas que desempeñan las funciones de juez, fiscal o secretario de uno de los dos Tribunales *ad hoc* puede compatibilizarlo con el ejercicio de idénticas funciones en el Mecanismo Residual. Y lo mismo se prevé para los funcionarios de ambos tribunales, que podrán ser igualmente funcionarios del Mecanismo Residual. Lo que, sin duda, debe entenderse en el marco de la relación entre los Tribunales *ad hoc* y el Mecanismo Residual y la sucesión de aquellos por este, al tiempo que

---

<sup>63</sup> Artículo 4 c).

<sup>64</sup> Además de serle de aplicación la Convención sobre Prerrogativas a Inmidades de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946, goza de las prerrogativas, inmidades, exenciones y facilidades concedidas a los enviados diplomáticos de conformidad con el derecho internacional (artículos 29.1 y 29.2).

<sup>65</sup> Cargo que ocupa en la actualidad John Hocking.

<sup>66</sup> Gozarán de las prerrogativas e inmidades concedidas a los funcionarios de las Naciones Unidas con arreglo a los artículos V y VII de la Convención sobre Prerrogativas a Inmidades de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946 (artículo 29.3).

<sup>67</sup> Al igual que ocurre con la Oficina del Fiscal, se prevé que la Secretaría mantenga un pequeño número de funcionarios, acorde a la reducción de funciones del Mecanismo, que prestarán servicios en las sedes de las subdivisiones respectivas del Mecanismo y que mantenga una lista de posibles funcionarios cualificados, preferentemente de personas con experiencia en el TPIY o el TPIR, a fin de poder contratar rápidamente más funcionarios si fuera necesario para desempeñar sus funciones.

garantiza la continuidad de los parámetros jurídicos empleados e, incluso, de la jurisprudencia establecida por los Tribunales *ad hoc*<sup>68</sup>.

### C. LAS FUNCIONES RESIDUALES

La utilización del adjetivo residual no ha de conducir a la consideración de que las funciones asignadas al Mecanismo no revisten una especial importancia, hasta el punto de que algunas de ellas difícilmente encajan en dicho calificativo<sup>69</sup>. Ello es así porque, en primer lugar, la resolución del Consejo de Seguridad por la que se instaura el Mecanismo se adopta «actuando en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas», esto es, en el marco de las medidas que pueden adoptarse para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; y porque, además, la propia resolución se encarga de destacar su especial significación al reafirmar «la necesidad de establecer un mecanismo especial para llevar a cabo diversas funciones esenciales de los Tribunales, incluido, tras el cierre de los Tribunales, el procesamiento de los prófugos que sean los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad respecto de los crímenes»<sup>70</sup>. En este sentido, la resolución del Consejo de Seguridad 1966 establece en su párrafo dispositivo cuarto que «el Mecanismo continuará la jurisdicción, los derechos y las obligaciones y las funciones esenciales del TPIY y el TPIR, respectivamente, con sujeción a lo dispuesto en la presente resolución y el Estatuto del Mecanismo, y que todos los contratos y acuerdos internacionales suscritos por las Naciones Unidas en relación con el TPIY y el TPIR, vigentes a la fecha de comienzo pertinente, seguirán en vigor, *mutatis mutandis*, en relación con el Mecanismo»<sup>71</sup>.

Dentro de las funciones residuales, el Estatuto agrupa la función de enjuiciamiento con respecto a determinadas categorías de personas, la función de supervisión de las causas remitidas a los tribunales nacionales, el conocimiento de las peticiones de revisión de las sentencias definitivas dictadas por los tribunales *ad hoc* o por el propio Mecanismo; la supervisión

<sup>68</sup> ESCOBAR, «El fin de la estrategia...». *Op. cit.*, p. 552.

<sup>69</sup> TORTORA, G. «The Mechanism for International Criminal Tribunals: A Unique Model and Some of Its Distinctive Challenges». *21 ASIL Insights*. 2015.

<sup>70</sup> Párrafo sexto de la resolución 1966 (2010).

<sup>71</sup> El artículo 2 del Estatuto es claro al disponer que el «Mecanismo seguirá desempeñando las funciones del TPIY y el TPIR, según se establece en el presente Estatuto (“funciones residuales”), durante el periodo de su funcionamiento».

de la ejecución de las sentencias dictadas por dichos tribunales o el Mecanismo y, en particular la ejecución de las penas privativas de libertad; la resolución de las solicitudes de indulto o conmutación de las penas privativas de libertad impuestas por los tribunales *ad hoc* o el propio Mecanismo; la adopción de las medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos tanto del Mecanismo como de los Tribunales *ad hoc*, así como la gestión de los archivos de aquellos y del Mecanismo.

De dicho catálogo se desprende la atribución de funciones de estricto carácter jurisdiccional –la de enjuiciamiento, revisión de sentencias definitivas y conmutación de la pena–, otras auxiliares para una mejor administración de justicia –la función de supervisión de las causas remitidas a los tribunales nacionales y de la ejecución de las sentencias dictadas por los Tribunales *ad hoc* o el Mecanismo, así como la adopción de las medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos tanto del Mecanismo como de los Tribunales *ad hoc*–, junto a otras que, en principio, no guardan una relación directa con el ejercicio de la *ius dictio*, como la gestión de archivos y la resolución de las solicitudes de indulto.

De todas ellas, las funciones vinculadas con la ejecución de la pena y con la eventual revisión de una sentencia constituyen el núcleo propiamente «residual» del ejercicio de la jurisdicción internacional penal que se desencadenó en su día con la creación de los Tribunales *ad hoc*. Y, por tanto, es previsible que sea esta función la que requiera una mayor atención por parte del Mecanismo Residual<sup>72</sup>.

Desde otro punto de vista, las precitadas funciones pueden ser estructuradas en dos categorías, esto es, como funciones continuas o especiales. Bajo el primer grupo se encuentran las que reflejan las responsabilidades a largo plazo del Mecanismo, independientemente del nivel de actividad judicial, tales como la protección de víctimas y testigos, la supervisión de la ejecución de las sentencias, la asistencia a las jurisdicciones nacionales y la preservación y gestión de los archivos del TPIY, TPIR y MI; la segunda categoría incluye funciones relacionadas con el TPIR y casos del TPIY, que son temporales y de alcance limitado, tales como el seguimiento y enjuiciamiento de los prófugos restantes; la conducta de procedimientos judiciales resultantes de los casos del TPIY y TPIR, y la monitorización de los casos remitidos a las jurisdicciones nacionales.

---

<sup>72</sup> ESCOBAR, «El fin de la estrategia...». *Op. cit.*, p. 555.

## **a) La función de enjuiciamiento**

En cuanto a la función de enjuiciamiento, el artículo 1.1 del Estatuto dispone que continuará la competencia material, territorial, temporal y personal de dichos tribunales, conforme a lo establecido en sus respectivos estatutos<sup>73</sup>. Se consagra así el principio de continuidad en el ejercicio de jurisdicción, lo que no es sino la consecuencia de la configuración del Mecanismo como sucesor de los tribunales *ad hoc* e instrumento de la fase final de la estrategia de conclusión de dichos tribunales<sup>74</sup>.

No obstante, hay que señalar que la transferencia de la jurisdicción no se produce de manera plena, puesto que el Mecanismo no está facultado para formular nuevas acusaciones contra personas que no sean las mencionadas en el artículo 1 de su Estatuto<sup>75</sup>.

En este sentido, el artículo 1 distingue tres categorías de personas sobre las que el Mecanismo puede proyectar su jurisdicción: las personas acusadas por los tribunales *ad hoc* que sean los dirigentes de más alto nivel que presuntamente sean los máximos responsables de los crímenes de su competencia; aquellos que no sean los dirigentes de más alto nivel anteriormente mencionados y, por último, toda persona que, a sabiendas y deliberadamente, interfiera o haya interferido en la administración de justicia que compete al Mecanismo o a los Tribunales, y a considerar que dicha persona ha cometido desacato; o un testigo que a sabiendas y deliberadamente preste o haya prestado falso testimonio ante el Mecanismo o los Tribunales.

En consecuencia, el Mecanismo Residual tan solo tiene capacidad de acusación y enjuiciamiento autónomo respecto de infracciones adjetivas, es decir, respecto a personas acusadas directamente por el Mecanismo de haber cometido un crimen contra la administración de justicia (desacato o falso testimonio) ante el propio Mecanismo o ante los Tribunales *ad hoc*; por el contrario, por lo que se refiere a las infracciones penales principales y sustantivas (crimen de genocidio, crimen de lesa humanidad y crimen de guerra) se limitará a continuar la jurisdicción ya iniciada por los Tribunales *ad hoc* en aquellos casos en que ya exista una acusación previa evacuada por dichos tribunales.

Ahora bien, con respecto a cada una de las categorías se establecen limitaciones adicionales: así, los dirigentes de más alto nivel han de estar acusadas por los tribunales *ad hoc* y, además, para valorar la máxima

<sup>73</sup> Artículos 1 a 8 del Estatuto del TPIY y 1 a 7 del Estatuto del TPIR.

<sup>74</sup> ESCOBAR. «El fin de la estrategia...». *Op. cit.*, p. 553.

<sup>75</sup> Artículos 1.5 y 16.1.

responsabilidad en que deben haber incurrido se tendrá en cuenta «la gravedad de los crímenes de que se les acuse y el nivel de responsabilidad de los acusados».

Con respecto a las personas que no revistan la condición de máximos dirigentes en los términos del artículo 1.2 del Estatuto, la actividad de enjuiciamiento es subsidiaria, puesto que únicamente podrá llevarse a cabo «después de haber agotado todas las instancias razonables para remitir la causa» a la jurisdicción nacional<sup>76</sup>. En este sentido, la remisión de causas a la jurisdicción nacional se encuentra regulada en el artículo 6 del Estatuto, que dispone que el Mecanismo «hará todo lo posible»<sup>77</sup> para remitir las causas a las autoridades nacionales que resulten competentes, debiendo considerarse la gravedad de los crímenes imputados y el grado de responsabilidad del acusado con arreglo a lo establecido en la resolución 1534 (2004) del Consejo de Seguridad<sup>78</sup>.

Por el contrario, cuando se trata de acusados de delitos contra la administración de justicia del Mecanismo o de los tribunales *ad hoc*, meramente se faculta al Mecanismo para que proceda a dicha remisión.

Por lo tanto, la competencia *ratione personae* se ve restringida con respecto a la ejercida por los Tribunales *ad hoc* en un triple sentido: «las personas acusadas por el TPIY y el TPIR que sean los dirigentes de más alto nivel que presuntamente sean los máximos responsables de los crímenes tipificados en el párrafo 1 del Estatuto, teniendo en cuenta la gravedad de los crímenes de que se los acuse y el nivel de responsabilidad de los acusados» serán juzgados de manera incondicional; las personas acusadas por el TPIY y el TPIR que no sean los dirigentes de más alto nivel, solo

---

<sup>76</sup> Artículo 1. 4 Estatuto.

<sup>77</sup> En el mismo sentido, la parte dispositiva 11 de la resolución 1966 establece que «insta a los Tribunales y al Mecanismo a que, de conformidad con sus Estatutos y Reglas de Procedimiento y Prueba respectivos, realicen activamente todas las gestiones posibles para remitir a las jurisdicciones nacionales competentes las causas que no se refieran a los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad respecto de los crímenes».

<sup>78</sup> En cuanto al procedimiento, después de que se haya confirmado la acusación y antes de que comience el enjuiciamiento, independientemente de si el acusado se encuentre o no bajo la custodia del Mecanismo, el presidente podrá designar una Sala de Primera Instancia que determinará si la causa se remitirá a las autoridades de un Estado: i) en cuyo territorio se haya cometido el crimen; o ii) en que haya sido detenido el acusado; o iii) que tenga jurisdicción y que esté dispuesto y adecuadamente preparado para aceptar dicha causa, de manera que dichas autoridades puedan inmediatamente remitir la causa al tribunal que corresponda para proceder al enjuiciamiento en ese Estado. La Sala de Primera Instancia puede ordenar dicha remisión de oficio o a solicitud del fiscal, después de haber dado al fiscal y, si procede, al acusado la oportunidad de ser oídos y después de haber quedado satisfecha de que el acusado recibirá un juicio justo y no se le impondrá ni aplicará la pena capital.



podrán ser enjuiciadas por el Mecanismo después de haber agotado todas las instancias razonables para remitir la causa a la correspondiente jurisdicción nacional; por último, las personas que hayan cometido desacato o incurrido en falso testimonio ante los Tribunales *ad hoc* o el Mecanismo serán enjuiciadas por este, salvo que proceda la remisión de la causa a alguna jurisdicción nacional.

De esta manera se sigue la línea de reducción de la jurisdicción internacional que ya se había iniciado en su día en relación con los Tribunales *ad hoc* y que ahora se intensifica.

En todo caso, el ejercicio de esta competencia jurisdiccional por parte del Mecanismo Residual está sometido a un conjunto de reglas procesales que se inspiran profundamente en las ya aplicadas por los Tribunales *ad hoc*, incluidas las relativas al carácter contradictorio del proceso y a la definición de un amplio elenco de garantías del acusado<sup>79</sup> que se corresponden con el estándar internacional del juicio justo o debido proceso en materia penal, que han sido recogidas en el Estatuto del Mecanismo aprobado por el Consejo de Seguridad y que han sido objeto de desarrollo en las Reglas de Procedimiento y Prueba<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Se contiene en el artículo 19 del Estatuto, que, tras proclamar el principio de igualdad de todas las personas ante el Mecanismo, reconoce el derecho del acusado a ser oído públicamente y con las debidas garantías en la sustanciación de los cargos que se le imputen; el derecho a la presunción de su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad; a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de los cargos que se le imputan; a disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; a ser juzgado sin dilaciones indebidas; a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo; y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlo; a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma utilizado en el Mecanismo; a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

<sup>80</sup> Conforme a lo dispuesto en el artículo 13 del Estatuto, su aprobación corresponde a los magistrados del Mecanismo y entrarán en vigor cuando sean adoptadas, a menos que el Consejo de Seguridad disponga otra cosa. Tienen por objeto regular la tramitación de las actuaciones preliminares, los enjuiciamientos y las apelaciones, la admisión de pruebas, la protección de víctimas y testigos y demás asuntos que corresponda, debiendo adecuarse al Estatuto. Además, se prevé la posibilidad de que los magistrados decidan a distancia las enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba, mediante un procedimiento escrito. Fueron aprobadas el 8 de junio de 2012, siendo su versión vigente la aprobada en fecha 26 de septiembre de 2016 (disponible en <http://www.unmict.org/sites/default/files/documents/160926-rules-rev2-en.pdf>).

Así, las disposiciones que el Estatuto dedica a la manera de llevar a cabo la actividad de enjuiciamiento son las siguientes.

El artículo 16 encomienda al fiscal las tareas de investigación y preparación de la acusación, al término de las cuales, si se determinase que hay indicios suficientes de criminalidad, preparará el acta de acusación, que contendrá una exposición breve y precisa de los hechos o del crimen o crímenes que se imputan al acusado con arreglo al Estatuto.

La acusación será transmitida al magistrado de turno o al magistrado único designado por el presidente, que procederá a su examen. Si determinase que el fiscal ha establecido efectivamente que hay indicios suficientes de criminalidad, confirmará el procesamiento, pudiendo dictar, a petición del fiscal, las resoluciones y las órdenes necesarias para el arresto, la detención, la entrega o el traslado de personas, y cualesquiera otras resoluciones que puedan ser necesarias para la tramitación del juicio. En caso contrario, no hará lugar a él<sup>81</sup>.

La persona en contra de la cual se haya confirmado un procesamiento en virtud de una resolución o una orden de arresto del Mecanismo será detenida, se le informará de inmediato de los cargos que se le imputan y se la trasladará al Mecanismo. El magistrado único o la Sala de Primera Instancia deberá velar por que el proceso sea justo y expeditivo y por que el juicio se tramite de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, con pleno respeto de los derechos del acusado y con la consideración debida a la protección de las víctimas y los testigos.

Puesto el acusado a disposición judicial, el magistrado único o el magistrado de la Sala de Primera Instancia designado por el presidente procederá a la lectura de la acusación, cerciorándose de que se respeten los derechos del acusado, confirmará que el acusado entiende la acusación y dará instrucciones al acusado de que conteste a la acusación. A continuación fijará la fecha para el juicio.

Las audiencias serán públicas, a menos que el magistrado único o la Sala de Primera Instancia decida que las actuaciones se harán a puerta cerrada, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Una vez concluido el juicio, se procederá a dictar el correspondiente fallo, que habrá de pronunciarse en público, deberá constar por escrito y ser motivado. Los fallos de una sala serán dictados por la mayoría de los magistrados y se les podrán agregar opiniones separadas o disidentes<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Artículo 17.

<sup>82</sup> Artículo 21.

En caso de sentencia condenatoria, se podrá imponer penas de privación de libertad, multa o penas accesorias consistentes en ordenar la devolución a sus propietarios legítimos de los bienes e ingresos obtenidos por medios delictivos, incluida la coacción. Se reconocen como criterios de proporcionalidad deberá la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado. Asimismo, para determinar las condiciones en que se habrán de cumplir las penas de privación de la libertad, se recurrirá a la práctica general de los Tribunales de la ex-Yugoslavia o de Ruanda, respectivamente, relativa a las penas de prisión<sup>83</sup>.

La sentencia es apelable ante la Sala de Apelaciones, estando legitimados tanto las personas condenadas como el fiscal, y siendo los motivos de recurso dos: el error sobre una cuestión de derecho que invalide la decisión y el error de hecho que haya impedido que se hiciera justicia.

## **b) La supervisión de las causas remitidas a los tribunales nacionales**

Por lo que se refiere a la función de supervisión de las causas remitidas a los tribunales nacionales, se predica de las remitidas tanto por el TPIY y el TPIR como por el propio Mecanismo. Para ello, se prevé la asistencia de organizaciones y organismos internacionales y regionales<sup>84</sup>. Tal función puede desembocar en la solicitud de devolución de la causa inicialmente remitida, lo que se condiciona a que, después de que el TPIY, el TPIR o el Mecanismo hayan dictado la orden de remisión de una causa y antes de que un tribunal nacional haya declarado culpable o absuelto al acusado, sea claro que ya no se satisfacen las condiciones de la remisión de la causa y redunde en interés de la justicia<sup>85</sup>.

## **c) La supervisión de sentencias**

En cuanto a la supervisión de la ejecución de las sentencias dictadas por dichos tribunales o el Mecanismo, y, en particular la ejecución de las

---

<sup>83</sup> El artículo 22 restringe la aplicación del catálogo de penas a las personas mencionadas en el artículo 1, párrafos 2 y 3, del presente Estatuto, a quienes solo se les podrá imponer penas de privación de la libertad. Por su parte, a las personas mencionadas en el artículo 1, párrafo 4, del presente Estatuto se les podrá imponer una pena máxima de siete años de prisión o una multa cuyo monto se determinará en las Reglas de Procedimiento y Prueba, o ambas penas.

<sup>84</sup> Artículo 6.5 del Estatuto.

<sup>85</sup> Corresponde a la Sala de Primera Instancia, de oficio o a solicitud del fiscal y después de haber dado a las autoridades del Estado del caso la oportunidad de ser oídas, revocar la orden de remisión y solicitar formalmente la devolución (artículo 6.6 del Estatuto).

penas privativas de libertad, se incluye la supervisión de la aplicación de los acuerdos de ejecución de sentencias concertados por las Naciones Unidas con los Estados Miembros, y otros acuerdos concertados con organizaciones internacionales y regionales y otras organizaciones y entidades que proceda. Asimismo, las penas de privación de la libertad, que se cumplirán en un Estado designado por el Mecanismo de una lista de Estados con que las Naciones Unidas hayan concertado un acuerdo a tal fin, se llevarán a cabo de conformidad con la legislación aplicable del Estado interesado y estarán sujetas a la supervisión del Mecanismo<sup>86</sup>.

La importancia de dicha función ha de ser valorada a la luz del contenido del artículo 7 del Estatuto, que, bajo la rúbrica «cosa juzgada», autoriza al Mecanismo a volver a juzgar a las personas enumeradas en el artículo 1 que hayan sido procesadas en un tribunal nacional por actos constitutivos de violaciones graves del derecho humanitario cuando el acto por el que fue procesado se tipificó como delito ordinario; o bien, las actuaciones en el tribunal nacional no fueron imparciales ni independientes, fueron ideadas para proteger al acusado de su responsabilidad internacional penal, o la causa no se enjuició con diligencia. En estos casos, el Mecanismo, a la hora de imponer la correspondiente pena, tendrá en cuenta cuánto tiempo ya se ha cumplido de toda pena impuesta por un tribunal nacional a la misma persona por el mismo acto.

Por otro lado, el conocimiento de las peticiones de revisión de las sentencias definitivas dictadas por los tribunales *ad hoc* o por el propio Mecanismo es regulado en el artículo 24 y se condiciona a que se descubra un hecho nuevo del que no se tuvo conocimiento durante la vista de la causa ante el magistrado único, la Sala de Primera Instancia o la Sala de Apelaciones del TPIY, el TPIR o el Mecanismo y que hubiera podido influir de manera decisiva en el fallo. Están legitimados para presentar dicha solicitud el condenado y el fiscal, que deberá presentarla dentro del plazo de un año de pronunciado el fallo definitivo. La Sala solo revisará el fallo si, después de un examen preliminar, una mayoría de los magistrados de la Sala conviene en que el hecho nuevo, en caso de quedar comprobado, podría haber sido un factor decisivo en la adopción de la decisión recurrida.

#### **d) La resolución de las solicitudes de indulto y conmutación**

En cuanto a la resolución de las solicitudes de indulto o conmutación de las penas privativas de libertad impuestas por los tribunales *ad hoc* o

---

<sup>86</sup> Artículo 25 del Estatuto.

el propio Mecanismo, se prevé en el artículo 26 del estatuto, que remite a lo dispuesto en la legislación aplicable del Estado en que el condenado se encuentre cumpliendo la pena de privación de la libertad. Únicamente cuando conforme a aquella tenga derecho a solicitar un indulto o la conmutación de la pena, el Estado del caso lo notificará al Mecanismo, cuya resolución se atribuye a su presente, «con fundamento en el interés de la justicia y los principios generales del derecho».

### **e) La protección de víctimas y testigos**

Por lo que se refiere a la función de protección de las víctimas y testigos, el artículo 20 del Estatuto remite a las Reglas de Procedimiento y Prueba para la adopción de las correspondientes medidas de protección, que deberán incluir la celebración de las audiencias a puerta cerrada y la protección de la identidad de la víctima.

### **f) La gestión de archivos**

En último lugar, la gestión de los archivos de los Tribunales *ad hoc* y del Mecanismo<sup>87</sup> constituye un punto neurálgico de la justicia transicional, por cuanto que la creación de los primeros se fundó en la idea de promover la paz y la reconciliación, lo que demanda el adecuado manejo de los archivos<sup>88</sup>. Sobre la cuestión tratada convergen intereses de los distintos actores involucrados, a saber, la ONU, las instituciones judiciales locales, las víctimas y los testigos, así como los Estados y organismos internacionales que han proporcionado la información y el público en general en las respectivas regiones. Por ello, para lograr un control adecuado de los archivos, es necesario seguir ciertas reglas y deben quedar separados del

---

<sup>87</sup> Los archivos de los Tribunales contienen material relativo a investigaciones, acusaciones y procedimientos judiciales; actividades relativas a la detención de los acusados, la protección de los testigos y la ejecución de las sentencias; y documentos procedentes de Estados, otras autoridades encargadas del cumplimiento de la ley, organizaciones internacionales y no gubernamentales y del público en general. El material archivado consiste en documentos, mapas, fotografías, grabaciones audiovisuales y objetos diversos.

<sup>88</sup> Pueden servir para distintos propósitos, como proporcionar la materia prima para los procesos locales y formar la base de evidencias para comisiones de la verdad y reconciliación nacional; además, son acreedores de gran valor educativo constituyendo un rico acervo disponible para los historiadores y otros científicos sociales interesados en la región; de igual modo, dichos documentos pueden ser muy valiosos para combatir el revisionismo de ideólogos nacionalistas y para educar a futuras generaciones.

resto de los archivos y no ser accesibles más que a un reducido número de funcionarios autorizados para manejar tales materiales.

La gestión de los archivos no estaba prevista explícitamente en el Estatuto de los tribunales «especiales», pero sí puede ser, después del enjuiciamiento de los acusados fugitivos de alto nivel, la función más importante del Mecanismo. También es una función que es inherentemente permanente, ya que, por definición, son registros con valor permanente o a largo plazo, por lo que debe asegurarse su gestión en forma adecuada<sup>89</sup>.

Según el secretario general, los archivos se definen como «registros que se conservarán permanentemente por su valor administrativo, fiscal, histórico legal o de información»<sup>90</sup>. Una parte vital de este principio es que la protección de los testigos debe ser prioritaria, es decir, que se anteponga a la solicitud de acceso de cualquier otra parte interesada<sup>91</sup>.

Y es que, la preservación de los archivos de los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda constituyó uno de los puntos más debatidos en los trabajos definidores de la estrategia de conclusión de ambos tribunales, habiendo dado lugar incluso a la emisión de un informe por el secretario general<sup>92</sup>. Por ello, la inclusión de una disposición específica en el Estatuto del Mecanismo Residual reviste una especial importancia ya que garantiza la unidad de los archivos al tiempo que ofrece garantías a todos los interesados. Así, su artículo 27 establece en su apartado primero que «sin perjuicio de toda condición previa estipulada por quienes hayan aportado información y documentos, o de los arreglos concertados con ellos, los archivos del TPIY, el TPIR y el Mecanismo seguirán siendo

---

<sup>89</sup> A menos que esta tarea sea posteriormente atribuida a la Secretaría de las Naciones Unidas en Nueva York, al igual que para el informe de la Comisión de Demarcación de las Naciones Unidas para Iraq y Kuwait, el Mecanismo tendrá que seguir existiendo indefinidamente. Si bien esta función es opuesta a la supuesta naturaleza *ad hoc* del Mecanismo Residual, no parece requerir que los poderes del capítulo VII del SC permanezcan en su lugar. De hecho, no implica ningún tipo de poder de aplicación para ser implementado, a menos que los archivos estén alojados en un Estado que no esté dispuesto a aceptarlos.

<sup>90</sup> Boletín del secretario general titulado «Mantenimiento de registros y gestión de los archivos de las Naciones Unidas», de 12 de febrero de 2007, UN Doc ST / SGB / 2007/5 Sección I a).

<sup>91</sup> Los testigos han confiado en las seguridades dadas por los Tribunales, en cuanto a la protección de su identidad; en el caso de testigos reubicados en terceros países bajo acuerdos concluidos con estos, la ONU está obligada ante dichos Estados y ante los propios testigos a cumplir con lo pactado. Más aún, hay testigos que han regresado a sus países de origen pero han padecido dificultades o amenazas como resultado de su testimonio y necesitan el apoyo de un programa de protección a testigos. La Regla de Procedimiento 70, relativa a información confidencial que al comprometer la protección de los testigos debe solo hacerse disponible a las partes expresamente autorizadas por los emisores de dicha información o por orden judicial.

<sup>92</sup> S/2009/258.

de propiedad de las Naciones Unidas», añadiendo que «serán inviolables, cualquiera sea el lugar en donde estén localizados, de conformidad con la sección 4 de la Convención sobre Prerrogativas e Inmidades de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946».

Su apartado segundo atribuye al Mecanismo la gestión integral de esos archivos, al incluir su preservación y el acceso a ellos, ubicando su localización conjunta con las subdivisiones respectivas del Mecanismo, encomendándole velar por que siga resguardándose la información confidencial, incluida la relativa a los testigos protegidos y la proporcionada con carácter confidencial, a cuyo efecto se le autoriza para implementar un régimen de seguridad de la información y acceso a esta que incluya la clasificación y la desclasificación de los archivos, según proceda.

Es de lamentar, sin embargo, que el Estatuto no contenga disposición alguna sobre el futuro que se dará a los archivos una vez desaparecido el propio Mecanismo Residual<sup>93</sup>. Sin embargo, el alcance de esta laguna se ve reducido en buena medida por la afirmación expresa de que los archivos del TPIY, el TPIR y el Mecanismo seguirán siendo de propiedad de las Naciones Unidas y que dichos archivos serán inviolables, cualesquiera sea el lugar en donde estén localizados, de conformidad con la sección 4 de la Convención sobre Prerrogativas e Inmidades de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946<sup>94</sup>. De cualquier forma, la Sección de Archivos y Expedientes del Mecanismo es la encargada de preservar esos materiales y facilitar el acceso más amplio posible a ellos, asegurando al mismo tiempo la protección permanente de la información confidencial, incluida la relativa a los testigos protegidos prestando asesoramiento y apoyo técnicos en la aplicación de los servicios necesarios para la gestión y el mantenimiento de las instalaciones de archivos en los nuevos locales<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> ESCOBAR. «El fin de la estrategia...». *Op. cit.*, p. 556.

<sup>94</sup> Se reitera en el artículo 29.1.

<sup>95</sup> Durante el 2017, la Sección de Archivos y Registros recibió la última transferencia de expedientes inactivos del Tribunal Internacional Penal para Ruanda y ha seguido trabajando en estrecha cooperación con el equipo de liquidación del Tribunal en la preparación y el traslado de los expedientes que siguen en uso activo por el equipo de liquidación. Hasta la fecha se ha recibido aproximadamente el 94 % del material físico del Tribunal con un valor a largo plazo o permanente que se había previsto transferir a la Secretaría del Mecanismo. Este material comprende expedientes en papel, grabaciones audiovisuales y objetos. Además, ha concluido el traslado de todos los expedientes digitales del Tribunal designado para la retención por el Mecanismo. En La Haya, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha transferido al Mecanismo más del 30 % de su volumen previsto de expedientes físicos. Todavía se está preparando una cantidad considerable de documentos para su transferencia y continúa la capacitación del personal superior y los funcionarios. El repositorio adicional asumido por la Sección en el último periodo de presentación de informes es plenamente operativo y ofrece otros 1.450 metros lineales de almacenamiento.

#### D. COLABORACIÓN Y COOPERACIÓN DE LOS ESTADOS

Como cualquier tribunal internacional, el Mecanismo requiere de la colaboración y cooperación de los Estados para poder desarrollar las funciones que tiene asignadas. En este sentido, la resolución 1966 (2010) impone a todos los Estados la obligación general de cooperar con el Mecanismo, incluida la obligación de adoptar las medidas internas que sean necesarias para dar debido cumplimiento al sistema de cooperación y asistencia judicial previsto en el Estatuto del Mecanismo<sup>96</sup>.

Esta obligación de cooperar con el Mecanismo se beneficia, además, de la continuidad de los acuerdos internacionales y contratos celebrados en su día con las Naciones Unidas en relación con los Tribunales *ad hoc*<sup>97</sup>. En el caso de España, el acuerdo celebrado con Naciones Unidas para el cumplimiento en España de las condenas impuestas por el Tribunal para la antigua Yugoslavia debe entenderse aplicable a las que imponga la Subdivisión del TPIY del Me-

---

Más de 260 metros lineales de expedientes se han reubicado y transferido al archivo desde noviembre de 2015. En la actualidad, el monto total de los expedientes en los repositorios de la Sección supera los 1.000 metros lineales. En diciembre de 2015, el Mecanismo puso en funcionamiento en su sitio web una nueva interfaz pública para el acceso y la búsqueda de los expedientes judiciales del Tribunal Internacional Penal para Ruanda y el Mecanismo. Más de 25.000 expedientes judiciales públicos están actualmente disponibles y la Sección de Archivos y Expedientes sigue aumentando ese número a diario. Además, la Sección ha facilitado hasta el 2016 el acceso a solicitud a más de 750 expedientes judiciales públicos para investigadores externos.

<sup>96</sup> La parte dispositiva novena es tajante al señalar que «todos los Estados deberán cooperar plenamente con el Mecanismo de conformidad con la presente resolución y con el Estatuto del Mecanismo y que, en consecuencia, todos los Estados deberán adoptar las medidas necesarias, con arreglo a su derecho interno, para aplicar las disposiciones de la presente resolución y del Estatuto del Mecanismo, incluida la obligación de los Estados de acceder a las solicitudes de asistencia o de cumplir las órdenes del Mecanismo dictadas con arreglo a su Estatuto», lo que se reitera en la parte octava, que «recuerda la obligación de los Estados de cooperar con los Tribunales y, en particular, de acceder sin demoras indebidas a las solicitudes de asistencia relativas a la localización, el arresto, la detención, la entrega y el traslado de los acusados», décima, que «insta a todos los Estados, especialmente los Estados en donde se sospeche que se encuentran los prófugos, a que sigan intensificando su cooperación con los Tribunales y el Mecanismo y les brinden toda la asistencia necesaria, según proceda, en particular para lograr lo antes posible la detención y entrega de todos los prófugos restantes» y duodécima, donde se «exhorta a todos los Estados a que cooperen en la mayor medida posible para recibir las causas remitidas por los Tribunales y el Mecanismo», y décimo quinta, por la que se «solicita a los Tribunales y al Mecanismo que cooperen con los países de la ex-Yugoslavia y con Ruanda, así como con las entidades interesadas, para facilitar el establecimiento de centros de información y documentación, dando acceso a las copias de los registros públicos de los archivos de los Tribunales y el Mecanismo, incluso por conducto de sus sitios web».

<sup>97</sup> Tal y como establece su parte dispositiva cuarta.



canismo Residual<sup>98</sup>. Una problemática similar se plantea respecto de la obligación de adoptar todas las medidas nacionales que permitan la cooperación con el Mecanismo, que es paralela a la establecida en su día en los Estatutos de los dos Tribunales *ad hoc* y que, en algunos países, dio lugar a la adopción de leyes nacionales de aplicación de los respectivos Estatutos. En el caso de España, la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia<sup>99</sup> y la Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda<sup>100</sup> materializaron el cumplimiento de la obligación de implementación.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que ambas normas se encuentran derogadas. Así, la Ley Orgánica 15/1994 estableció en su disposición final única un plazo de vigencia condicionado a la «disolución del Tribunal Internacional, sin perjuicio de los efectos que se deriven de la aplicación de los artículos 7.3 y 8», esto es, el enjuiciamiento en España del delito de falso testimonio ante el Tribunal Internacional a petición de este último y la ejecución en España de las condenas impuestas por dicho Tribunal, incluyendo la resolución de las solicitudes de indulto y conmutación de la pena, debiendo entenderse que su vigencia finalizó el 31 de diciembre de 2017. Igualmente, la Ley Orgánica 4/1998 hizo depender su vigencia a la disolución del Tribunal, exceptuando los efectos que se derivasen del cumplimiento de las condenas conforme a lo dispuesto en su artículo 8, lo que se produjo con fecha 31 de diciembre de 2015.

Teniendo en cuenta lo anterior y, con la finalidad de dar pleno cumplimiento a la resolución 1966 (2010), se atisba la necesidad de aprobar las medidas legislativas necesarias para dar respuesta a la nueva necesidad de cooperación surgida como consecuencia de la creación del Mecanismo Residual.

#### E. RELACIONES CON LAS JURISDICCIONES NACIONALES Y CON OTROS TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES

Como es lógico, el modelo de relación entre el Mecanismo y los Tribunales *ad hoc*, de un lado, y los tribunales nacionales, de otro, están

<sup>98</sup> Acuerdo entre el Reino de España y las Naciones Unidas sobre la ejecución de condenas impuestas por el Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia, hecho en La Haya el 28 de marzo de 2000, *BOE* número 54, de 3 de marzo de 2001.

<sup>99</sup> *BOE* número 131, de 12 de junio de 1994.

<sup>100</sup> *BOE* número 157, de 2 de julio de 1998.

sometidos a principios distintos como consecuencia del distinto plano en que se encuentra cada una de estas jurisdicciones, si bien en los dos modelos de relación se admite la existencia de una jurisdicción concurrente que se deriva de la propia pervivencia de tribunales distintos que son competentes potencialmente respecto de los mismos hechos.

Así, con respecto a las relaciones con las jurisdicciones nacionales, se instaura un modelo de relación inspirado en la práctica previa de los Tribunales *ad hoc*, en especial del Tribunal de la antigua Yugoslavia, pudiendo advertirse que el Estatuto establece un cuidado equilibrio entre el interés por favorecer la remisión de causas de segundo orden a las jurisdicciones nacionales y la necesidad de preservar la primacía de una jurisdicción internacional creada por el Consejo de Seguridad actuando en el marco del capítulo VII de la Carta de San Francisco.

Precisamente, el modelo parte del reconocimiento de la jurisdicción concurrente entre el Mecanismo y los tribunales nacionales con respecto al enjuiciamiento de las personas relacionadas en su artículo 1, si bien se proclama la primacía de la jurisdicción del primero respecto de la de los tribunales nacionales<sup>101</sup>. Así, con respecto a la categoría de personas a que se refiere el artículo 1.2, esto es, la de los más altos dirigentes de mayor responsabilidad, el Mecanismo puede solicitar la remisión del procedimiento a los tribunales nacionales, cualquiera que sea la etapa en que el procedimiento se encuentre y siempre de conformidad con lo establecido en el Estatuto y en las Reglas de Procedimiento y Prueba. Como contrapartida, el Mecanismo dispone de la facultad para remitir a un tribunal nacional a los acusados que no sean dirigentes del más alto nivel<sup>102</sup>; remisión que se puede realizar hacia el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen, hacia el Estado en el que el acusado ha sido detenido o, por último, hacia cualquier Estado que tenga jurisdicción y esté dispuesto y adecuadamente preparado para aceptar la causa.

No obstante, para comprender adecuadamente la naturaleza de la remisión debe señalarse que la misma no opera automáticamente ni a petición del Estado cuyos tribunales podrían ser competentes. Por el contrario, aunque la Resolución 1966 (2010) y el propio Estatuto responden al espíritu de favorecer la remisión de causas a los tribunales nacionales, no es menos cierto que en ambos instrumentos se preserva la primacía del Mecanismo, al definir la remisión como una mera facultad de la institución jurisdiccional internacional que está sometida, además, a un proceso judicial

---

<sup>101</sup> Artículo 5 del Estatuto.

<sup>102</sup> Artículo 6 del Estatuto.

especialmente formalizado que solo se puede abrir de oficio o a instancia del fiscal y en el que, para una eventual remisión, la sala competente del Mecanismo deberá valorar «con arreglo a lo establecido en la resolución 1534 (2004) del Consejo de Seguridad, la gravedad de los crímenes imputados y el grado de responsabilidad del acusado».

A lo que ha de añadirse que el Mecanismo conserva un poder general de supervisión de las causas remitidas a los tribunales nacionales y que, en todo caso, puede recuperar su propia competencia respecto de una causa que haya remitido cuando considere que ya no se dan las circunstancias que justificaron la remisión y siempre antes de que el tribunal nacional dicte sentencia<sup>103</sup>.

De la misma forma, se permite que el Mecanismo remita a los tribunales nacionales las causas que se sigan contra la categoría de personas a que se refiere el artículo 1. 4 de su estatuto, esto es, las acusadas de desacato o falso testimonio, «teniendo en cuenta el interés de la justicia y la conveniencia».

En cuanto al modelo de relación entre el Mecanismo y los Tribunales *ad hoc*, resulta más complejo que el aplicable a los tribunales nacionales, en buena medida por el mero hecho de que ambas jurisdicciones son internacionales, han sido creadas por el mismo órgano, en ejercicio de idénticas competencias y, además, se relacionan entre sí mediante vectores no necesariamente convergentes<sup>104</sup>.

Así, el Mecanismo «continuará la competencia material, territorial, temporal y personal del TPIY y del TPIR, según se establece en los artículos 1 a 8 del Estatuto del TPIY y los artículos 1 a 7 del Estatuto del TPIR, así como los derechos y las obligaciones del TPIY y del TPIR, con sujeción a las disposiciones del presente Estatuto»<sup>105</sup>, y «seguirá desempeñando las funciones del TPIY y el TPIR, según se establece en el presente Estatuto (“funciones residuales”), durante el período de su funcionamiento»<sup>106</sup>. Este modelo de relación, basado en el principio de continuidad, se regula de manera pormenorizada en los arreglos de transición que figuran en el anexo 2 de la resolución 1966 (2010), que definen un complejo itinerario cuyo punto de partida es siempre la «fecha de comienzo» de actividades de las respectivas subdivisiones TPIY y

---

<sup>103</sup> Además, el artículo 7 permite bajo determinadas condiciones que el Mecanismo vuelva a procesar nuevamente a un acusado por los mismos actos por los que ya hubiera sido juzgado y, en su caso, condenado por los tribunales nacionales.

<sup>104</sup> ESCOBAR. «El fin de la estrategia...». *Op. cit.*, p. 559.

<sup>105</sup> Artículo 1.1 del Estatuto.

<sup>106</sup> Artículo 2 del Estatuto.

TPIR<sup>107</sup>, pero sin que se fije la fecha en que la sucesión y sustitución plenas se producirá y sin que se defina un principio absoluto de primacía de la jurisdicción sucesora (el Mecanismo Residual) sobre la sucedida (los Tribunales *ad hoc*).

Así, se distinguen las actuaciones de primera instancia<sup>108</sup>, la apelación<sup>109</sup>, la revisión<sup>110</sup>, el desacato y falso testimonio<sup>111</sup> y la protección de las víctimas y testigos<sup>112</sup>.

En cuanto a las actuaciones de primera instancia, el TPIY y el TPIR serán competentes para completar todos los enjuiciamientos o procedimientos de remisión que estén pendientes a la fecha de comienzo de la subdivisión respectiva del Mecanismo. Igualmente, lo serán con respecto a los fugitivos acusados por cada uno de ellos que sean detenidos dentro de los doce meses anteriores a dicha fecha o si la Sala de Apelaciones ordena un nuevo juicio dentro de los seis meses anteriores a dicha fecha, con miras a tramitar y completar el enjuiciamiento de esa persona, o para remitir la causa a las autoridades de un Estado, según proceda. Resultando competente el Mecanismo para el resto de los casos.

Por lo que se refiere a la apelación y revisión, el TPIY y el TPIR serán competentes para tramitar y completar todas las apelaciones y revisiones en que la notificación de la apelación o revisión contra el fallo o la sentencia se presente antes de la fecha de comienzo de la subdivisión respectiva del Mecanismo. Por el contrario, el Mecanismo será competente para tramitar y completar todas las apelaciones en que la notificación de la apelación contra el fallo o la sentencia se presente en la fecha de comienzo de la subdivisión respectiva del Mecanismo, o con posterioridad a esa fecha.

En cuanto al desacato y el falso testimonio, el TPIY y el TPIR serán competentes para tramitar y completar todas las actuaciones por dichos delitos en que la acusación se confirme antes de la fecha de comienzo de la subdivisión respectiva del Mecanismo, que será competente en los restantes casos.

Por último, el TPIY y el TPIR, así como el Mecanismo se encargarán de la protección de las víctimas y los testigos y desempeñarán todas las

---

<sup>107</sup> El apartado primero de la parte dispositiva de la resolución 1966 (2010) fija la fecha de inicio de actividades de la subdivisión del TPIR el 1 de julio de 2012 y la del TPIY el 1 de julio de 2013.

<sup>108</sup> Artículo 1 del Estatuto.

<sup>109</sup> Artículo 2 del Estatuto.

<sup>110</sup> Artículo 3 del Estatuto.

<sup>111</sup> Artículo 4 del Estatuto.

<sup>112</sup> Artículo 5 del Estatuto.

funciones judiciales o de enjuiciamiento conexas en relación con todas las causas en que cada uno de ellos, respectivamente, sean competente con arreglo a lo expuesto. Además, el Mecanismo se encargará de la protección de las víctimas y los testigos y desempeñará todas las funciones judiciales o de enjuiciamiento conexas cuando una persona sea víctima o testigo en relación con dos o más causas en que el Mecanismo y el TPIY o el TPIR, respectivamente, sean competentes.

Por otro lado, se insta a los Tribunales *ad hoc* a que celebren los arreglos necesarios para asegurar una transición coordinada de la función de protección de víctimas y testigos al Mecanismo en relación con todas las causas de los Tribunales que hayan finalizado, de manera que, a la fecha de comienzo de la subdivisión respectiva del Mecanismo, se encargará de todas las funciones judiciales o de enjuiciamiento en relación con esas causas.

En cualquier caso, la fecha final del itinerario en la que habrían de disolverse los Tribunales *ad hoc* no fue predeterminada, si bien el Consejo de Seguridad puso un énfasis especial en la fecha mágica del 31 de diciembre de 2014, veinte años después de la constitución de los dos Tribunales *ad hoc*, instando a los mismos a que a más tardar en dicha fecha «adopten todas las medidas posibles para concluir con rapidez toda la labor restante de la manera prevista en la presente resolución, preparen su cierre y aseguren una transición fluida hacia el Mecanismo, incluso mediante el establecimiento de equipos de avanzada en cada uno de los Tribunales»<sup>113</sup>.

En el caso del TPIR, desde el 1 de julio de 2012, todos los procesos en primera instancia han concluido, situándose su último fallo el 14 de diciembre de 2015, cerrándose el 31 de diciembre de 2015. Por su parte, el cierre del TPIY se ha prolongado más allá del 31 de diciembre de 2014, teniendo lugar formalmente el 31 de diciembre de 2017<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Apartado tercero de la parte dispositiva de la resolución 1966 (2010).

<sup>114</sup> La especial demora en su cierre motivó que el Consejo de Seguridad por resolución 2329 (2016), de 19 de diciembre de 2016 reiterara «su solicitud de que el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia concluya su labor y facilite el cierre del Tribunal a la mayor brevedad con el fin de completar la transición hacia el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales (“el Mecanismo”) y, a la luz de la resolución 1966 (2010), redoble sus esfuerzos para revisar los plazos previstos de conclusión de las causas con miras a abreviarlos, según proceda, y prevenir toda demora adicional» y tomara nota «del compromiso del Tribunal de concluir su labor judicial a más tardar el 30 de noviembre de 2017»; comunicado de prensa SC/13151 disponible en <https://www.un.org/press/en/2017/sc13151.doc.htm>

## F. CRÍTICAS AL MECANISMO RESIDUAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES PENALES

El análisis de la estrategia de conclusión de los Tribunales *ad hoc* evidencia la existencia de dos opciones extremas: transferir la totalidad de los casos y el material a la jurisdicción nacional o mantener los dos tribunales *ad hoc* establecidos, si bien con un presupuesto y una capacidad administrativa cada vez menores. Por ello, la solución finalmente adoptada se sitúa en un punto intermedio entre ambos extremos<sup>115</sup>.

En realidad, fueron dos las razones que subrayaron la necesidad de establecer un mecanismo residual. Por un lado, la fatiga de los tribunales y los costos asociados con su mantenimiento; por otro, la necesidad de preservar el legado de los tribunales, así como para garantizar que sus estrategias de conclusión no dieran lugar a la impunidad de los acusados fugitivos.

Y es que, si se parte de que el principal objetivo de los Tribunales era responder a las víctimas y sancionar a los infractores, la cuestión de los prófugos ocupa un papel capital<sup>116</sup>. En este sentido, si la lucha contra la impunidad de los presuntos responsables fue la clave de bóveda sobre la que se articuló la justificación de la creación de los Tribunales *ad hoc* resulta difícilmente entendible que se proceda a dar por concluido sus respectivos mandatos cuando tal tarea no ha sido completada. Por ello, la supresión a secas de los mismos obligaría a remitir el enjuiciamiento de los fugitivos a las jurisdicciones nacionales; por lo que, si las mismas razones por las que se crearon dichos tribunales impedirían que los presuntos responsables fueran sometidos a juicios en la antigua Yugoslavia o Ruanda, era preciso prorrogar su vigencia mediante una estructura de bajo perfil, si bien dotada de capacidad suficiente para actuar una vez que los fugitivos fueran hallados y transferidos<sup>117</sup>.

En segundo lugar, debe prestarse atención a la dimensión temporal de la jurisdicción del Mecanismo. Así, la delimitación temporal de la jurisdicción está necesariamente vinculada a su carácter *ad hoc*, por lo que resulta

---

<sup>115</sup> ACQUAVIVA, G. *Was a Residual Mechanism for International Criminal Tribunals Really Necessary?* 9 J Intl Criminal Justice, 2011, pp. 789-796.

<sup>116</sup> Actualmente, hay cuatro fugitivos del TPIY y catorce del TPIR, destacando, por su rango, Mladic, del primero, y Kabuga y Mpiranya, del segundo.

<sup>117</sup> De no ser así, la otra única opción sería juzgarlos ante una jurisdicción nacional fuera de la región; lo cual sería una alternativa poco recomendable, en virtud de que los juicios en terceros países no podrían remplazar positivamente a los Tribunales *ad hoc* por múltiples razones, pero sobre todo por el carácter emblemático que estos poseen y por la experiencia de varias décadas de los mismos en esta materia.

procedente trazar la nítida distinción entre la duración de la jurisdicción y el ejercicio de la jurisdicción. Esta diferenciación queda patente mediante el examen de los estatutos de los Tribunales *ad hoc*.

El Consejo de Seguridad, al establecer el TPIY mediante su Resolución 827 (1993), determinó que la jurisdicción del Tribunal abarcaba el período comprendido entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que determinaría el Consejo de Seguridad una vez restablecida la paz. Además, el informe del secretario general que presentó al Consejo de Seguridad el proyecto de Estatuto del TPIY estableció que «la duración de la vida del Tribunal Internacional estaría vinculada a la restauración y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en el territorio de la antigua Yugoslavia», y las decisiones del Consejo de Seguridad que se adoptaran al respecto<sup>118</sup>. Precisamente, el 30 de noviembre de 2000, prácticamente un año y medio después del final de la guerra de Kosovo, el Consejo de Seguridad solicitó al secretario general que presentara un informe con una evaluación y propuestas sobre la fecha de finalización de la jurisdicción temporal del TPIY<sup>119</sup>. Sin embargo, consideró que «no estaba en condiciones de evaluar si la paz se restableció en la ex-Yugoslavia»<sup>120</sup>. Tres años más tarde, el Consejo de Seguridad aprobó una estrategia de conclusión, pero nunca determinó la fecha final de la competencia *ratione temporis* del Tribunal<sup>121</sup>. Por el contrario, la jurisdicción del Tribunal Internacional Penal para Ruanda está firmemente establecida en el artículo 1 del Estatuto, que lo limita a los actos cometidos «entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994».

A pesar de lo limitado de su jurisdicción temporal, ambos tribunales han permanecido operativos durante más de veinte años, lo que reenvía a la cuestión relativa al margen temporal razonable durante el cual un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, creado en aplicación de las disposiciones del capítulo VII de la Carta, puede permanecer operativo.

Tomando en consideración lo anterior, puede aventurarse que el mecanismo se erige en un instrumento que tiende a resolver el citado problema. Sin embargo, el análisis de las funciones que se le encomiendan lleva a concluir que, pese a que se ha intentado configurar como una jurisdicción temporal, tendrá una vida útil aún más larga que la capacidad *ad hoc* que

<sup>118</sup> Informe del secretario general de conformidad, de 21 de febrero de 2001, Doc. ONU S/ 25704, pág. 28.

<sup>119</sup> UNSC Res 1329.

<sup>120</sup> UN Doc S/ 25704 (n 7) pág. 15.

<sup>121</sup> UNSC Res 1503 (28 de agosto de 2003) UN Doc S / RES / 1503; Res. 1534 del CSNU (26 de marzo de 2004) UN Doc S / RES1534.

los Tribunales tenían. Así, la limitación temporal del mandato con el que nace resulta difícilmente entendible si se toma en consideración que algunos de los condenados por los Tribunales *ad hoc* y por el propio Mecanismo terminarán de cumplir sus condenas en el año 2030, por lo que función de supervisión de la ejecución de las penas y, por ende, la existencia misma del Mecanismo, deberá prolongarse hasta la excarcelación del último de los condenados. Es cierto que la Regla de Procedimiento y Prueba 128 prevé la creación de un organismo de supervisión de sentencias después de que el Mecanismo haya dejado de existir, aunque no se ha concretado su funcionamiento específico.

Lo anterior conecta con el tercer elemento de crítica, que es el relativo a la concurrencia de los requisitos exigidos en la Carta de las Naciones Unidas para que el Consejo de Seguridad pueda actuar en virtud del capítulo VII.

A este respecto, es necesario que exista alguna de las específicas situaciones a que se refiere el artículo 39 –amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión–, que así sea declarado por el propio Consejo de Seguridad y que las medidas que se adopten de conformidad con el capítulo VII tengan como objetivo el mantenimiento o el restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup> Estos tres conceptos «son conceptos jurídicos indeterminados en la medida en que por razones gramaticales no pueden precisar detalladamente el ámbito al que se aplican pero que, en cuanto conceptos de experiencia configurados por la comunidad internacional a lo largo del desarrollo de las relaciones internacionales, permiten afirmar de manera concreta y precisa, ante un concreto supuesto controvertido que surja en la vida internacional, si efectivamente nos encontramos dentro de su ámbito de aplicación o no [...]». Lo usual es que se considere una “amenaza a la paz” no solo cuando se quebranta el principio de prohibición del uso o amenaza de la fuerza (recogido por el Consejo en numerosas ocasiones como fundamento de su intervención en conflictos entre Estados) sino, en general, cuando se ponen en peligro los demás principios *ius cogens*, valores que la comunidad internacional considera primarios e indispensables. De este modo, se ha vinculado la paz y seguridad internacionales con otros principios de este tipo [...], tales como el principio de libre determinación de los pueblos; el de cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas por los estados; el de igualdad soberana de los estados y no intervención en asuntos de su jurisdicción interna; el de arreglo pacífico de las controversias y con el principio de respeto y protección de los derechos humanos. En los casos en los que se ha recurrido a este último «se ha considerado como determinante para considerar en peligro la paz internacional la existencia de un régimen de discriminación racial, de una catástrofe humanitaria, de una crisis o mala situación humanitaria, de ataques a la población civil, de la realización de una limpieza étnica o genocidio, o del desplazamiento masivo de refugiados»; «el Consejo de Seguridad no puede utilizar el sistema de seguridad colectiva más que para un exclusivo fin: el mantenimiento de la paz y seguridad de la comunidad internacional, evitando emplear los poderes del capítulo VII para atender los intereses particulares y exclusivos de alguno de los Estados miembros. Dos factores facilitan en la práctica la apreciación de la “desviación de poder” en el Consejo: los intereses privativos de algún Estado miembro



En su informe sobre el establecimiento del TPIY, el secretario general subrayó que la decisión de establecer un tribunal bajo el capítulo VII «constituiría una medida para mantener o restablecer la paz o la seguridad internacionales, siguiendo la determinación necesaria de la existencia de una amenaza a la paz, violación de la paz o acto de agresión»<sup>123</sup>. Por su parte, el Consejo de Seguridad determinó que la situación de violaciones generalizadas y flagrantes del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex-Yugoslavia seguía constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales<sup>124</sup>, afirmando en la resolución 827 que estaba convencido de que «el establecimiento como una medida *ad hoc* por parte del Consejo de un tribunal internacional [...] contribuiría a la restauración y el mantenimiento de la paz».

El mismo tipo de determinación y propósito apareció en la resolución por la que se creó el ICTR<sup>125</sup>. Por su parte, en la Resolución 1966 (2010), el Consejo, tras recordar que «los Tribunales se establecieron en las circunstancias particulares de la ex-Yugoslavia y Ruanda como medidas *ad hoc* que contribuyen a la restauración y el mantenimiento de la paz», no determinó, sin embargo, que las situaciones actuales en ese momento en la ex-Yugoslavia y Ruanda continuaran constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Es cierto que volvió a referir que en resoluciones anteriores estaba «convencido» de que el enjuiciamiento de personas responsables de crímenes dentro de la jurisdicción de los Tribunales *ad hoc* había contribuido a la restauración y mantenimiento de la paz en la ex Yugoslavia y Ruanda<sup>126</sup>; mas, en el momento de establecer el Mecanismo Residual, simplemente «reafirma su determinación de combatir la impunidad [...] y la necesidad de que todas las personas acusadas por el TPIY y el TPIR comparecen ante la justicia»<sup>127</sup>.

Por lo tanto, se recurre al capítulo VII sin haber declarado expresamente que existe una amenaza contemporánea a la paz y que la medida del CS tiene como objetivo restablecer o mantener la paz y la seguridad. Esta omisión puede atribuirse a la preocupación del Consejo de que hacer tal

---

objetivamente satisfechos en alto grado por la resolución cuestionada y la incapacidad de esta de acreditar necesidades reales de mantenimiento de la paz como razón de su adopción». RUIZ DE LOS PAÑOS, A. «La prohibición del uso de la fuerza: sistema institucionalizado de seguridad colectiva», en RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tiranch lo Blanch, 2007, pp. 915-921.

<sup>123</sup> UN Doc S / 25704 (n 7) 1168.

<sup>124</sup> Resolución 808, de 22 de febrero de 1993.

<sup>125</sup> Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, párrafos 4-8.

<sup>126</sup> Resoluciones 1329 y 1503.

<sup>127</sup> Párrafo 6.

determinación implicaría la determinación del término final de la jurisdicción temporal del TPIY, ya que, como se dijo más arriba, estaba vinculada al final de una «amenaza a la paz» en la región. Por lo tanto, podría argumentarse que la creación del Mecanismo Residual con la premisa de que la situación en la ex-Yugoslavia y Ruanda seguía constituyendo una amenaza para la paz revitalizaría la jurisdicción temporal del TPIY.

Sin embargo, una explicación más plausible de la reserva del Consejo es su plena conciencia de que no existe tal amenaza y, actúa en virtud del capítulo VII a pesar de la inexistencia de una amenaza contemporánea a la paz<sup>128</sup>.

En este sentido, ningún Estado miembro del Consejo expresó su desacuerdo con el establecimiento del Mecanismo Residual<sup>129</sup>. De hecho, no se debatió sobre la existencia de una amenaza a la paz durante la reunión del Comité Permanente de 22 de diciembre de 2010; la palabra «paz» tampoco se menciona en el registro oficial de la reunión. Por el contrario, se creía firmemente que el establecimiento del mecanismo residual enviaba un fuerte mensaje del Consejo de Seguridad contra la impunidad.

En realidad, la esencia de que el Consejo de Seguridad no afirme abiertamente la existencia de una situación de amenaza a la paz, pese a que actúa bajo el capítulo VII para establecer el Mecanismo Residual, reside en la contradicción existente entre la creación de tribunales con jurisdicción temporal y las continuas obligaciones derivadas de su trabajo. Así, en la Resolución 1966 (2010), hizo hincapié en que los Tribunales se habían concebido como medidas *ad hoc*, y que el Mecanismo Residual en sí también era *ad hoc*, poniendo el acento en que debía ser una «estructura pequeña, temporal y eficiente».

---

<sup>128</sup> Hay otros casos en los que el Consejo omitió hacer una determinación conforme al artículo 39 al decidir sobre una medida coercitiva. Por ejemplo, en la Resolución 1160 (1998), de 31 de marzo de 1998, por la que se impuso un embargo a la República Federal de Yugoslavia, incluido Kosovo, se abstuvo de determinar que la situación específica constituía una amenaza para la paz. Sin embargo, el registro oficial de la reunión muestra que siete Estados expresaron claramente que la situación en Kosovo constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, mientras que Rusia declaró que a pesar de votar a favor de la resolución no consideraba la situación de Kosovo como una amenaza. Por el contrario, el representante del Reino Unido hizo hincapié en que, actuando en virtud del capítulo VII, se da a entender que el Consejo considera que la situación en Kosovo constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Otro caso ilustrativo es la Resolución 1970 (2011) de 26 de febrero de 2011, por la que se remitió la situación en Libia a la Corte Internacional Penal y se le impuso un embargo.

<sup>129</sup> La abstención de Rusia no se relacionó con el establecimiento del Mecanismo, sino con el mantenimiento de los tribunales *ad hoc* en el periodo de transición.

Además de ello, es obligado preguntarse si el establecimiento del Mecanismo requiere del concurso del capítulo VII de la Carta. Para responder a dicha cuestión, han de analizarse las funciones que se le encomiendan. Así, aquellas que son por naturaleza continuas, tales como la protección de testigos, la asistencia a las jurisdicciones nacionales, la monitorización del cumplimiento de sentencias y la gestión de los archivos, no requieren necesariamente el uso de las facultades del capítulo VII, por lo que parece desprenderse que la inserción de la creación del Mecanismo bajo el capítulo VII responde a la idea de unidad y congruencia, en el sentido de que si el establecimiento de sus predecesores se hizo al amparo del capítulo VII, la institución que los va a sustituir debe necesariamente enmarcarse en dicho contexto.

En último lugar, la resolución 1966 no especifica el grado de vinculación de la doctrina emanada de los Tribunales *ad hoc* con respecto a la actividad jurisdiccional del Mecanismo. Sobre esta cuestión se han ofrecido diversas explicaciones. De un lado, se ha dicho que la omisión es intencional ya que es respetuosa con la naturaleza del Mecanismo como una nueva y distinta institución judicial, lo que, unido a que la jurisprudencia no es fuente del derecho internacional, determina la amplia libertad del Mecanismo para atemperarse o no a la doctrina de los tribunales a los que sustituye. De otro, se ha afirmado que la citada resolución no contiene una referencia expresa a tal extremo, si bien existen suficientes elementos en ella para poder advertir la tácita voluntad del Consejo de Seguridad de vincular la actuación del Mecanismo a la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*. Entre aquellos se encuentran la configuración del mecanismo como una institución de claro sesgo continuista de dichos tribunales, la incorporación de elementos de sus estatutos en el estatuto del Mecanismo o la previsión de que las Reglas de Procedimiento y Prueba del Mecanismo se basen en las de los Tribunales *ad hoc*.

La cuestión apuntada reviste especial importancia en términos de justicia material para los encausados, hasta el punto que se erige en el más destacado punto para evaluar el grado de acierto en la decisión de establecer el Mecanismo, pudiendo, en consecuencia, socavar su propia legitimidad.

## CONCLUSIONES

Las innegables contribuciones del TPIY y TPIR al derecho internacional penal y al sistema internacional de garantías procesales no deben nublar los defectos evidenciados por la práctica de aquellos, debiendo ser

tomados como lecciones aprendidas a fin de no volver a incurrir en los mismos en futuras experiencias.

En este sentido, en el diseño de cualquier instancia jurisdiccional internacional, el punto central responde a la necesidad de articular un sistema claro y ordenado de selección y priorización de los casos que van a ser enjuiciados. Y es que la selección de casos es una tarea crucial para los Tribunales Internacionales dado que determina en gran medida el modo en que su eficacia será percibida por las comunidades internacional y nacionales y, por consiguiente, el grado de legitimidad que ellos obtendrán. Estas percepciones no parecen depender solamente del tipo de casos que dichos tribunales seleccionan, sino también del modo en que, al seleccionarlos, contribuyen a garantizar la responsabilidad y eliminar la impunidad en los Estados en cuestión. Y la consideración de la necesidad de la intervención de tribunales internacionales –concebida en términos de ausencia de investigaciones y persecuciones en relación con los crímenes en cuestión, o la falta de capacidad o voluntad del Estado para llevar a cabo tales procedimientos– se antoja de suma importancia para ese propósito.

Sin embargo, esta consideración no ha sido usada como un criterio de selección preciso en las experiencias previas de justicia internacional penal, y especialmente no lo ha sido en la del TPIY. Todo lo contrario, este último Tribunal ejerció inicialmente una jurisdicción no subsidiaria sobre los crímenes cometidos en las guerras de los Balcanes, lo que lo condujo a una acusada falta de selección de casos sobre la base de las investigaciones y persecuciones que resultaban más necesarias, debido a la ausencia de procedimientos nacionales de este tipo, o a la incapacidad o falta de voluntad de los Estados nacionales para llevarlas a cabo. Antes bien, la competencia del TPIY parecía estar basada en la suposición general de que las jurisdicciones nacionales eran incapaces y no tenían voluntad de llevar adelante tales procedimientos.

Aun cuando esto era verdad en muchos casos, especialmente en el periodo subsiguiente a las guerras, no era necesariamente cierto para todas las jurisdicciones o para todos los casos por igual. Pero la falta de un criterio destinado a identificar cuándo el ejercicio de la jurisdicción del TPIY era más necesario para complementar los esfuerzos nacionales impidió identificar posibles diferencias importantes. La consideración de estas diferencias probablemente habría sido relevante por la masiva remisión de casos a las jurisdicciones nacionales que acabó por ocurrir, y que puso en manos de tribunales nacionales la responsabilidad principal de investigar y perseguir casos de crímenes internacionales centrales,

asumiendo así repentinamente que todos ellos tenían igual capacidad y disposición para llevar a cabo esas tareas.

Algo similar ocurrió en el caso de Ruanda y el recurso a la jurisdicción *gacaca*, que, aunque consiguió aligerar la carga de trabajo que pesaba sobre los sistemas nacionales jurisdiccional y penitenciario, no tuvo el respaldo internacional en cuanto al respeto a las normas y garantías básicas del debido proceso.

Por otro lado, la caracterización de estos Tribunales como jurisdicciones *ad hoc* y temporales anticipaba el carácter temporal de sus mandados. No obstante, el análisis de las dificultades encontradas para dar cumplimiento a los plazos establecidos en las estrategias de conclusión establecidas por el Consejo de Seguridad incide en la falta de previsión en su establecimiento.

En este sentido, el Mecanismo Residual representa el punto final de aquellas. Pese a su peculiar denominación, no es una mera institución judicial de carácter residual sino que se trata de un auténtico tribunal internacional penal. Su instauración por una resolución del Consejo de Seguridad, en el marco de lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de San Francisco, supone la reviviscencia de los argumentos que se esgrimieron cuando tuvo lugar la creación de los Tribunales Penales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, reforzados por la dificultad añadida de considerar que, en el año 2010, el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales demandaba su establecimiento y entrada en funcionamiento.

Al margen de ello, desde un punto de vista técnico, cabía la opción de haber mantenido en funcionamiento los Tribunales *ad hoc*, por lo que parece que la razón de mayor peso para su sustitución por el Mecanismo no ha sido otra que su coste económico, unida a la posibilidad de establecer de antemano un límite temporal definido y breve al ejercicio de la jurisdicción por este último, que puede ser prorrogado por periodos de dos años.

En realidad, el establecimiento del Mecanismo reenvía a un debate más amplio y complejo que desborda el objeto del presente trabajo y que no puede ser sino esbozado a la vista de las limitaciones materiales con la que parte de antemano: el sistema institucional creado por la Carta de San Francisco y, en particular, las atribuciones que el Consejo de Seguridad tiene encomendadas, sus límites y, en su caso, las posibles formas y órganos de control a las decisiones que adopte.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACQUAVIVA, G. «Was a Residual Mechanism for International Criminal Tribunals Really Necessary». *9 J Intl Criminal Justice*. 2011, pp. 789-796.
- BASSIOUNI, CH., y MANIKAS, P. *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. Irvington-on-Hudson (EE UU.): Transnational Publishers, 1996.
- BASSIOUNI, M. C. *Derecho internacional penal*. Madrid: Tecnos, 1983.
- BARRIA, L. y ROPER, S. D. «How Effective are International Criminal Tribunals? An Analysis of the ICTY and the ICTR», en *The International Journal of Human Rights*, vol. 9, núm. 3. Inglaterra, 2005.
- BENOIT LANDALE, B y LLEWELLYN, H. «The International Residual Mechanism for Criminal Tribunals: The Beginning of the End for the ICTY and ICTR». *8 Int'l Organizations L. Rev.* 2011, pp. 349-365.
- BERGSMO, M. «The theme of selection and prioritization criteria and why it is relevant», en BERGSMO, M. (ed.). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2ª Ed. 2010.
- BERGSMO, M., HELVIG, K., UTMELIDZE, I. y ZAGOVEC, G. *The Backlog of Core International Crimes Cases in Bosnia and Herzegovina*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2a. Ed. 2010.
- BIDDISS, M. D. «From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: A historical analysis of the limits of international criminal accountability», en THAKUR, Ramesh y MALCONTENT, Peter (comps.). *From Sovereign Impunity to International Accountability*. Nueva York: United Nations University Press, 2004.
- BOLERO, R. *Derecho internacional penal: sobre la penalización de las infracciones al derecho internacional humanitario y la Corte Internacional Penal*. Bogotá (Colombia): Universidad Javeriana, 2000.
- CAPELLÀ I ROIG, M. «Jurisdicciones *gacaca*: una solución al genocidio ruandés». *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LVI-2004, núm. 2, julio-diciembre. Madrid: 2005.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. «El fin de la estrategia de conclusión de los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda: el “Mecanismo Residual Internacional”», en CARDONA LLORENS, J. y otros. *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, vol I. Valencia: Tirant lo blanc, 2012, pp. 539-560.

- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. «Construyendo un sistema de justicia internacional penal: desarrollos recientes», en XXXIX Curso de Derecho Internacional. Río de Janeiro/Washington: Comité Jurídico Interamericano/OEA, 2013, pp. 97-128.
- GALAND, A. «Was the Residual Mechanism's creation falling squarely within the Chapter VII power of the Security Council?». 2017. <http://www.qil-qdi.org/was-the-residual-mechanisms-creation-falling-squarely-within-the-chapter-vii-power-of-the-security-council/>  
ALEXANDRE S. GALAND
- INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. *Closing the International and Hybrid Criminal Tribunals: Mechanisms to address residual issues*. Briefing Paper, february 1, 2010.
- MCINTYRE, G. (2011), «The International Residual Mechanism and the Legacy of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda». 3 *Goettingen J. Int'l L.* 2011, pp. 923-83.
- MENDOZA, D. «Justicia sobre la hierba. Tribunales gacaca, lecciones de reconciliación para Colombia». *Estudios Políticos* (Universidad de Antioquia), 51. 2017, pp. 218-239.
- PIGNATELLI Y MECA, F. «La punición de las infracciones del derecho internacional humanitario: los tribunales internacionales de crímenes de guerra», en RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tiranch lo Blanch, 2017, pp. 1029-1087.
- UGALDE LÓPEZ, A., «Los Tribunales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda. La justicia internacional penal y su linaje sombrío», en SANTIAGO CORCUERA, C. y GUEVARA B. J. (comps.). *Justicia internacional penal*. México: Universidad Iberoamericana, Programa de Derechos Humanos.





# NOTAS



## **APROXIMACIÓN TEÓRICA A LA DEFENSA COMO SERVICIO PÚBLICO. UNA VISIÓN DESDE CUBA<sup>1</sup>**

*La doctrina de la guerra de todo el pueblo constituye el fundamento estratégico de la defensa del país y define que cada cubano conozca y disponga de un medio, un lugar y una forma de lucha contra el enemigo, bajo la dirección del Partido, en un sistema político-militar y económico único de preparación y realización de la guerra.*

Raúl Castro Ruz, Informe Central al 7<sup>mo</sup> Congreso del Partido Comunista de Cuba, 16 abril de 2016.

MsC. Raudiel F. Peña Barrios<sup>2</sup>  
*Universidad de La Habana*

### *Resumen*

Este artículo pretende realizar un análisis sobre la condición de servicio público que presenta en la actualidad, la defensa del Estado en la Repú-

---

<sup>1</sup> El autor quiere agradecer al Dr. Joan Barata Mir, profesor-consultor en Estudios de Derecho de la Universitat Oberta de Catalunya, por el intercambio acerca del tema abordado, así como la recomendación y facilitación de bibliografía empleada en este artículo. Reconocer de igual forma al Dr. Andry Matilla Correa, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de La Habana, quien también brindó materiales de consulta y revisó una primerísima versión de este trabajo. Es oportuno precisar que el presente artículo se ha desarrollado en base a lo establecido por la Constitución cubana de 1976, modificada en 1978, 1992 y 2002. Al momento de culminar su redacción está por iniciarse el proceso de consulta popular, que debe implicar la adopción de un nuevo texto constitucional a inicios del año 2019.

<sup>2</sup> Jurista. Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesor instructor de Derecho Constitucional en el Departamento Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

blica de Cuba. A partir de una aproximación teórica a la categoría de servicio público y mediante el estudio de los rasgos característicos de la misma, se aborda la manifestación de estos en la configuración de la defensa como actividad que desarrolla el Estado para preservar el régimen sociopolítico y económico que refrenda. Con toda intención ha sido tomada como caso de estudio la realidad cubana, teniendo en cuenta sus particularidades, motivadas por condicionantes históricos y políticos. Termina el análisis con una conclusión: aún con la intervención privada en la prestación de determinados servicios, a lo cual no ha estado ajeno el sector de la defensa, esta última sigue siendo una actividad desarrollada esencialmente por órganos de la Administración pública, y el caso cubano no es la excepción.

*Palabras claves:* servicio público, defensa, seguridad, Cuba.

*Abstract*

This article intends to make an analysis on the condition of public service that it presents at present, the defense of the State in the Republic of Cuba. From a theoretical approach to the category public service and through the study of the characteristic features of the same, it addresses the manifestation of these in the configuration of defense as an activity developed by the State to preserve the socio-political and economic regime that it endorses. With all intention has been taken as case of study the Cuban reality, taking into account its peculiarities, motivated by historical and political conditions. The analysis concludes with a conclusion: even with private intervention in the provision of certain services, to which the defense sector has not been unaware, the latter remains an activity essentially developed by public administration bodies; and the Cuban case is no exception.

*Keywords:* public service, defense, security, Cuba.

*SUMARIO*

1. Necesaria introducción sobre la categoría servicio público. 2. La defensa del Estado como servicio público. 3. La defensa en Cuba. Análisis teórico-normativo sobre su condición de servicio público. 4. A modo de conclusiones. 5. Bibliografía

## 1. NECESARIA INTRODUCCIÓN SOBRE LA CATEGORÍA SERVICIO PÚBLICO

Toda organización estatal revela determinado orden servicial en tanto existe, entre otros fines, para el sostenimiento de la sociedad y de sí misma. De ahí que la primera cuestión que debe quedar establecida es que los servicios públicos<sup>3</sup> constituyen, en su esencia, manifestaciones de la intervención estatal en determinada realidad socioeconómica y en un momento histórico concreto. Se trata de una de las formas clásicas en que se manifiesta la actividad administrativa, y se configura como categoría polisémica y problemática, trascendiendo de manera significativa la literalidad de los dos vocablos que la componen.

De acuerdo con Blanquer, el paradigma contemporáneo de la actividad económica de las Administraciones públicas es la prestación de servicios públicos que cubren las necesidades esenciales y básicas de los ciudadanos<sup>4</sup>. Esto se relaciona con la noción, defendida por Ernst Forsthoff, del Estado de la «procura existencial», el cual debe desarrollar una participación activa en las relaciones económico-sociales, que transita desde un tipo de Estado liberal o abstencionista al tipo de Estado social de derecho –por su propia esencia intervencionista, participativo y prestador de servicios públicos–, corriente general de la teoría política contemporánea<sup>5</sup>.

Cuando se alude al servicio público como parte de la actividad administrativa se ha de tener en cuenta su finalidad y objeto, que no son otros que satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva a partir de prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas<sup>6</sup>. Estas prestaciones tienen en cuenta al usuario no como individuo sino como ciuda-

---

<sup>3</sup> A lo largo de este trabajo se emplearán tanto los términos «servicio público, servicio o servicios». En todo caso siempre se estará aludiendo a la categoría «servicio público», pero se ha decidido hacerlo así con el objetivo de respetar la regla gramatical y de estilo que obliga a evitar repeticiones y redundancias innecesarias en cualquier texto. De igual manera se le hace saber al lector, que las referencias a notas al pie que se ubican luego del punto y aparte en cada párrafo aluden a este en su totalidad. En cambio, si estas son colocadas antes del punto y aparte es porque se relacionan con la última oración del párrafo.

<sup>4</sup> Vid. BLANQUER, David. *Introducción al derecho administrativo*, 2da edición. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, p. 669.

<sup>5</sup> Vid. LEZCANO CALCINES, José Ramón. «El Estado, el derecho y la Administración: sistematización preceptiva y relacional orientada al logro de eficacia en los conceptos de Administración pública y derecho administrativo», en ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María y MATILLA CORREA, Andry (coords.). *El derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*. La Habana: Ed. UH, 2011, p. 342.

<sup>6</sup> Vid. SARMIENTO GARCÍA. *Temas de introducción a las instituciones de derecho público*. Mendoza, Argentina: Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, 1996, p. 35, (resaltado añadido).

dano, como miembro de una comunidad. Adoptan formas muy diversas dado que evolucionan en función de las demandas sociales y al ritmo de las transformaciones técnicas. Un servicio público es cierta forma de acción administrativa, un tipo de actividad con un contenido concreto tendente a la realización de prestaciones<sup>7</sup>.

Superadas las concepciones dualistas típicas de la doctrina alemana<sup>8</sup>, que solo distinguían entre una actividad negativa (de limitación o policía) y una actividad positiva (de prestación o de servicio público), la mayor parte de los teóricos viene manejando una clasificación más amplia. Las profundas y complejas transformaciones experimentadas durante el siglo xx por el Estado y la propia Administración pública, han propiciado la inclusión dentro de los servicios públicos de la denominada actividad de fomento<sup>9</sup> y la de dación de bienes y servicios al mercado<sup>10</sup>, aunque la aceptación de esta última por la doctrina no ha ocurrido de manera pacífica<sup>11</sup>, sobre todo en España.

El concepto servicio público surge, como casi siempre ocurre cuando se trata de cuestiones relacionadas con el derecho administrativo, en Francia, con el transcurso del siglo xix al xx, siendo los autores de la denominada Escuela Realista de Burdeos un punto de referencia en este tópico. Su elaboración doctrinal puede establecerse a partir de la doble conceptualización con la que se ha empleado el término. Por una parte existe una concepción amplia, omnicomprendiva, manejada por León Duguit<sup>12</sup> quien desde una perspectiva social y finalista defendía los servicios públicos como justi-

---

<sup>7</sup> Vid. MALARETI GARCÍA, Elisenda. «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los ciudadanos, perennidad de las necesidades, transformación del concepto». *Revista de Administración Pública*, n.º145, enero-abril. Madrid, España: 1998, p. 61.

<sup>8</sup> Solo a forma de ejemplo vid. FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España: 1958.

<sup>9</sup> Vid. DE POZAS, Jornada. «Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo». *Revista de Estudios Políticos*, n.º48. Madrid, España: 1949. Esta actividad se traduce básicamente en prestaciones materiales directas al ciudadano, siendo su manifestación más típica la técnica subvencional.

<sup>10</sup> Vid. PALASÍ VILLAR, José L. «La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, n.º 3. Madrid, España: 1950.

<sup>11</sup> Entre los más fuertes oponentes de la inclusión de una cuarta categoría dentro de los servicios se encuentra Garrido Falla, para quien bastaba con ampliar la noción de servicio público de modo que diera cabida a las nuevas formas de actividad administrativa. Vid. MARTÍNEZ MARÍN, Antonio. «La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española», en AA.VV., *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo xx. Homenaje al profesor Garrido Falla*, Vol. 2. Madrid, España: Editorial Complutense, 1999.

<sup>12</sup> Sobre la obra de Duguit y la Escuela Realista de Burdeos vid. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. «León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del derecho en las bases del concepto de servicio público». *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 5, primer semestre. Bogotá, Colombia: 2011, pp. 43-86.

ficación misma del poder del Estado. La actuación de este último solo se legitimaría en la medida en que satisficiera necesidades públicas y pudiera ser calificada como servicio público. Es una concepción más filosófica que jurídica, basada en una doctrina realista, objetiva y positiva, utilizada hoy en día como uno de los postulados del denominado Estado social, en cuanto subraya el deber de la Administración pública de garantizar las necesidades de interés general.

Una acepción más estricta y que parte de las elaboraciones de autores como Jèze, Bonnard o Rolland, discípulos de Duguit, configura los servicios públicos como una técnica concreta para gestionar actividades fundamentales en el plano social. Esta concepción de más contenido jurídico permite definirlos como toda actividad desarrollada por el Estado para atender necesidades de interés general, que los individuos no pueden complementar de manera aislada y que, en su organización y funcionamiento, se encuentra sometida a un régimen jurídico especial de derecho público.<sup>13</sup>

A pesar de lo conflictivo que sigue siendo hoy lograr una conceptualización unánime acerca de la categoría servicio público<sup>14</sup>, no cabe duda que se trata de un conjunto de actividades prestacionales reservadas al Estado para brindar cobertura a necesidades colectivas y públicas. Considérese por reserva la *publicatio* de la correspondiente actividad con atribución de su titularidad a la Administración, sin perjuicio de que bajo determinadas circunstancias esta pueda abrir en favor de la iniciativa privada, la prestación de aquella en virtud de su disposición sobre la forma de gestión de la propia actividad<sup>15</sup>. Gamero Casado y Fernández Ramos, aludiendo al ordenamiento

---

<sup>13</sup> Este breve recuento histórico sobre el surgimiento y evolución del concepto de servicio público en Francia puede ser consultado en Villar, Celia (ed.). *Diccionario jurídico Espasa*, voz, *servicio público*. Definición confeccionada por Ricardo Sánchez Rivera, colaborador de Derecho Administrativo. Abogado y profesor de Derecho Administrativo de la Universidad San Pablo-CEU.

<sup>14</sup> De acuerdo con la Sentencia N.º 127 del 5 de mayo de 1994 del Tribunal Constitucional español, la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina científica —con detractores y valedores—, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas. *Vid.* BLANQUER. *Op. cit.*, pp. 671 y 672.

<sup>15</sup> *Vid.* PAREJO ALFONSO, Luciano. «Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros», en CIENFUEGOS SALGADO, David y RODRÍGUEZ LOZANO, Luis G. (coords.). *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 477. El propio autor destaca en este trabajo la imposibilidad de encontrar una definición legal unitaria sobre el concepto de servicio público, algo que menciona se ha reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España.

Este concepto de servicio público es aceptado, entre otros, por SAYAGUÉS LAZO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*, tomo I. Montevideo, Uruguay: Fundación de

jurídico español, señalan que la Constitución establece una reserva formal de ley para que una actividad pueda ser declarada de servicio público. La misma se ve satisfecha por lo general mediante la concreta ley sectorial que regule la actividad declarada de servicio público<sup>16</sup>. Lo anterior se explica en atención a la esencialidad de los intereses protegidos, cuyo aseguramiento debe garantizarse en todo caso, debiendo prevalecer esta finalidad sobre los intereses de sujetos particulares, incluido el propio gestor material del mismo.

Algo que ha sido de igual forma complicado es definir cuáles son esas necesidades esenciales, puesto que en no todos los contextos nacionales se han reconocido las mismas, lo cual redundaría en una mayor o menor presencia del sector privado en su satisfacción. Por ejemplo, Villar Palasí propone una fórmula abierta y subjetiva que lo lleva a concluir que necesidad pública es toda aquella que involucra una *necesidad consolidada*, sentida de *manera universal* y no a título *singular*. Sin embargo, el propio autor reconoce que la calificación depende en última instancia del factor sociológico y de la concepción que se tenga del bienestar público<sup>17</sup>. Se precisa que la misma también está en correspondencia con los fines hacia los cuales se oriente el Estado, la noción que sobre la soberanía se asuma, y la concepción económica que se maneje sobre a una mayor presencia estatal o no en la realización de determinadas actividades. Al respecto Garcini destaca que en los inicios del Estado liberal la Administración pública, de esencia abstencionista, reducía al mínimo su actividad y adoptaba como regla de conducta el dogma fisiocrático del *laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui meme*. Por ende, la misma solo se encargaba de actividades relacionadas con la defensa estatal y el mantenimiento del orden interno<sup>18</sup>.

Y es que el concepto de servicio público se encuentra en estrecha relación con el de interés general o público. Castanedo Abay reflexiona que si se quisiera reflejar un serio y actual problema jurídico-administrativo en específico, como el concepto jurídico indeterminado de interés general o público, está claro que hay consenso en la doctrina moderna acerca de la inconveniencia o imposibilidad de su concreta y clara determinación, por cuanto depende de factores históricos, sociales, económicos y políticos en los que funciona deontológicamente la dialéctica de las circunstancias. Es

---

Cultura Universitaria, 1959, pp. 60 y ss; y BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*, tomo I, 4.ª edición. Buenos Aires, Argentina: 1947. pp. 154-158.

<sup>16</sup> Vid. GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de derecho administrativo*, 13.ª edición. Madrid, España: Ed. Tecnos, 2016, p. 759.

<sup>17</sup> Citado en SANTOFIMIO GAMBOA. *Op. cit.*, p. 46, nota al pie n.º 7 (resaltado añadido).

<sup>18</sup> Vid. GARCINI GUERRA, Hector. *Derecho administrativo*. La Habana, Cuba: Ed. Pueblo y Educación, p. 17.



una categoría amplia, que aunque se deje conocer en su significado desde el punto de vista etimológico, su definición no se puede enmarcar en un significado legal constante. Resulta muy relativa y dependiente de las circunstancias de sus vínculos con la concepción de servicio público y marco social en el que se suscite<sup>19</sup>.

No obstante las dificultades teóricas mencionadas y a manera de conclusión parcial, puede afirmarse que el concepto jurídico y estricto sobre los servicios permite la definición de sus rasgos esenciales, esos que los distinguen de otras manifestaciones de intrusión del Estado en la dinámica social. El primero es el carácter prestacional de los servicios públicos, con lo que queda al margen la eventual actividad de producción de bienes que pueda desarrollar el Estado. Otra característica propia es que sea esencial, o sea, que no se puede prescindir de él. En consecuencia, su gestión ha de materializarse en prestaciones regulares, continuas, y de obligatorio desarrollo por parte del Estado, aspectos que, junto a otros, en nuestros días se emplean por la doctrina como rasgos distintivos de todo servicio, como se verá más adelante.

Además, todo servicio público debe estar sometido en su organización y funcionamiento a un régimen jurídico de derecho público, lo que supone, por consiguiente, el establecimiento de diversas libertades en favor de la Administración titular del mismo, así como la reserva en su favor de sectores específicos de la economía<sup>20</sup>. Sobre la titularidad pública de los servicios se ha establecido por la academia que al definirse en ley determinada actividad como tal, la Administración deviene su titular, su propietaria, es decir, dicho servicio le pertenece y ejerce sobre el mismo un pleno dominio y disponibilidad. La declaración de una actividad como servicio público la extrae del sector privado, enclavándola en el público. Ello la distingue del resto de actividades económicas, en que la iniciativa privada puede ser libre y la Administración no cuenta con titularidad dominical alguna, sino solo con poderes de policía administrativa, dirigidos a verificar que el ejercicio del derecho de los particulares a ejercer esa actividad se corresponde con la legalidad vigente<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Vid. CASTANEDO ABAY, Armando. «Breves notas acerca de algunos institutos jurídico-administrativos que inciden en el desarrollo del derecho administrativo actual», en ÁLVAREZ-TABÍO ALBO y MATILLA CORREA (coords.). *Op. cit.*, p. 313.

<sup>20</sup> El fenómeno de reserva al sector público, denominado *publicatio*, requiere en España por imperativo del artículo 128 constitucional el instrumento de la ley en sentido formal, requisito lógico en la medida que conlleva introducir una limitación al principio constitucional de libertad de empresa (artículo 38). Vid. *Constitución del Reino de España*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016, pp. 17 y 37.

<sup>21</sup> Vid. GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS. *Ibidem*.

En su *Rapport Public* del año 1994, el Consejo de Estado francés destaca que hay tres grandes principios básicos que inspiran la prestación de los servicios públicos: la igualdad de los usuarios frente al servicio, la continuidad del servicio, y la adaptación del servicio a las cambiantes necesidades exigidas por el correcto beneficio del interés público (rasgos estos últimos que hacen nacer la teoría del riesgo imprevisible y del equilibrio económico-financiero entre la Administración y el concesionario). Junto a estos principios, el propio órgano examina otros de menor entidad como: la neutralidad y carácter laico del servicio público, la participación de los usuarios, la transparencia y responsabilidad, así como la simplicidad y accesibilidad<sup>22</sup>.

## 2. LA DEFENSA DEL ESTADO COMO SERVICIO PÚBLICO

Desde la formación de los Estados nacionales el mantenimiento de la integridad territorial, así como la preservación de los intereses nacionales y la soberanía, han constituido una necesidad. Para la realización de estos fines, y de otros más específicos, cada Estado a lo largo de la historia ha articulado mecanismos para asegurar su defensa e incluso la de sus aliados políticos. Es por ello que el surgimiento de la Administración pública, entendida esta como el conjunto de entes creados por el Estado para cubrir intereses generales, supuso la creación de organismos administrativos encargados de la defensa estatal.

Esta última forma parte de un primer grupo de servicios estrictamente reservados al Estado, y debe ser entendida más allá del puro ejercicio de potestades y funciones públicas. Hay servicios que la Administración pública debe proporcionar sin la expectativa de que el sector privado de la economía muestre interés en proveerlos. Una razón importante en este sentido es que el proveedor no puede excluir de su disfrute a determinados individuos que no tienen interés en contribuir a costearlos. Por otra parte, una vez que se han proporcionado pueden ser aprovechados por todos, de modo que resulta ineficiente para una sociedad en su conjunto excluir a algunos de su consumo<sup>23</sup>. En este grupo de prestaciones entra la defensa, típico servicio público definido así por la doctrina<sup>24</sup>, dada la concreción

<sup>22</sup> Vid. BLANQUER. *Op. cit.*, pp. 677 y 678.

<sup>23</sup> Vid. TANZI, Vito. «El papel del Estado y la calidad del sector público». *Revista de la CEPAL*, n.º 71, agosto, 2000, p. 8.

<sup>24</sup> A manera de ejemplo vid. GARCÍA OVIEDO, Carlos. *Derecho administrativo*, tomo I. Madrid, España: Ed. Civitas, 1955, p. 262; y VV.AA. *Introducción al estudio de la*

en dicha actividad de los elementos esenciales de un servicio de este tipo, entre los que se encuentra su fin y objeto.

Como su fin y naturaleza puede afirmarse que la defensa constituye una parte de la actividad administrativa, en tanto función del poder público-político, tendente a garantizar la soberanía e independencia del Estado, su integridad territorial y la preservación del orden constitucional<sup>25</sup>. El sujeto prestador es por esencia el propio Estado mediante la Administración militar<sup>26</sup>, que es la rama especial de la Administración pública encargada de la defensa, vinculada con el derecho constitucional a partir de sus principios programáticos y con el derecho administrativo en su organización y caracteres. Aquella se integra por el jefe de Estado y/o de Gobierno como máximo jefe de los cuerpos armados, los ministerios de defensa y las fuerzas armadas, compartiendo con el resto de los componentes administrativos varios principios de organización y funcionamiento como son legalidad, responsabilidad administrativa, diferenciación de funciones y jerarquía, entre otros<sup>27</sup>.

Hoy es posible encontrar situaciones donde este servicio no lo presta el Estado por sí mismo, sino que otros Estados u organizaciones internacionales de tipología militar contribuyen con su defensa, como es el caso de Andorra, de cuya protección se encargan España y Francia. Dada la posición geográfica y extensión territorial de este principado, resulta casi una cuestión natural el hecho de que encargue su resguardo a dos potencias militares colindantes con él. No obstante, dicha sesión de soberanía motivada por razones naturales está tutelada por el derecho, en virtud de un tratado que se rubricó entre sujetos del derecho internacional público<sup>28</sup>.

En todo caso la defensa nacional se regula, y este es otro aspecto característico de la misma, bajo un régimen jurídico de derecho público. Bien

---

*Administración militar y los procedimientos administrativos*. Madrid, España: Centro de Publicaciones del Ministerio de Defensa, 2009.

<sup>25</sup> Vid. GUGLIELMI GILLES, J. y KOUBI, Geneviève. *Droit du service public*. Paris, France: Ed. Montchrestien, 2000, p. 167.

<sup>26</sup> Este concepto se refiere al sector de la Administración que provee a la seguridad y defensa exterior e interior del Estado. En sentido objetivo, es el conjunto de órganos públicos cuya competencia estriba y consiste fundamentalmente y de modo excluyente en proteger al Estado y la comunidad asentada en este. Vid. GUAITA, Aurelio. «La Administración militar». *Revista de Derecho de la Universidad de Santiago de Chile*. 1951, p. 106.

<sup>27</sup> Vid. HUIDOBRO SALAS, Ramón. «Derecho y Administración militar en Chile». *Revista de Derecho Público*, vol.74, pp. 257-271.

<sup>28</sup> Vid. Artículo 4 del Tratado de Cooperación entre el Reino de España, la República Francesa y el Principado de Andorra. *Boletín Oficial del Estado* (BOE) n.º 155 del 30 de junio de 1993. Similares tratados han suscrito países como Mónaco de cuya protección se encarga Francia; San Marino donde la defensa nacional ante amenaza extranjera corre a cargo de Italia; o Liechtenstein que es protegido por Suiza.

mediante la emisión de disposiciones normativas internas ordenadoras de cómo se debe organizar todo el andamiaje administrativo para la prestación de este servicio y su propia prestación, o bien con la suscripción de un tratado internacional que delega la defensa nacional en aliados foráneos, se produce la intervención estatal.

Si bien son numerosas las clasificaciones en torno a los servicios públicos bajo los más disímiles criterios económicos, políticos, jurídicos y sociológicos, se podría clasificar la defensa nacional como un servicio a partir de cinco aspectos fundamentales. En primer lugar requiere de competencia administrativa pues su prestación forma parte de prerrogativas propias del poder estatal. Además, se trata de un servicio propio y de prestación pública ya que siempre lo brinda el Estado por sí mismo o, como se explicó, mediante su comprometimiento con aliados político-militares. Cabe resaltar que esto último opera como excepción de la generalidad.

También se trata de un servicio obligatorio por su exigibilidad y necesaria prestación, pues está vinculado con la preservación de la soberanía como rasgo característico de cualquier Estado. La defensa podría considerarse como uno de esos servicios necesarios, exclusivos, porque justifican la propia existencia del Estado y solo pueden ser atendidos por este<sup>29</sup>. Por último, destaca su condición *uti universi* pues tiene como destinatario a toda la comunidad y no solo a un sector de la misma. Esta idea se concatena con el *uti singuli*, ya que el propio Estado se sirve de forma inmediata del servicio mientras lo presta a toda la población<sup>30</sup>.

Relacionado con los criterios anteriores y en virtud de lo expuesto *supra* en el epígrafe número uno, la doctrina ha definido notas distintivas que individualizan a los servicios públicos dentro de toda la actividad administrativa. Por consiguiente, resulta necesario analizar la manifestación de dichos caracteres en el caso de la defensa.

El inicial es la continuidad, la cual implica que el servicio ha de prestarse cada vez que se presente la necesidad colectiva que beneficia. En virtud de este rasgo característico todo servicio público se encuentra sometido a un poder constante de dirección y supervisión por parte de los entes administrativos. Se trata de un poder genérico que encuentra fundamento en la titularidad pública del servicio, y se dirige a garantizar su prestación con regularidad<sup>31</sup>. Se valora que la defensa se caracteriza por una continuidad

<sup>29</sup> Vid. RIZO OYANGUREN, Armando. *Manual elemental de derecho administrativo*. Managua: Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, 1991, pp. 286 y 287.

<sup>30</sup> Ídem, p. 287.

<sup>31</sup> Vid. GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS. *Op. cit.*, p. 761.

absoluta, pues no admite interrupción bajo ninguna circunstancia. Dado su estrecho vínculo con la soberanía estatal es posible afirmar que se ejecuta las veinticuatro horas del día y todo el año. Su prestación es perenne y no solo por la constante guardia de las instituciones armadas, sino porque en cualquier momento la Administración militar organiza, ejecuta, planifica y desarrolla las más disímiles acciones en función de proteger a la sociedad y al Estado de enemigos externos e inclusive domésticos.

Aquella, a diferencia de la Administración civil que actúa siempre al máximo y de forma ininterrumpida, consigue sus objetivos con una actitud expectante, sin desarrollar hasta el límite la actividad de que es capaz<sup>32</sup>. La continuidad se traduce en la ininterrupción del servicio, más allá de que se cumplimente al máximo o no.

Otra característica de todo servicio público, en estrecha vinculación con la anterior, es su regularidad. Esta se refiere a que el mismo sea prestado regularmente, en estricta consonancia con el régimen jurídico previsto para su implementación. Este rasgo, en el caso de la defensa, se aprecia en virtud de los mismos elementos expuestos con anterioridad.

Como otro rasgo distintivo puede mencionarse a la condición que implica que todos los individuos del servicio deben ser tratados en un plano de igualdad durante su prestación, legitimándose así la categoría de usuario y los derechos que le asisten. También se le denomina uniformidad y en el caso de la defensa se manifiesta de manera obvia, pues todos los ciudadanos se benefician de la misma manera al estar protegidos de agresiones armadas provenientes del exterior e incluso de aquellas que puedan generarse dentro de las fronteras nacionales.

Esta última característica se relaciona con la generalidad debido a que los servicios públicos satisfacen necesidades colectivas, por lo que la ciudadanía en su conjunto es usuaria del mismo, pudiendo exigir su eficaz prestación. Para finalizar se mencionará la obligatoriedad, que implica en la relación jurídica prestador-usuario que el primero de estos se compromete desde el punto de vista jurídico a la prestación del servicio, y en virtud de este vínculo el segundo está facultado para exigirlo<sup>33</sup>. Este compromiso queda fijado en

---

<sup>32</sup> Vid. GUAITA, Aurelio. *Derecho administrativo especial*, tomo I, 3.<sup>a</sup> edición. Madrid, España: Ed. Civitas, 1952, pp. 79 y ss.

<sup>33</sup> Acerca de estas características de los servicios públicos puede consultarse ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)*. España: Universidad de Granada, 2001, pp. 502-509; y GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Teoría general del derecho administrativo*, tomo 8, 1.<sup>ra</sup> edición. Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 401. Este último, al abordar los caracteres de los servicios públicos, menciona a varios autores en cuyas obras también se reconocen los mismos, como son los

muchos casos desde los textos constitucionales<sup>34</sup> y se trata no de una obligatoriedad natural sino impuesta por el derecho interno de cada Estado, así como por los tratados internacionales que se hayan suscrito.

Algunos autores proponen a la cláusula de progreso o de mutabilidad como elemento caracterizador de todo servicio público. En virtud de este criterio la prestación de los mismos obliga a una continua adaptación del servicio a los avances tecnológicos que pueden mejorar su calidad y eficacia<sup>35</sup>. En el caso de la defensa esto justificaría el continuo perfeccionamiento de las capacidades militares de los Estados, de acuerdo con sus posibilidades económicas.

Antes de proseguir con el análisis que se viene desarrollando, es preciso resaltar un aspecto clave en aras de lograr claridad en el tema que se aborda. Cualquier postura sostenedora de que la defensa no debe ser valorada como un servicio a partir de la imposibilidad de determinar el sujeto beneficiario, se basa en una visión eminentemente prestacional del concepto de servicio público, y por tanto es fragmentada y poco profunda. No es esencial que el servicio sea ofrecido al uso del público, pues en el caso de las Fuerzas Armadas hay un servicio que no es utilizado de manera directa por los particulares, de ahí que lo fundamental sea solo la tutela de la necesidad pública, colectiva<sup>36</sup>.

En paralelo con ser uno de los llamados servicios públicos constitucionales<sup>37</sup>, categoría que engloba servicios singulares cuyo rasgo esencial es la imposibilidad de que el Estado transfiera su prestación a manos privadas, y con nacimiento teórico en doctrina asentada por la jurisprudencia del

---

casos de Bielsa, Altamira, Marienhoff, Díez y Villegas Basavilbaso. *Vid.* Ídem, nota al pie n.º 7.

<sup>34</sup> Por ejemplo, la Constitución española establece en su artículo 97 que el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado; así como que este último tiene competencia exclusiva, entre otras materias, sobre la defensa y las Fuerzas Armadas (artículo 149). En el mismo sentido se expresa la Constitución de Venezuela que preceptúa en el artículo 322 que la seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado. Para el caso de España *vid. Constitución Española*. Ídem, pp. 30 y 43; y el texto venezolano puede consultarse en VILLABELLA ARMENGOL, Carlos M. *Selección de Constituciones Iberoamericanas*. La Habana: Ed. Félix Varela, 2004, p. 325.

<sup>35</sup> *Vid.* RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Derecho administrativo económico*, 4.ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 180; y WALINE, Marcel. «La noción de servicio público». *Revista LA LEY*. Argentina: Buenos Aires, 1954, p. 948.

<sup>36</sup> *Vid.* GORDILLO. *Op. cit.*, p. 402.

<sup>37</sup> *Vid.* CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis. «Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica», en COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.). *Estudios de derecho público económico*. Madrid, España: Ed. Civitas, 2004, p. 599.

Consejo de Estado de la República francesa, a partir de 1986<sup>38</sup>, la defensa forma parte de ciertas prestaciones públicas en donde el sujeto favorecido no puede ser del todo determinado. En este caso el destinatario es la colectividad, la sociedad en sentido general, que se beneficia de su constante prestación por parte de los órganos de la Administración pública encargados de su protección, ante agresiones contra la soberanía del Estado y el régimen sociopolítico y socioeconómico refrendado por este. El usuario es para quien el servicio ha sido creado y funciona<sup>39</sup>, y en el supuesto de la defensa toda la colectividad puede ostentar esa condición. Este criterio ya había sido sostenido en España por el tribunal constitucional, que planteó la existencia de servicios esenciales, es decir, vinculados a la cobertura de derechos fundamentales, libertades públicas y bienes protegidos en los textos constitucionales<sup>40</sup>.

Cabe señalar que la aceptación de los postulados doctrinales que permiten ubicar a la defensa dentro de los servicios públicos no siempre fue pacífica, sobre todo a partir de estudios realizados por la doctrina italiana, en especial Zanobini, Alessi y Giannini. En este sentido, los teóricos de la nación transalpina distinguían entre actividades de prestación y funciones públicas soberanas. El factor diferenciante entre ellas es la posibilidad de la intervención de los privados en su realización; mientras que en las primeras es posible contar con actividad privada, las segundas están solo en manos del Estado dado su vínculo con la soberanía. De cualquier manera, el profesor español Ramón Parada expone que esta distinción ha venido siendo desechada desde hace tiempo, a partir de que un criterio en esencia material no puede sostenerse para distinguir entre las categorías citadas. Prestaciones que por tradición fueron de exclusiva ocupación estatal han comenzado a ceder ante el empuje de la iniciativa privada—como por ejemplo el servicio de orden público con la aparición de las agencias privadas de seguridad, o la Administración de justicia con el surgimiento del arbitraje privado— a partir de los fundamentos políticos y socioeconómicos de cada Estado<sup>41</sup>.

Por tanto, se defenderá como criterio de que no hay prestaciones públicas o privadas por naturaleza. Todo depende de decisiones provenientes

---

<sup>38</sup> Vid. ESPLUGAS, P. *Conseil Constitutionnel et service public*. Paris, France: LGLJ, 1999, pp. 57 y ss.

<sup>39</sup> Vid. MALARETI GARCÍA. *Op. cit.*, p. 66.

<sup>40</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional Español n. o26 de 17 de julio de 1981. Citada en VILLAR, Celia (ed.). *Ídem*.

<sup>41</sup> Vid. PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I. Parte general*, 4.ª edición. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1992, pp. 422-424.

del poder político que válido es acotar nunca han colocado a la defensa en manos de particulares, desde que surgió la concepción moderna de Administración pública y servicio público. No obstante, la intervención privada en la satisfacción de servicios ha impactado en aspectos vinculados con la defensa. Aunque esta sigue siendo de exclusiva competencia estatal, es posible encontrar situaciones particulares dentro de su desarrollo en las cuales median empresas privadas, que realizan acciones en favor de la defensa previo contrato con el órgano de la Administración pública encargado de su conducción. Sirva de ejemplo el caso de España, donde compañías aeronáuticas se encargan del transporte de personal militar desde y hacia los escenarios de operaciones militares. Esto resulta más barato y seguro que la transportación de contingentes de tropas por parte de la fuerza aérea nacional<sup>42</sup>. Empero, se trata de situaciones que no afectan el carácter de servicio público de la defensa, sino que en beneficio de la misma la Administración le encarga al sector privado la realización de una acción en particular.

El límite a la intervención privada, al menos en lo que materia de defensa se refiere, en nuestra opinión está dado por la imposibilidad del Estado de encargar a privados su protección y la de sus intereses. La defensa puede considerarse un servicio público de prestación directa gestionado por la propia Administración. En este modo de gestión no existe especialización funcional, es la propia Administración quien lo gestiona por sí misma, sin diferenciación funcional<sup>43</sup>. La preservación de la soberanía e integridad territorial lo obligan a tomar bajo su guía las cuestiones relacionadas con la defensa, implementando a esta como un servicio público, sin perjuicio de que algunas acciones vinculadas con ella pueden ser contratadas a privados. Pero esta intervención no es óbice para seguir fundamentando que aquella es un servicio, en su esencia, de exclusiva competencia estatal.

### 3. LA DEFENSA EN CUBA. ANÁLISIS TEÓRICO-NORMATIVO SOBRE SU CONDICIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Sin pretender ahondar en la historia de la defensa en Cuba, en tanto servicio público, este apartado se enfocará en el presente de esta materia

---

<sup>42</sup> *Vid.* <http://www.infodefensa.com/es/2013/05/20/noticia-el-gobierno-autoriza-a-defensa-a-contratar-una-aerolinea-privada-para-el-transporte-de-tropas.html> (consultado el 6 de febrero de 2017).

<sup>43</sup> *Vid.* GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS. *Op. cit.*, p. 759.



en el país, tomando como punto de partida el triunfo del movimiento revolucionario en 1959<sup>44</sup>.

Luego de la victoria militar del Ejército rebelde y del resto de las fuerzas políticas y sociales que lo apoyaron, se hizo imprescindible constituir dentro de la Administración pública un órgano encargado de la defensa nacional. Esto evidencia que incluso al producirse semejante proceso de ruptura en el panorama sociopolítico nacional precedente, la necesidad de vertebrar un servicio público para la protección de la sociedad y el Estado ante potenciales agresiones externas se mantuvo inamovible. La defensa ha constituido desde entonces una prioridad para el país dada la amenaza real que representaban las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América, sobre todo en el contexto de la Guerra Fría. El perfeccionamiento y aumento de la capacidad defensiva fue, y continúa siendo, parte de la estrategia de supervivencia del proyecto político nacional<sup>45</sup>.

Por ende, crear un órgano administrativo encargado de la defensa fue de los primeros pasos del Gobierno cubano, aún dentro del llamado Período de Provisionalidad. El 16 de octubre de 1959 mediante la Ley N.º 599 emitida por el Consejo de Ministros, se suprimió el Ministerio de Defensa Nacional, organismo heredado del régimen derrocado. Ese mismo día, y mediante la Ley N.º 600, se constituyó el Ministerio de las Fuerzas Armadas Revolucionarias (MINFAR), órgano que ha llegado hasta hoy como el máximo responsable de la preparación del país para la defensa. Mediante esta última disposición normativa fueron disueltos el Ejército de Cuba, la Policía Nacional, y el Estado Mayor Conjunto, así como los cuerpos y servicios

---

<sup>44</sup> Sobre la defensa en Cuba previo a 1959 y con enfoques tanto en la época colonial como del año 1902 a 1958 se recomienda, entre otros, ALONSO BAQUER, Miguel. «1898. El Ejército español en Cuba». *MILITARIA, Revista de Cultura Militar*, n.º 13. Madrid, España: 1999, pp. 17-21; MORILLA, José María. *Breve tratado de derecho administrativo español general del reino y especial de la isla de Cuba*. Habana: Tipográfica de don Vicente de Torres, 1847, p. 72; MATILLA CORREA, Andry. *Los primeros pasos de la ciencia del derecho administrativo en Cuba*. España: Universidad Carlos III de Madrid, 2011, pp. 256 y 257; CHANG, Federico. «Ejército y militarismo en Cuba (1899-1952)». *Revista Temas*, n.º 22, julio-diciembre. 2000, pp. 65-76, y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Yumil. *El Gobierno cubano desde una visión normativa*. La Habana: Ediciones ONBC, 2015, pp. 11-31.

<sup>45</sup> Tal fue así que durante la década de los años setenta y ochenta las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FAR) llegaron a ser una de las más poderosas organizaciones militares de la región latinoamericana, con un potencial militar en hombres y armamento similar al de países con más población y desarrollo económico. Sobre las capacidades y potencialidades de las FAR a la altura del año 1979 *vid.* DEFENSE AGENCY INTELLIGENCE (DIA). *Handbook of the Cuban Armed Forces*. Washington D.C.: State's Department of the Government of The United States of America, 1979. DIA son las siglas en inglés de la Agencia de Inteligencia del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América. De acuerdo con este propio informe, Cuba era la principal potencial militar del Caribe y Centroamérica, descartando a México.

adscriptos a esas entidades. Además, quedaron constituidos el Ejército Rebelde, la Fuerza Aérea Terrestre, y la Marina de Guerra Revolucionaria, que serían estructuras integrantes del MINFAR. Al frente de esta institución, lo que se valora como un paso lógico dado el carácter estratégico del fortalecimiento de las capacidades militares del país<sup>46</sup>, fue designado uno de los principales líderes del Ejército Rebelde, el entonces comandante Raúl Castro Ruz<sup>47</sup>.

Como parte del proceso para institucionalizar las nuevas relaciones de poder, cuyo momento culminante fue la adopción del texto constitucional de 1976, se establecieron pautas político-jurídicas relacionadas con la defensa del país. Es oportuno acotar que la importancia de la defensa nacional ha sido una constante en la discursiva de los principales dirigentes políticos cubanos, así como en las resoluciones y demás documentos programáticos que han sido adoptados por sucesivos congresos del Partido Comunista de Cuba (PCC)<sup>48</sup>. Además, en la doctrina administrativista nacional se recalcó que entre los fines de la Administración pública se encontraba el fortalecimiento de la defensa del país frente a las agresiones externas y la salvaguarda del orden interno<sup>49</sup>.

El artículo 64 de la nueva carta magna instituía que la defensa de la patria socialista era el más grande honor y el deber supremo de cada cubano, y remitía a una ley especial la regulación del servicio militar. Este precepto era el único que hacía referencia a la defensa nacional, y la consideraba como un deber ciudadano sin aludir a un órgano de la Administración estatal encargado de su organización y dirección como servicio público<sup>50</sup>.

A raíz de la reforma constitucional de 1992, el contenido del artículo de referencia se mantuvo intacto<sup>51</sup> y solo cambió su ordenación adoptando el

---

<sup>46</sup> Respecto al papel de las FAR en el panorama sociopolítico cubano a partir de 1959 *vid.* AFANASIEV, Víctor. «Fuerzas armadas y política revolucionaria, el caso de Cuba de 1959 a los años 90», en BOBEA, Lilian (ed.). *Soldados y ciudadanos en el Caribe*. Santo Domingo, República Dominicana: FLACSO, 2002, pp. 207-253.

<sup>47</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pp. 46 y 47.

<sup>48</sup> En este sentido pueden consultarse los informes centrales de todos los congresos del PCC, presentados por quienes han ocupado el cargo de primer secretario de esta organización, a saber Fidel Castro Ruz y Raúl Castro Ruz. Estos materiales pueden verificarse en <http://www.ccpc.cu/congresos> (consultado el 7 de febrero de 2017).

<sup>49</sup> Así *vid.* GARCINI GUERRA. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>50</sup> *Vid.* «Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976». *Gaceta Oficial* N.º 2. Edición especial de 24 de febrero de 1976. Otros artículos del texto constitucional hacían referencia a cuestiones asociadas a la defensa como parte de las atribuciones del Consejo de Ministros o de las Asambleas del Poder Popular, pero como no fueron modificadas luego de 1992 se ha preferido analizarlas a raíz de la reforma constitucional de ese año.

<sup>51</sup> *Vid.* PRIETO VALDÉS, Martha y PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette (comps.). *Selección legislativa de derecho constitucional cubano*. La Habana: Ed. Félix Varela, 2002, p. 31.

numeral 65. La ley que debía pautar el servicio militar y demás cuestiones asociadas con la defensa fue sancionada en el año 1994, como Ley N.º 75 *Ley de la Defensa Nacional* (en adelante Ley N.º 75).

Sin embargo, después de la modificación antes mencionada y como parte del principio de soberanía popular recogido en el artículo 3, se incluyó el derecho de los ciudadanos de combatir por todos los medios, incluyendo la lucha armada cuando no fuera posible otro recurso, contra cualquiera que intente derribar el orden político social y económico establecido en la Constitución<sup>52</sup>. Se puede afirmar que este precepto coloca dentro de los derechos constitucionales el de acudir a las armas para proteger de agresiones externas el orden socialista refrendado en la carta magna, y no el llamado derecho a la insurrección<sup>53</sup>, por lo que el Estado debe garantizar los recursos para tal fin. Una manera de hacerlo es asumiendo la defensa como un servicio público directo, pues este se configura en garantía material del precitado derecho (al menos en el caso cubano). Sirva como fundamento a esta última idea la reproducción que se hace en el artículo 6 de la Ley N.º 75 del precepto constitucional, y que a continuación –artículo 7– se reconozca como derecho la disposición por parte de todos los ciudadanos de un lugar, un medio y una forma para participar en la derrota del agresor. Esta posición se sostiene en el criterio doctrinal que asume, en términos generales, que los servicios públicos son una técnica de garantía de los derechos constitucionales<sup>54</sup>.

Dentro de la sistemática de la Constitución, el artículo 95 reconoce al Consejo de Ministros como máximo órgano administrativo y ejecutivo, que constituye además el Gobierno de la República de Cuba. Como parte de sus funciones, establecidas en el artículo 98, se menciona que debe proveer a la defensa nacional (inciso h), lo cual supone que queda encargado de suministrar los bienes e insumos necesarios para el sostenimiento de la defensa del país. También es válido acotar que se establece como conductor de la Administración militar al presidente de los Consejos de Estado y

---

<sup>52</sup> Vid. «Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1978, 1992 y 2002». *Gaceta Oficial Extraordinaria* N.º 3, del 31 de enero de 2003.

<sup>53</sup> Sobre el criterio que se defiende *vid.* PRIETO VALDÉS, Martha. «La reforma a la Constitución cubana de 1976», en PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y PRIETO VALDÉS, Martha (comps.). *Temas de derecho constitucional cubano*. La Habana, Cuba: Ed. Félix Varela, 2004, p. 49. Vale aclarar la regulación constitucional de los derechos no ubica a todos dentro del capítulo sobre derechos, deberes y garantías fundamentales, sino que muchos de ellos están dispersos por la Constitución, como es el caso del derecho al sufragio, tanto pasivo como activo, que se reconoce en el capítulo dedicado al sistema electoral. *Vid.* artículos 132 y 133 de la *Constitución de la República de Cuba*. Ídem.

<sup>54</sup> *Vid.* BLANQUER. *Op. cit.*, p. 675.

de Ministros, puesto que a él corresponde desempeñar la jefatura suprema de todas las instituciones armadas y determinar su organización general, según lo establecido en el artículo 93 inciso g) de la disposición normativa mencionada<sup>55</sup>.

Algunos expertos en materia de defensa y seguridad han advertido que esta concepción acerca de quien dirige la Administración militar, ubica a Cuba como un caso *sui géneris* en el entorno de América Latina y el Caribe<sup>56</sup>. El mando castrense, primero de manera *pro tempore* desde 2006 y luego de forma oficial desde 2008 y hasta mediado de 2018, fue encabezado por el general de ejército Raúl Castro Ruz, que a su vez presidía los órganos de poder mencionados. Al mismo tiempo se desempeñaba como primer secretario del PCC, de ahí que el control de las instituciones armadas fuera ejercido por la única fuerza política existente en el país, y los roles claves hayan sido asumidos tradicionalmente por personas que tienen al unísono la condición de cuadros políticos y militares<sup>57</sup>. Se es del criterio que tal posición responde a la necesidad histórica de concentrar en un solo individuo, ostentador de altos niveles de legitimidad material y de origen, la conducción administrativa y política de la institución militar básica del Estado<sup>58</sup> y del resto de los cuerpos de seguridad.

Vinculado con esta temática cabe subrayar que desde el mes de abril de 2018, se ha estado produciendo una situación particular en lo relacionado con la conducción de la defensa del país. Una vez que culminó el más reciente proceso electoral fue electo Miguel Díaz-Canel Bermúdez como presidente de los Consejos de Estado y de Ministros, mientras que Raúl Castro quedó al frente del PCC. Este último ostenta el grado militar de general de ejército, el más alto dentro del sistema de grados militares cubano. Sin embargo, y de acuerdo con el artículo 93 inciso g) de la Constitución vigente, el presidente de los Consejos de Estado y de Ministros desempeña la jefatura suprema de todas las instituciones armadas y determina su

---

<sup>55</sup> Vid. *Constitución de la República de Cuba*. Ídem.

<sup>56</sup> A modo de ejemplo vid. RIAL, Juan. «Los Ministerios de Defensa y el poder político», en *Red de seguridad y defensa de América Latina (RESDAL)*, Atlas comparativo de la defensa en América Latina y el Caribe, p. 49; y KLEPAK, Hal P. «La reforma del sector de defensa y seguridad en Cuba», en BOBEA, Lilian (coord.). *La seguridad en el Caribe. Reformas y cooperación regional*. Washington, D.C.: Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2009, p. 125.

<sup>57</sup> Tal es así que las tres personas que han ejercido el cargo de ministro de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, han sido a la par miembros del Comité Central del PCC. Estas son: Raúl Castro Ruz (1976-2008), Julio Casas Regueiro (2008-2011), y Leopoldo Cintra Frías (2011-hasta la actualidad). Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 175.

<sup>58</sup> Así se denomina a las FAR en el artículo 34 de la Ley N.º 75. Vid. PRIETO y PÉREZ (comps.). *Op. cit.*, p. 138.

organización general<sup>59</sup>. Por tanto, resulta lógico pensar que en la práctica política Díaz-Canel Bermúdez dirige en los órdenes ejecutivo y administrativo las cuestiones relacionadas con la defensa, dada su condición de presidente del Consejo de Ministros y con apoyatura en el ministro de las FAR, mientras que Raúl Castro ejerce el control político de las instituciones militares, debido a que es la máxima figura del PCC. De cualquier manera, la carta magna que debe ser adoptada en 2019 reconocerá una nueva estructura del aparato estatal, y en base a la misma se definirán los órganos y autoridades encargados de la conducción de las actividades relacionadas con la defensa.

Otra singularidad de Cuba en comparación con el resto del entorno geográfico más cercano se evidencia en la composición del Consejo de Defensa Nacional (CDN)<sup>60</sup>, y el resto de los órganos que a nivel provincial, municipal y de zonas de defensa se constituyen para el enfrentamiento a las situaciones excepcionales. El CDN, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 26 de la Ley N.º 75, está integrado por el presidente del Consejo de Estado quien lo encabeza; el primer vicepresidente de dicho consejo, quien funge como vicepresidente del CDN, y otros cinco (5) miembros designados por el Consejo de Estado a propuesta de su presidente<sup>61</sup>. Las demás estructuras que funcionan en el país para los casos de las referidas situaciones –consejos de defensa provinciales, municipales y zonas de defensa– también son encabezadas por cuadros políticos, pues en el caso de las dos primeras, por ejemplo, son dirigidas por los primeros secretarios del PCC a cada nivel. A esto hay que añadir que desde hace varios años existen los denominados consejos de defensa de las regiones estratégicas, los que no aparecen reconocidos en la Constitución ni en la Ley N.º 75.

Dentro del sistema cubano de órganos estatales pueden identificarse otros que también desarrollan acciones relacionadas con la defensa a nivel local. Ejemplo de esto último es la atribución otorgada a las asambleas provinciales y municipales del poder popular de fortalecer la capacidad

---

<sup>59</sup> *Vid. Constitución de la República de Cuba. Ibídem.*

<sup>60</sup> El CDN, de acuerdo con lo establecido en el artículo 101 constitucional, se constituye y prepara desde tiempo de paz para dirigir el país en las condiciones de estado de guerra, durante la guerra, la movilización general o el estado de emergencia. *Vid. Constitución de la República de Cuba. Ibídem.* Por tanto, durante las situaciones excepcionales es el máximo órgano de poder estatal y político, y ejerce la dirección de la preparación militar y la lucha armada; el orden interior y la seguridad; la política exterior; las actividades económicas y sociales; la actividad jurídica; la defensa civil; y el poder político. *Vid. artículo 25 de la Ley N.º 75 en PRIETO y PÉREZ (comps.). Op. cit., pp. 136 y 137.*

<sup>61</sup> *Ibídem*, p 137.

defensiva nacional [artículos 105 inciso m), y 106 inciso m)]<sup>62</sup>. Que esta prerrogativa haya sido otorgada a los órganos locales del poder popular, responde al hecho de que la Constitución reconoce a los mismos la capacidad de ejercer gobierno<sup>63</sup> dentro de sus demarcaciones territoriales. Si se tiene en cuenta que dichos entes de poder son los órganos superiores locales del poder del Estado<sup>64</sup> por mandato constitucional, más allá de que las mismas en sentido estricto no puedan ejercer tal facultad, su papel en el fortalecimiento de la defensa constituye pieza clave.

Considerando la estructura normativa lógica de la clásica pirámide kelseniana, se debe analizar el contenido de la Ley N.º 75 como disposición normativa esencial para la regulación de las cuestiones relacionadas con la defensa. De acuerdo con lo establecido en el artículo 1, en el cual se recoge el objeto de regulación de dicha ley<sup>65</sup>, y a la par con otros elementos de su contenido, pueden identificarse los aspectos que permiten constatar la condición de servicio público que tiene la defensa nacional.

Siendo consecuentes con la idea de que la continuidad y la regularidad son aspectos característicos de todo servicio, estos se identifican al establecerse en el artículo 4 de la Ley N.º 75 que el Estado asegura la defensa ininterrumpida del territorio nacional. La prestación de esta actividad no ocurre solo en caso de agresión armada, sino que en el propio artículo referenciado se manifiesta que los planes aseguradores de la defensa y vitalidad de las FAR son aprobados por el Consejo de Ministros<sup>66</sup>. Lo anterior implica el desarrollo de una profunda actividad planificadora, aseguradora y de constante ejecución desde tiempo de paz, que involucra además a los órganos y organismos estatales, entidades económicas e instituciones sociales en las materias que les concierne.

En la Ley N.º 75 se confiere al gobierno de la República de Cuba, entendiéndose el Consejo de Ministros<sup>67</sup>, la potestad de poner en función de la defensa todos los recursos durante las situaciones excepcionales, sin importar la naturaleza de los mismos<sup>68</sup>. Lo anterior sugiere que tratándose de

---

<sup>62</sup> Vid. *Constitución de la República de Cuba*. *Ibidem*.

<sup>63</sup> Sobre un análisis doctrinal de la acepción del término *gobierno* a que se hace referencia la Constitución cubana cuando se refiere a las asambleas provinciales y municipales del poder popular vid. PRIETO VALDÉS, Martha y PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette. «Estado, Gobierno y Administración. Diferenciación conceptual a propósito de la Ley de los Municipios», en PÉREZ HERNÁNDEZ y PRIETO VALDÉS (comps.). *Op. cit.*, pp. 187-191.

<sup>64</sup> Vid. artículo 103 de la *Constitución de la República de Cuba*. *Ídem*.

<sup>65</sup> Vid. PRIETO y PÉREZ (comps.). *Op. cit.*, p. 130.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>67</sup> Vid. artículo 95 de la *Constitución de la República de Cuba*. *Ídem*.

<sup>68</sup> Vid. artículo 5 de la Ley N.º 75, en PRIETO y PÉREZ (comps.). *Ibidem*.

un servicio público singular por las necesidades a solventar, puede requerir de todos los bienes materiales y financieros a disposición del Estado para su cabal desarrollo bajo determinadas circunstancias.

Otro elemento característico de todo servicio es el régimen jurídico por el cual se maneja, que debe ser de derecho público. Lo anterior está en consonancia con el artículo 37 de la disposición normativa mencionada en el párrafo *ut supra*. En el mismo se plantea que el MINFAR, por demás órgano de la Administración central del Estado<sup>69</sup>, es el encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y el Gobierno en cuanto a las actividades de la preparación del país para la defensa; la defensa de la soberanía del Estado sobre todo el territorio nacional, incluidos el mar territorial y el espacio aéreo que sobre estos se extiende; la preparación y realización de la lucha armada; y la contratación, adquisición, producción y empleo del material de guerra que satisfaga las necesidades de la defensa<sup>70</sup>.

A partir de tal reconocimiento surge la obligación de que aquel regule todo lo vinculado con la prestación del servicio, mediante la emisión de las correspondientes resoluciones y demás instrumentos que norman el funcionamiento de la principal institución armada del país, a saber las FAR. Todo ello sin perjuicio de que este régimen jurídico sea conformado por otras disposiciones de mayor jerarquía emitidas por la Asamblea Nacional del Poder Popular, el Consejo de Estado o el Consejo de Ministros.

Para el cumplimiento de sus tareas, el MINFAR se estructura en diferentes órganos de dirección que se le subordinan. El Estado Mayor General es el principal de aquellos, y su función es asegurar el mando de las tropas y la preparación del país para la defensa. Las direcciones de este ministerio son los órganos rectores en el orden metodológico y con autoridad funcional, que responden por esferas de actuación específicas. Por último, la jefatura es una estructura de mando que se caracteriza por tener un estado mayor reducido, así como unidades de subordinación directa<sup>71</sup>.

Mención aparte merece el hecho de que en consonancia con el contenido de la Ley N.º 75, se involucra a varias entidades administrativas en la

---

<sup>69</sup> Asumir al MINFAR como parte de la Administración pública es un criterio de vieja data en la doctrina administrativista cubana. A modo de ejemplo *vid.* GARCINI GUERRA. *Op. cit.*, p. 236.

<sup>70</sup> Esta postura se siguió en el Decreto-Ley N.º 67 de 1994, *De la organización de la Administración Central del Estado*, en su artículo 72. *Vid.* PRIETO y PÉREZ (comps.). *Op. cit.*, p. 276. Vale resaltar que las posteriores modificaciones introducidas al mismo nunca han afectado las funciones del MINFAR.

<sup>71</sup> *Vid.* VV.AA. *Manual de Administración milita*. La Habana: Imprenta Central de las FAR, 1987, p. 39.

satisfacción de las necesidades defensivas del país. Tal es así que se responsabiliza al MINFAR, al Ministerio del Interior (MININT), el Instituto Cubano de Radio y Televisión (ICRT) y el Ministerio de Comunicaciones<sup>72</sup> con el denominado Sistema de Comunicaciones para la Defensa. Desde el año 2013 el último de los ministerios aludidos tiene como misión fundamental la de proponer, y una vez aprobada, dirigir y controlar la política del Estado y el Gobierno para el Sistema Único de Comunicaciones del país, que comprende, entre otros elementos, las telecomunicaciones, la informática, las radiocomunicaciones y el aseguramiento técnico y de soporte asociado, garantizando, desde tiempo de paz, la infraestructura y los servicios para la seguridad y la defensa nacional<sup>73</sup>.

Caso similar ocurre a partir del establecimiento del Sistema Único de Dirección y Control del Tránsito Aéreo, el cual se encarga de la vigilancia de los vuelos que se realizan en el territorio nacional, y abarca a los organismos participantes en la seguridad de la navegación aérea como es el caso del Instituto de la Aviación Civil de Cuba (IACC)<sup>74</sup>. Ambos sistemas, el comunicacional y el de seguridad aérea, operan de manera perenne dada su sensibilidad estratégica, lo que viene a reforzar el carácter continuo y regular de la defensa<sup>75</sup>.

El resto de los caracteres que permiten identificar a esta como servicio público son determinables más allá de cualquier referencia normativa. La uniformidad en la prestación del servicio está dada por el hecho de que todos los usuarios sean tratados de manera igual, elemento este que en el caso de la defensa se manifiesta porque toda la ciudadanía se beneficia, aunque quizás de manera imperceptible, de su constante ejecución por parte del Estado. Al ser la posibilidad de combatir mediante la lucha armada un derecho ejercitable por todos para la protección del

---

<sup>72</sup> Después de haber sido denominado durante algún tiempo como Ministerio de la Informática y las Comunicaciones, a partir del Decreto-Ley N.º 308 de 23 de febrero de 2013 cambió su nombre a Ministerio de Comunicaciones, el que conserva hoy, y se identifica con la calificación empleada por la Ley N.º 75. *Vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 163.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto-Ley N.º 296 de 1ro de agosto de 2012, el IACC se extinguió como organismo de la Administración central del Estado. Sus atribuciones y funciones fueron transferidas al Ministerio de Transporte, el cual es el encargado de dirigir, ejecutar y controlar la política del Estado y el Gobierno relativa al transporte aéreo, la navegación aérea civil y sus servicios auxiliares y conexos, así como ostentar y ejercer la autoridad aeronáutica en el ámbito nacional e internacional, y sobre terceros públicos y privados. Por lo tanto, dicho Ministerio forma parte del Sistema Único de Dirección y Control del Tránsito Aéreo en la actualidad. *Vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 158.

<sup>75</sup> *Vid.* artículos 92 y 100 de la Ley N.º 75, en PRIETO y PÉREZ (comps.). *Op. cit.*, pp. 153 y 155.



régimen sociopolítico y socioeconómico nacional, así como un deber de cada ciudadano cubano, puede defenderse la opinión que de esta forma se reconoce uniformidad en el trato a toda la ciudadanía respecto a este servicio. Además, dicho tratamiento igualitario encuentra respaldo constitucional en el artículo 41 cuando establece que los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes<sup>76</sup>.

Por último, cabe mencionar a los requisitos de generalidad y obligatoriedad. En ambos casos es claro el hecho de que la defensa implica cumplir con una necesidad colectiva, por lo que todos somos usuarios del mismo y se puede reclamar al Estado su prestación adecuada.

Como complemento de lo expuesto y en aras de enriquecer más el análisis que se realiza, se aportarán algunos datos ilustrativos sobre la importancia que se le brinda a la defensa nacional en Cuba. Luego de superada la debacle económica de los años noventa y en particular a partir del 2004<sup>77</sup>, se ha producido un marcado ascenso de los gastos en defensa. En el año 2015 se destinó en el presupuesto del Estado un total de 2.687 millones de pesos (CUP) a este sector<sup>78</sup>. Desde 2016 las erogaciones en esta materia, junto a las que se destinan al orden interior, forman parte del presupuesto consignado a la Administración pública, el cual alcanzó un total de 8.463,6 millones de CUP<sup>79</sup>. En el 2017 el mismo fue de 7.032,6 millones de CUP que representaron el 19 % del presupuesto total<sup>80</sup>, mientras que para 2018 se reservaron 6.525 millones, por lo que se ha producido un ligero decrecimiento en relación con el año anterior<sup>81</sup>.

---

<sup>76</sup> Vid. *Constitución de la República de Cuba*. Ídem.

<sup>77</sup> Sobre los efectos en el sistema defensivo nacional del colapso de la Unión Soviética y el campo socialista de Europa del Este, así como un análisis exhaustivo de otros temas relacionados con esta temática, vid. KLEPAK, Hal. «Aquí no se rinde nadie, seguridad y defensa cubana en contexto», en NIÑO GUARNIZO, Catalina y MATHIEUS, Hans (eds.). *Anuario 2010 de la seguridad regional en América latina y el Caribe*. Bogotá, Colombia: Friedrich Ebert Stiftung, 2010, pp. 242-254.

<sup>78</sup> Vid. OFICINA NACIONAL DE INFORMACIÓN Y ESTADÍSTICAS (ONEI). *Anuario estadístico de Cuba 2015*. Edición 2016, p. 160. Documento en formato pdf disponible en <http://www.onei.cu/panorama2015.htm> (consultado el 9 de agosto de 2018).

<sup>79</sup> Vid. ONEI. *Anuario estadístico de Cuba 2016*. Edición 2017, p. 8. Documento en formato pdf disponible en <http://www.onei.cu/panorama2016.htm> (consultado el 9 de agosto de 2018).

<sup>80</sup> Vid. CASTRO MORALES, Yudy. «El costo de un presupuesto humanista». *Diario Granma*, edición del viernes 2 de febrero de 2017. Disponible en <http://www.granma.cu/cuba/2017-02-02/el-costo-de-un-presupuesto-humanista-02-02-2017-20-02-34> (consultado el 7 de febrero de 2017).

<sup>81</sup> Vid. «Ley del Presupuesto del Estado para el año 2018, Ley N.º 125». *Gaceta Oficial Ordinaria* N.º 48, de 29 de diciembre de 2017; y FIGUEREDO REINALDO, Oscar y ROIG ROSELL, Gabriela. «A qué se destinará el presupuesto del Estado cubano en 2018? (+vídeo e infografía)». Disponible en <http://www.cubadebate.cu/especiales/2018/02/07/a-que-se>

El hecho de que se hayan fusionado los gastos en defensa, orden interior y administración pública en una sola partida presupuestaria, hace que sea en extremo difícil conocer cuánto dinero se emplea, específicamente, en la satisfacción de las necesidades defensivas actuales del país.

También debe subrayarse que la defensa no ha sido obviada en la *Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista*, ni en el *Plan nacional de desarrollo hasta 2030, propuesta de visión de la nación, ejes y sectores estratégicos*. En el primero de estos documentos se subraya, en el párrafo 66 f) y como parte de los principios que sustentan el modelo, que la defensa y seguridad nacional son esenciales para preservar el sistema político, económico y social cubano; y se le brinda la máxima atención. Se establece también que el derecho a la defensa de la independencia y la patria socialista constituye el más grande honor y deber supremo (párrafo 72), mientras que como parte del perfeccionamiento del Estado, el Gobierno y su sistema de órganos es reconocida la capacidad estatal en materia defensiva<sup>82</sup>.

Por otra parte y vinculado con los objetivos nacionales de desarrollo a mediano y largo plazo, está planteado en sus principios rectores y ejes temáticos el perfeccionamiento del Sistema de Defensa y Seguridad Nacional, para lograr coherencia, integralidad y efectividad. En adición, dentro del eje estratégico *Gobierno eficaz* uno de sus objetivos generales es consolidar la defensa y seguridad nacional<sup>83</sup>. Estas proyecciones estratégicas a largo término son la más clara evidencia de que la defensa nacional continuará siendo una prioridad para Cuba, con el consecuente impacto que en materia jurídica y económica esto significa. De ahí que la verdadera Constitución y las disposiciones normativas que con posterioridad a su entrada en vigor la complementen, de seguro le otorgarán una tutela prioritaria, tanto en el orden legal como financiero, a la satisfacción de las necesidades asociadas a la defensa, en base a su condición de servicio público.

---

destinara-el-presupuesto-del-estado-cubano-en-el-2018-video-e-infografia/amp/ (consultado el 9 de agosto de 2018).

<sup>82</sup> Vid. PARTIDO COMUNISTA DE CUBA. *Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista. Plan nacional de desarrollo hasta 2030: propuesta de visión de la Nación, ejes*. La Habana: Combinado de Periódicos GRANMA, p. 6. Se aclara que como parte del debate popular desarrollado entre 2016 y 2017 con el objetivo de realizar modificaciones al contenido de estos documentos, no se aprobó ninguna vinculada con la temática de la defensa y la seguridad nacional.

<sup>83</sup> Ídem, párrafo 17, p. 17; y párrafo 59, p. 19. (resaltado añadido).

#### 4. A MODO DE CONCLUSIONES

Como es posible apreciar a partir de los análisis precedentes, la defensa nacional constituye un servicio público puesto que reúne todas las características como tal. No parece ocioso volver a señalar el hecho de que mediante su prestación no solo se satisfacen necesidades de carácter general, pues se garantiza la seguridad colectiva de agresiones externas, sino que además se asegura la soberanía e integridad territorial del Estado mismo. Aunque existen contadas excepciones, este último es el prestador por excelencia del servicio en su totalidad dado su vínculo con la noción, inherente a toda formación estatal, de su necesaria autoconservación, más allá de que se produzca cierta intervención privada en cuestiones hasta hace poco solo reservadas a los diversos componentes de los cuerpos armados.

En Cuba luego de 1959, más allá de la radical transformación llevada a cabo por las fuerzas revolucionarias, la defensa continuó siendo un servicio público. Hoy en día este servicio es preparado, organizado y dirigido por el MINFAR, en tanto organismo rector de las FAR, apoyado en los órganos y unidades militares del MININT, así como en otros organismos de la Administración central del Estado (p. ej. el Ministerio de Comunicaciones). Como complemento de este sistema propio de la Administración militar, y dada la concepción estratégica de «guerra de todo el pueblo», se integran en el dispositivo defensivo las brigadas de producción y defensa (BPD) para asegurar la más amplia participación popular en la defensa del país, lo que está en consonancia con los artículos 3 y 65 constitucionales. Toda esta estructura militar es dirigida políticamente por el PCC (fuerza dirigente de la sociedad y el Estado según el artículo 5 constitucional<sup>84</sup>) y por los órganos superiores del poder popular (Consejo de Estado, Consejo de Ministros y Asamblea Nacional del Poder Popular)<sup>85</sup>. Dado su carácter estratégico, el cual se valora que conservará como parte del enfoque a futuro sobre el país, es una prioridad en todos los órdenes.

Tomando en consideración lo expuesto puede verificarse el carácter de servicio público de la defensa en Cuba, pues reúne todos los rasgos distintivos como tal. La concepción estratégica defensiva del país tiene fuerte contenido popular dado lo necesario de preservar la soberanía nacional ante el diferendo histórico con los Estados Unidos de América, lo

---

<sup>84</sup> *Vid. Constitución de la República de Cuba. Ibidem.*

<sup>85</sup> *Vid. Artículos 2, 3, 6 y 8 de la Ley N.º 75. Ídem, pp. 130-132.*

cual se ha logrado con cierta eficacia hasta la actualidad. Por este motivo es que se destinan cuantiosos recursos a las necesidades defensivas, mientras se le sigue prestando el máximo de atención a esta temática dentro de la actualización del modelo económico y desde la lógica de funcionamiento del sistema político.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO BAQUER, Miguel. «1898. El ejército español en Cuba». MILITARIA, *Revista de Cultura Militar*, N.º 13. Madrid, España: 1999.
- ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María y MATILLA CORREA, Andry (coords.). *El derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*. La Habana: Ed. UH, 2011.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)*. España: Universidad de Granada, 2001.
- AA.VV. *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. 2. Madrid, España: Editorial Complutense, 1999.
- BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*, tomo I, 4.ª edición. Buenos Aires, Argentina: 1947.
- BLANQUER, David. *Introducción al derecho administrativo*, 2.ª edición. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2009.
- BOBEA, Lilian (coord.). *La seguridad en el Caribe, reformas y cooperación regional*. Washington D.C.: Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2009.
- (ed.). *Soldados y ciudadanos en el Caribe*. Santo Domingo, República Dominicana: FLACSO, 2002.
- CASTRO MORALES, Yudy. «El costo de un presupuesto humanista». *Diario Granma*, edición del viernes 2 de febrero de 2017. Disponible en <http://www.granma.cu/cuba/2017-02-02/el-costo-de-un-presupuesto-humanista-02-02-2017-20-02-34> (consultado el 7 de febrero de 2017).
- CHANG, Federico. «Ejército y militarismo en Cuba (1899-1952)». *Revista Temas*, N.º 22, julio-diciembre. La Habana: 2000.
- CIENFUEGOS SALGADO, David y RODRÍGUEZ LOZANO, Luis G. (coords.). *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

- COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.). *Estudios de derecho público económico*. Madrid, España: Ed. Civitas, 2004.
- DE POZAS, Jornada. «Ensayo de una Teoría del fomento en el derecho administrativo». *Revista de Estudios Políticos*, N.º 48. Madrid, España: 1949.
- DEFENSE AGENCY INTELLIGENCE (DIA). *Handbook of the Cuban Armed Forces*. Washington D.C.: State's Department of the Government of The United States of America, 1979.
- ESPLUGAS, P. *Conseil Constitutionel et service public*. Paris, France:, LGLJ, 1999.
- FIGUEREDO REINALDO, Oscar y ROIG ROSELL, Gabriela. «A qué se destinará el presupuesto del Estado cubano en 2018? (+vídeo e infografía)». Disponible en <http://www.cubadebate.cu/especiales/2018/02/07/a-que-se-destinara-el-presupuesto-del-estado-cubano-en-el-2018-video-e-infografia/amp/> (consultado el 9 de agosto de 2018).
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de derecho administrativo*, 13.ª edición. España: Ed. Tecnos, Madrid, 2016.
- GARCÍA OVIEDO, Carlos. *Derecho administrativo*, tomo I. Madrid, España: Ed. Civitas, 1955.
- GARCINI GUERRA, Hector. *Derecho administrativo*. La Habana, Cuba: Ed. Pueblo y Educación.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Teoría general del derecho administrativo*, tomo 8, 1.ª edición. Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- GUAITA, Aurelio. *Derecho administrativo especial*, tomo I, 3.ª edición. Madrid, España: Ed. Civitas, 1952.
- «La Administración militar». *Revista de Derecho de la Universidad de Santiago de Chile*. 1951.
- GUGLIELMI GILLES J. y KOUBI, Geneviève. *Droit du service public*. Paris, France: Ed. Montchrestien, 2000.
- HUIDOBRO SALAS, Ramón. «Derecho y Administración militar en Chile». *Revista de Derecho Público*, vol. 74. Santiago de Chile: 2012.
- MALARETI GARCÍA, Elisenda. «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los ciudadanos, perennidad de las necesidades, transformación del concepto». *Revista de Administración Pública*, N.º 145, enero-abril. Madrid, España: 1998.

- MATILLA CORREA, Andry. *Los primeros pasos de la ciencia del derecho administrativo en Cuba*. España: Universidad Carlos III de Madrid, 2011.
- MORILLA, José María. *Breve tratado de derecho administrativo español general del reino y especial de la isla de Cuba*. Habana: Tipográfica de Don Vicente de Torres, 1847.
- NIÑO GUARNIZO, Catalina y MATHIEUS, Hans (eds.). *Anuario 2010 de la seguridad regional en América latina y el Caribe*. Bogotá, Colombia: Friedrich Ebert Stiftung, 2010.
- OFICINA NACIONAL DE INFORMACIÓN Y ESTADÍSTICAS (ONEI). *Anuario estadístico de Cuba 2015*. Edición 2016. Documento en formato pdf disponible en <http://www.one.cu/panorama2015.htm> (consultado el 9 de agosto de 2018).
- *Anuario estadístico de Cuba 2016*. Edición 2017. Documento en formato pdf disponible en <http://www.one.cu/panorama2016.htm> (consultado el 9 de agosto de 2018).
- PALASÍ VILLAR, José L. «La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, N.º 3. Madrid, España: 1950.
- PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*, 4.ª edición. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1992.
- PARTIDO COMUNISTA DE CUBA. *Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista. Plan nacional de desarrollo hasta 2030: propuesta de visión de la Nación, ejes y sectores estratégicos*. La Habana: Combinado de Periódicos GRANMA, 2016.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y PRIETO VALDÉS, Martha (comps.). *Temas de derecho constitucional cubano*. La Habana, Cuba: Ed. Félix Varela, 2004.
- PRIETO VALDÉS, Martha y PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette (comps.). *Selección legislativa de derecho constitucional cubano*. La Habana: Ed. Félix Varela, 2002.
- RED DE SEGURIDAD Y DEFENSA DE AMÉRICA LATINA (RESDAL). *Atlas comparativo de la defensa en América Latina y el Caribe*. San José, Costa Rica: 2010.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Derecho administrativo económico*, 4.ª edición. Madrid, España: Marcial Pons, 2007.
- RIZO OYANGUREN, Armando. *Manual elemental de derecho administrativo*. Managua: Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, 1991.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Yumil. *El Gobierno cubano desde una visión normativa*. La Habana: Ediciones ONBC, 2015.

- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. «León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del derecho en las bases del concepto de servicio público». *Revista digital de Derecho Administrativo*, N.º 5, primer semestre. Bogotá, Colombia: 2011.
- SARMIENTO GARCÍA. *Temas de introducción a las instituciones de derecho público*. Mendoza, Argentina: Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, 1996.
- SAYAGUÉS LAZO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*, tomo I. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 1959.
- TANZI, Vito. «El papel del Estado y la calidad del sector público». *Revista de la CEPAL*, N.º 71, agosto. 2000.
- VV.AA. *Manual de Administración militar*, 1.ª edición. La Habana: Imprenta Central de las FAR, 1987.
- VV.AA., *Introducción al estudio de la Administración Militar y los Procedimientos Administrativos*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Defensa, Madrid, España, 2009.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos M. *Selección de constituciones Iberoamericanas*. La Habana: Ed. Félix Varela, 2004.
- VILLAR, Celia (ed.). *Diccionario jurídico Espasa*. Madrid, España: Fundación Tomás Moro y Espasa Calpe S. A., 2001.
- WALINE, Marcel. «La noción de servicio público». *Revista LA LEY*. Buenos Aires, Argentina: 1954.

## LEGISLACIÓN

- «Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976». *Gaceta Oficial* N.º 2. Edición especial de 24 de febrero de 1976.
- «Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1978, 1992 y 2002». *Gaceta Oficial Extraordinaria* N.º 3, del 31 de enero de 2003.
- Constitución del Reino de España*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016.
- «Ley del Presupuesto del Estado para el año 2018, Ley N.º 125». *Gaceta Oficial Ordinaria* N.º 48, de 29 de diciembre de 2017.

## OTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS

- <http://www.infodefensa.com/es/2013/05/20/noticia-el-gobierno-autoriza-a-defensa-a-contratar-una-aerolinea-privada-para-el-transporte-de-tropas.html> (consultado el 6 de febrero de 2017).





## LA LABOR ASISTENCIAL DE LA ORDEN MILITAR DE SAN JUAN DE JERUSALÉN DURANTE LA EDAD MEDIA

José Enrique Anguita Osuna  
*Profesor de Historia del Derecho y las Instituciones*  
*Doctor en Derecho*  
*Universidad Rey Juan Carlos*

### *Resumen*

La Orden de San Juan de Jerusalén surgió en la Edad Media con una finalidad hospitalaria y asistencial, aunque por diferentes circunstancias se sometió a un proceso de militarización. Con el paso del tiempo esta institución fue creciendo y consiguió aumentar su prestigio. Fue cambiando de sede, y desde Malta se convirtió en una temida fuerza naval que protegía el mar Mediterráneo y la cristiandad de infieles y piratas. A pesar de ser una orden militar, siempre ha desempeñado una imprescindible función social y asistencial, centrada en la hospitalidad, ofreciendo asistencia sanitaria para los enfermos en sus hospitales, garantizando la provisión de alimentos para todas las personas hambrientas, brindando protección y cobijo a todos los peregrinos a lo largo de sus duros peregrinajes hacia los Santos Lugares, concediendo ayuda y protección a las personas pobres, y rescatando a cautivos que se encontraban en tierras enemigas.

*Palabras clave:* caballeros, Juan, religión, asistencia.

*Abstract*

The Order of Knights of the Hospital of Saint John of Jerusalem emerged in the Middle Ages with a hospitable and assistance purpose, although for different circumstances it underwent a process of militarization. With the passage of time this institution grew and managed to increase its prestige. It changed the headquarters of the Order in multiple times, and from Malta it became a feared naval force that protected the Mediterranean Sea and the Christianity of infidels and pirates. Despite being a military order, it has always played an essential social and welfare function, centered on hospitality, offering health care for the sick in its hospitals, guaranteeing the provision of food for all hungry people, offering protection and shelter to all the pilgrims along their hard pilgrimages to the Holy Places, offering help and protection to the poor, and rescuing captives who were in enemy lands.

*Keywords:* knights, John, religión, assistance.

*SUMARIO*

I. INTRODUCCIÓN. II. LA ORDEN DE SAN JUAN DE JERUSALÉN. 1. El origen de la Orden. 2. La evolución histórica de la Orden durante la Edad Media. 3. Los rasgos de la Orden. 4. La presencia de la Orden de San Juan en la Península Ibérica. III. LA LABOR SOCIAL DE LOS HOSPITALARIOS DE SAN JUAN DE JERUSALÉN. 1. Aspectos generales. 2. Manifestaciones de la labor asistencial de la Orden de San Juan de Jerusalén. 4. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo vamos a abordar el estudio de la Orden de San Juan de Jerusalén, y en concreto, su labor hospitalaria y asistencial que se inició en la época de las Cruzadas durante la Edad Media, en principio para proteger a los peregrinos que se dirigían hacia los Santos Lugares. Esta Orden ha ido evolucionando hasta llegar a ser una prestigiosa institución con un enorme reconocimiento internacional, convirtiéndose actualmente en la Soberana Orden Militar y Hospitalaria de San Juan de Jerusalén, de Rodas y de Malta, también conocida como la Orden de Malta, cuya principal misión es «ayudar a las personas víctimas de conflictos armados y desastres

naturales, ofreciendo asistencia médica, atendiendo a los refugiados y distribuyendo fármacos y material básico de supervivencia»<sup>1</sup>.

Para conocer bien el origen de esta Orden hemos de remontarnos a la Alta Edad Media, periodo en el que tuvieron lugar las peregrinaciones hacia los Santos Lugares. Jerusalén siempre fue considerada una ciudad santa para los cristianos, y también para los judíos, puesto que en esa ubicación se encontraba el templo de Salomón, y por último además fue santa para los musulmanes, ya que desde allí Mahoma ascendió a los cielos. Desde la época del emperador Constantino la ciudad de Jerusalén estuvo bajo el control del Imperio romano de Oriente y del cristianismo, hasta que Jerusalén fue conquistada por los musulmanes en el año 637, quienes dominaron este territorio hasta su reconquista por los cruzados francos en 1099<sup>2</sup>.

Desde el siglo VII los musulmanes permitieron las peregrinaciones de los cristianos hacia Tierra Santa, hasta que en el año 1009 el califa Al-Hakem mandó destruir el Santo Sepulcro, prohibió las peregrinaciones y ordenó perseguir y hostigar a los cristianos, e incluso en 1078 las peregrinaciones a los Santos Lugares en Palestina se prohibieron a los peregrinos cristianos. Tras este ataque continuo a la cristiandad y sus fieles, el papa Urbano II llamó a la Cruzada a los Santos Lugares, iniciándose un periodo de dos siglos, que propició un movimiento religioso, militar y político que contribuyó a la creación de las órdenes militares<sup>3</sup>.

Aún habiendo perdido el control de la ciudad, los cristianos continuaron peregrinando a Jerusalén, y los desplazamientos desde Europa fueron continuos, y aproximadamente en el año 1048 unos comerciantes italianos consiguieron la autorización de los califas fatimíes para poder construir una iglesia y el hospital, donde se ofrecían cuidados tanto a peregrinos cristianos como a los judíos y musulmanes<sup>4</sup>.

Sin embargo, durante todo este periodo la situación de los peregrinos cristianos fue muy delicada, fueron sometidos a vejaciones, y a todo tipo de peligros en su camino hacia los Santos Lugares. Pedro el Ermitaño<sup>5</sup>, uno

<sup>1</sup> <https://www.orderofmalta.int/es/orden-de-malta/mision/> (8/3/2018).

<sup>2</sup> MORENÉS Y MARIÁTEGUI, C. *Historia resumida de la Soberana Orden de Malta*. Madrid: Ed. Instituto Complutense de la Orden de Malta, 1995, p. 7.

<sup>3</sup> HERNÁNDEZ MARTÍN, F. *Historia de la enfermería en España (desde la antigüedad hasta nuestros días)*. Madrid: Editorial Síntesis, 1996, p. 80.

<sup>4</sup> MORENÉS Y MARIÁTEGUI, C. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>5</sup> Pedro el Ermitaño fue de uno de los impulsores de la Cruzada de los pauperes, desarrollada de forma paralela a la Cruzada de Urbano II. Antes de que tuvieran lugar las cruzadas, Pedro el Ermitaño peregrinó hacia el Santo Sepulcro donde se dice que recibió la orden del Señor de movilizar a los cristianos. Consiguió formar una multitud de personas que marchara hacia Jerusalén para intentar recuperarla, en MITRE FERNÁNDEZ, E. *La Iglesia en la Edad Media*. Madrid: Ed. Síntesis, 2003, p. 113.

de los principales defensores de la Cruzada, fue consciente de esta situación injusta, y se erigió como una de las personas que denunció con más beligerancia estas crueldades a las que eran sometidos los cristianos. Paralelamente también denunció lo vergonzoso que para la cristiandad suponía que los territorios santificados por Jesucristo estuvieran en manos de los infieles. De este modo, se produjo una movilización en la cristiandad, hasta que toda Europa se animó a conquistar los Santos Lugares, y príncipes, vasallos, caballeros, burgueses, y en definitiva hombres de todas las clases y condiciones se decidieron ir a las armas, marchando una gran multitud con entusiasmo sobre Oriente<sup>6</sup>.

Los cruzados europeos se desplazaron hacia los Santos Lugares, siendo dirigidos por Godofredo de Bouillon hasta la ciudad de Jerusalén, en cuyo barrio latino se encontraba una iglesia bajo la advocación de Santa María, y un hospital y hospedería de San Juan Bautista para peregrinos, complejo de edificios que los musulmanes conocían como el monasterio de los Latinos<sup>7</sup>.

En este contexto fueron surgiendo las órdenes militares en Tierra Santa, siendo la primera de ellas la Orden del Temple, cuyo origen se remonta a 1120, a la que siguieron la Orden del Hospital de San Juan de Jerusalén, la Orden de Santa María de los Teutones, la Orden de San Lázaro y la Orden de Santo Tomás de Acre<sup>8</sup>. Según el trabajo realizado por Hernández Martín, las órdenes militares aparecieron a imagen y semejanza de la *ribat*, institución islámica que consistía en un conjunto de edificaciones construidas como castillos-conventos en las zonas fronterizas con los territorios cristianos, aunque también en fronteras orientales del Imperio bizantino, y que eran protegidos por «caballeros de la fe» o «monjes islámicos», cuyo fin último fue la lucha contra la cristiandad<sup>9</sup>.

A pesar de que la religión cristiana no defendió el uso de la violencia en el cumplimiento de sus objetivos, posteriormente a partir de la llegada al poder del emperador Teodorico, los ejércitos imperiales pasaron a convertirse en ejércitos cristianos, y las guerras se transformaron en guerras santas, los soldados empezaron a conseguir la salvación por medio del combate en este tipo de guerras, la Iglesia concedió a los ejércitos una serie

---

<sup>6</sup> SALVÁ, J. *La Orden de Malta y las acciones navales españolas contra turcos y berberiscos en los siglos XVI y XVII*. Madrid: Ed. Instituto Histórico de Marina, 1944, p. 12.

<sup>7</sup> MORENÉS Y MARIÁTEGUI, C. *Op. cit.*, 1995, p. 8.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ PICAVEA, E. *Los monjes guerreros en los reinos hispánicos. Las órdenes militares en la Península Ibérica durante la Edad Media*. Madrid: Ed. La Esfera de los Libros, 2008, p. 26.

<sup>9</sup> HERNÁNDEZ MARTÍN, F. *Op.cit.*, p. 79.

de estandartes sagrados para que estos consiguieran vencer en el campo de batalla bajo la protección del cristianismo, e incluso muchos sacerdotes y miembros de la Iglesia llegaron a incorporarse a los ejércitos y órdenes militares. Cuando los ejércitos europeos fueron capaces de conquistar los Santos Lugares, volvieron a iniciarse las peregrinaciones, que eran protegidas, atendidas y auxiliadas por las órdenes militares. Durante la primera cruzada en 1099, en la que se conquistó Jerusalén, se decidió crear mecanismos para proteger y dar cobertura a los peregrinos cristianos, quienes eran atacados con frecuencia por los musulmanes. Por tanto, se crearon guarniciones militares y establecimientos de asistencia para los peregrinos fatigados y enfermos. Esta ayuda era suministrada por caballeros cristianos que se establecieron de forma permanente en Palestina, dando lugar a la creación de las órdenes militares<sup>10</sup>.

Se debe agregar que según Martínez Martín y Chamorro Rebollo las órdenes militares surgieron en el seno de las hermandades militares, cuyos miembros tenían los valores de la caballería, el militarismo, la religión y la caridad, desempeñando una gran labor de amor y servicio al prójimo. La principal finalidad de estas órdenes fue la conquista de Tierra Santa, no solamente para extender los valores del cristianismo, sino también para atender y asistir a los heridos y enfermos, construyendo hospitales a lo largo del camino de peregrinación<sup>11</sup>.

Por lo que se refiere a la clasificación de las órdenes militares, según el trabajo realizado por Rodríguez Picavea, se pueden analizar tres tipos de clasificaciones<sup>12</sup>.

La primera clasificación se creó en base al origen de las instituciones de los monjes-guerreros. En este tipo se encontraban dos clases de órdenes militares, por un lado, las que accedían a esta categoría mediante la sacralización de un grupo de caballeros, es decir, un grupo de caballeros laicos asumían los votos monásticos de pobreza, castidad y obediencia, y la aprobación por el Papa de su regla permitía que este grupo de caballeros se convirtiera en una orden militar<sup>13</sup>. Por otro lado, las que accedían a esta categoría a través de la militarización de una orden religiosa, tras la previa aprobación del Papa<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> *Ibidem.*, p. 80.

<sup>11</sup> MARTÍNEZ MARTÍN, M. L., CHAMORRO REBOLLO, E. *Historia de la enfermería. Evolución histórica del cuidado enfermero*, 2.<sup>a</sup> edición. Barcelona: Ed. Elsevier, 2011, p. 55.

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ PICAVEA, E. *Op. cit.*, pp. 43-45.

<sup>13</sup> Incorporadas en este tipo se encontraban la Orden del Temple, la Orden de Santiago, la Orden de los Portaespadas, o la Orden de Dobrin.

<sup>14</sup> Dentro que este tipo se destacaban la Orden del Hospital, la Orden de Santa María de los Teutones, la Orden de San Tomás, la Orden de San Lázaro, o la Orden de Calatrava.

La segunda clasificación se realizaba en base a los modelos regulares de organización de las órdenes militares. En este caso se utilizaron dos modelos de reglas, por un lado, la reforma cisterciense de la regla benedictina, y por otro lado, la regla de San Agustín. En términos generales, las órdenes militares que tuvieron su origen en Tierra Santa se sometieron a una regla producto de la síntesis entre la regla benedictina y la agustina. No obstante, las órdenes hispánicas frecuentemente se sometieron a la regla del Císter.

La tercera clasificación se basaba en la naturaleza y objetivos de las diferentes órdenes militares. Finalmente, haciendo referencia a la propuesta realizada por Carlos de Ayala, se diferencia entre órdenes militares universales, territoriales y nacionales<sup>15</sup>.

En definitiva, podemos mostrar algunos ejemplos de las órdenes militares más relevantes y conocidas: la Orden de los Caballeros Teutónicos<sup>16</sup>; la Orden de los Caballeros de San Lázaro de Jerusalén<sup>17</sup>; la Orden de los Caballeros Templarios<sup>18</sup>;

---

<sup>15</sup> Las órdenes militares universales eran aquellas milicias que aparecieron en Tierra Santa. Las órdenes territoriales fueron aquellas instituciones de monjes-guerreros que entre los siglos XII y XIII surgieron en Europa occidental. Las órdenes nacionales eran consideradas las milicias que aparecieron entre finales del siglo XIII y las dos primeras décadas del siglo XIV en los reinos hispánicos.

<sup>16</sup> Fue creada en Alemania en 1190 por unos caballeros de Bremen y Lübeck, y sus miembros se caracterizaron por sus votos de pobreza, castidad y obediencia, pero al mismo tiempo tenían una especial sensibilidad por la atención y cuidado de los enfermos, al igual que por la protección y defensa de la fe, en MARTÍNEZ MARTÍN, M. L., CHAMORRO REBOLLO, E. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>17</sup> Considerada una de las órdenes militares más pretéritas, se encargó de ofrecer asistencia a los peregrinos que se desplazaban hacia los Santos Lugares, mostrando una especial dedicación y cuidado hacia los leprosos. Los Lazaristas, adoptaron la regla de San Agustín y permitieron la incorporación de caballeros enfermos de lepra pertenecientes a otras órdenes militares, y que habían sido apartados, abandonados y excluidos por el resto de la sociedad. Dentro de esta institución existían dos tipos de caballeros: en primer lugar, los guerreros, quienes principalmente desempeñaban funciones militares, y en segundo lugar, los hospitalarios, dirigidos por un gran maestre enfermo de lepra, y desempeñaban principalmente funciones hospitalarias y asistenciales, en MARTÍNEZ MARTÍN, M. L., CHAMORRO REBOLLO, E. *Op. cit.*, pp. 56-57.

<sup>18</sup> Fue creada en 1128 por Hugo de Payens con fines militares. El origen del nombre de esta orden procede por el templo de Salomón, debido a que la primera sede de esta orden fue en Jerusalén, en unas dependencias del palacio del rey Balduino II que estaban ubicadas exactamente en las ruinas del templo de Salomón. El éxito militar de los templarios fue rotundo, y fueron temidos por las tropas musulmanas y por todos aquellos enemigos a los que se enfrentaron. Llegaron a tener mucho poder y fama, empezaron a mostrar más interés por las cuestiones económicas llegando a convertirse en banqueros, además se les acusó de abusos por conseguir más riqueza y de desobedecer al Papa, y se convirtió en una gran amenaza para Francia, lo que llevó al rey francés Felipe IV a eliminarlos. Finalmente en el año 1312 el papa Clemente VI ordenó la supresión de la Orden, de modo que todos sus bienes y posesiones fueron traspasados mediante bula papal a los hospitalarios de San Juan, salvo las posesiones ubicadas en Portugal, Mallorca, Aragón y Castilla, en HERNÁNDEZ MARTÍN, F. *Op. cit.*, pp. 84-85.

o la Orden de los Caballeros del Santo Sepulcro<sup>19</sup>. Asimismo en España, por un lado, se establecieron algunas órdenes militares, como la Orden del Temple, la del Santo Sepulcro y la de San Juan de Jerusalén, y por otro lado, se crearon algunas órdenes militares españolas, entre las cuales se encuentran las siguientes: la Orden de Calatrava en 1147; la Orden de Santiago en 1175; la Orden de Alcántara en 1176; la Orden de San Jorge de Alfama en 1202; y la Orden de Montesa en 1319<sup>20</sup>.

## II. LA ORDEN DE SAN JUAN DE JERUSALÉN

### 1. EL ORIGEN DE LA ORDEN

La Soberana Orden Militar y Hospitalaria de San Juan de Jerusalén, de Rodas y de Malta, también conocida como Orden de Malta, actualmente es una institución confesional, soberana y nobiliaria, surgida aproximadamente hace mil años, que desempeña una función asistencial y humanitaria y que «acude en socorro de los necesitados sin distinción de nacionalidad, ideología o religión»<sup>21</sup>.

Su origen se remonta hasta principios del siglo XI, cuando un grupo de comerciantes italianos<sup>22</sup> decidieron crear en Jerusalén un hospital para atender y cuidar a los peregrinos<sup>23</sup>. El tráfico mercantil de estos comerciantes les permitió viajar hasta Egipto todos los años, pudiendo introducirse en la corte del califa, y a cambio de ciertos regalos a los altos dirigentes,

---

<sup>19</sup> Nació tras la primera cruzada y la conquista de Jerusalén, momento a partir del cual se ordenó la custodia y protección de los Santos Lugares a un grupo de canónigos regulares. Esta orden se dedicó a cuidar de los peregrinos, y en 1498 el Papa la incorporó a la Orden de San Juan de Jerusalén. HERNÁNDEZ MARTÍN, F. *Op. cit.*, p. 86.

<sup>20</sup> HERNÁNDEZ MARTÍN, F. *Op. cit.*, p. 86.

<sup>21</sup> PÉREZ PEÑA, R. *La Soberana Militar Orden de Malta como sujeto de derecho internacional*. Madrid: Ed. Tecnos, 2013, p. 25.

<sup>22</sup> Según Pérez Peña la Orden del Hospital de San Juan de Jerusalén tuvo su origen en una hermandad de seglares procedentes de diferentes lugares de Europa, que estuvo vinculada originariamente a los benedictinos, en PÉREZ PEÑA, R. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>23</sup> MORENÉS Y MARIÁTEGUI, C. *Op. cit.*, p. 5. Según Campos y Fernández de Sevilla la Orden de San Juan de Jerusalén tuvo su origen en una cofradía de mercaderes caritativos y piadosos de la ciudad de Amalfi, que consiguieron fundar en el año 1099 un hospital para peregrinos en la ciudad de Jerusalén, en CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J. «De la Orden de Caballería a las Órdenes Militares», CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J. *Lux Hispaniarum. Estudios sobre las Órdenes Militares*. Madrid: Ed. Real Consejo de las Órdenes Militares, 1999, p. 26.

consiguieron la autorización para construir junto al Santo Sepulcro un monasterio de rito latino, un hospicio para peregrinos, y una iglesia que recibió el nombre de Santa María la Latina<sup>24</sup>.

En el monasterio fundado en Jerusalén aproximadamente en el año 1048 se celebraban oficios divinos según el rito romano y estaba atendido por monjes de la Orden de San Benito, a los que se encomendó la tarea de administrar la institución y ofrecer asistencia y socorro espiritual y corporal a los peregrinos que se desplazaran a venerar los Santos Lugares o que acudieran a comerciar entre Oriente y Occidente<sup>25</sup>.

Durante la primera cruzada que se desarrolló entre los años 1096 y 1099 el Beato Gerardo<sup>26</sup> aconsejó a los cristianos europeos que conquistaran Jerusalén, como finalmente se produjo en 1099<sup>27</sup>. Tras su conquista se incrementaron notablemente el número de enfermos y heridos, quienes fueron atendidos y cuidados por aquellos hermanos hospitalarios, y al mismo tiempo fueron protegidos por Godofredo de Bouillon, quien acabaría siendo gobernador de la ciudad, mostrando siempre caridad hacia los peregrinos enfermos cristianos, y dando lugar al origen de las primeras órdenes militares de caballería<sup>28</sup>.

El beato Gerardo fue considerado el fundador de los Hospitalarios de San Juan de Jerusalén<sup>29</sup>, quien acabó siendo el primer gran maestre

---

<sup>24</sup> SALVÁ, J. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>25</sup> GONZÁLEZ CARBALLO, J. *Formación y consolidación del señorío de la Orden de San Juan en Andalucía (siglos XIII-XVI)*. Sevilla: Ed. Diputación de Sevilla, 2004, p. 21.

<sup>26</sup> En base a los estudios realizados por LION, R., BELLIDO, A., SILVELA, J., cuenta la leyenda que cuando los ejércitos cristianos asediaron Jerusalén y estaban hambrientos, desde la parte más alta de la muralla Gerardo lanzó pan a estos caballeros sitiadores. Cuando los sarracenos observaron que Gerardo estaba ayudando a los caballeros cristianos, le registraron, y sorprendidos, observaron que únicamente llevaba consigo piedras. Este milagro fue transmitido con admiración y devoción entre las posteriores generaciones de caballeros sanjuanistas, en LION, R., BELLIDO, A., SILVELA, J. «Las Órdenes Militares de Caballería», CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J. *Lux Hispaniarum. Estudios sobre las órdenes militares*. Madrid: Ed. Real Consejo de las Órdenes Militares, 1999, p. 111.

<sup>27</sup> LION, R., BELLIDO, A., SILVELA, J. «Las órdenes militares de caballería», CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J. *Lux Hispaniarum. Estudios sobre las órdenes militares*. Madrid: Ed. Real Consejo de las Órdenes Militares, 1999, p. 111.

<sup>28</sup> LION, R., BELLIDO, A., SILVELA, J. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>29</sup> El origen de la Orden de San Juan tuvo lugar en el hospital para peregrinos ubicado en la ciudad de Jerusalén. En el seno de esa institución destacó la figura de Gerardo Tunc, sobre el que existen dudas acerca de su nacimiento, para unos en Amalfi, y para otros en Provenza, quien contribuyó con su innata caridad a la institución benéfica, y además fue considerado el *padre de los pobres*. Fue perseguido y encadenado por los musulmanes durante el sitio de Jerusalén por los caballeros cruzados, y posteriormente fue protegido y premiado por Godofredo de Bouillon, quien ofreció cuantiosas donaciones al hospital, en SALVÁ, J. *Op. cit.*, p. 12.



de los Caballeros Hospitalarios (1099-1120)<sup>30</sup>. Asimismo, Gerardo se caracterizó por su trabajo y compromiso, consiguiendo que los cofrades empezaran a utilizar un hábito negro en el que estampaban una cruz octogonal blanca, la misma cruz que figuraba en el escudo de la ciudad de Amalfi. Por otro lado, estableció nuevas hospederías y hospitales en Tierra Santa<sup>31</sup>.

La Orden del Hospital de San Juan de Jerusalén fue la segunda que surgió<sup>32</sup>, y se sometió a la de San Agustín, dedicándose al cuidado y asistencia de enfermos y pobres<sup>33</sup>. El papa Pascual II autorizó la Orden, y el 15 de febrero de 1113 dirigió la bula *Pie postulado voluntatis* a su venerable hijo Gerardo, fundador del hospital de Jerusalén, al igual que a sus sucesores, llegando a otorgar grandes privilegios<sup>34</sup> a esta «verdadera casa de Dios». Gerardo logró expandir su red de hospederías y hospitales en Tierra Santa, para asistir y dar cobijo a los peregrinos enfermos, a los cruzados heridos y a la población autóctona necesitada del lugar. Más aún, fueron aumentando de forma considerable las posesiones de la Orden, llegando a implantarse en Jaffa, Cesarea, Haifa, Jericó y San Abraham<sup>35</sup>.

Cuando Gerardo falleció, fue sucedido en el cargo por Raimundo de Podio, quien llegó a ser gran maestre de la Orden de San Juan de Jerusalén entre los años 1120 y 1160. Observó la necesidad de proteger a todos los peregrinos que se desplazaban a Tierra Santa, de modo que decidió transformar la Orden del Hospital en una auténtica orden militar que además de defender la cristiandad lucharía contra los infieles

<sup>30</sup> MORENÉS Y MARIÁTEGUI, C. *Op. cit.*, pp. 9-13.

<sup>31</sup> CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, A., GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F. *Las órdenes y condecoraciones civiles del Reino de España*. Madrid: Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, p. 171.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ PICAVEA, E. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>33</sup> LION, R., BELLIDO, A., SILVELA, J. *Op. cit.*, p. 113.

<sup>34</sup> Los privilegios concedidos a la Orden del Hospital quedaron reflejados en la bula *Pie Postulatio Voluntatis* de 1113 del siguiente modo: «Prescribimos pues que sean siempre preservadas la paz y la integridad de todos los bienes que puedan corresponder a este hospital, por efecto de vuestra benevolencia, para satisfacer las necesidades de los peregrinos y los pobres, en las iglesias tanto de la iglesia de Jerusalén como de las otras iglesias, y en el territorio de sus ciudades, o que pudieran ser ofrecidos por cualquier fiel, hoy y en el futuro, según la libertad divina, o adquiridos por cualquier otro medio justo, o que pudieran serles concedidas, al igual que a sus sucesores y hermanos que cuiden de los peregrinos...» (bula *Pie Postulatio Voluntatis*, papa Pascual II al «venerable hijo Gerardo», año 1113), en GÓMEZ GARCÍA, G. «Iglesias y conventos de la Orden de Malta en España», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, p. 929.

<sup>35</sup> MORENÉS Y MARIÁTEGUI, C. *Op. cit.*, p. 15.

musulmanes<sup>36</sup>. Según Pérez Peña, Raimundo de Podio decidió que los miembros de la Orden además de desempeñar funciones hospitalarias, deberían dedicarse a las armas, de modo que instauró un nuevo cuarto voto, el de combatir a los fieles, de no huir jamás en el combate y de no levantar las armas contra una nación cristiana<sup>37</sup>. Durante el mandato de Raimundo de Podio, asimismo conocido por Raimundo de Puy, se redactó la regla por la que se rigieron los sanjuanistas, regla que se adaptó a la regla de San Agustín, y que además fue confirmada en el año 1120 por el papa Calixto II<sup>38</sup>.

## 2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ORDEN DURANTE LA EDAD MEDIA

A finales del siglo XII la situación de los cristianos en Jerusalén se complicó, y Saladino acabó conquistando Jerusalén en 1187, muriendo en la batalla el gran maestro de la Orden San Juan<sup>39</sup>. Sin embargo los caballeros sanjuanistas aguantaron en sus fortalezas y castillos palestinos casi un siglo más, hasta que el 18 de mayo de 1291 la última fortaleza controlada, la de San Juan de Acre, fue atacada y conquistada por las tropas musulmanas<sup>40</sup>. Posteriormente la Orden se tuvo que desplazar y se estableció de forma temporal en Chipre, desde donde se empezó a convertir en una fuerte flota, con fama por todo el Mediterráneo, protegiendo y defendiendo a los cristianos de los habituales ataques de piratas<sup>41</sup>.

Tras el desarrollo de diferentes acontecimientos históricos y principalmente después del avance del ejército turco, y tras abandonar Jerusalén, San Juan de Acre y Chipre, los caballeros de San Juan se establecieron en Rodas, de ahí que fueran conocidos como los caballeros de Rodas<sup>42</sup>. La conquista de esta isla se produjo en el año 1309, y allí lograron crear un reino soberano bajo el amparo del Papa y todos los monarcas

---

<sup>36</sup> CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, A., GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F. *Op. cit.*, p. 171.

<sup>37</sup> MORENÉS Y MARIÁTEGUI, C. *Op. cit.*, pp. 16-17.

<sup>38</sup> PÉREZ PEÑA, R. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>39</sup> En 1187 Jerusalén fue conquistada por los musulmanes, momento en el cual los hospitalarios trasladaron su sede primero a la fortaleza de Margat, y más tarde a Acre, donde estuvieron establecidos hasta el año 1291 cuando la presencia de los latinos finalizó en Tierra Santa, en RODRÍGUEZ PICAVEA, E. *Op. cit.*, pp. 35-36.

<sup>40</sup> CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, A., GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F. *Op. cit.*, p. 172.

<sup>41</sup> PÉREZ PEÑA, R. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>42</sup> HERNÁNDEZ MARTÍN, F. *Op. cit.*, p. 83.

cristianos<sup>43</sup>. Esta conquista fue conocida porque un reducido grupo de tan solo 35 caballeros se trasladó de Chipre a Rodas con la intención de conquistarla, lo que acabarían consiguiendo. Tras tomar la fortaleza del monte Filermo, los caballeros de San Juan fortificaron Rodas con su típico estilo hospitalario, sobrio, eficaz y estético<sup>44</sup>. Como consecuencia de esta conquista, la Orden obtuvo algunos logros y avances: consiguió soberanía territorial; establecieron relaciones diplomáticas con otros Estados; acuñaron su propia moneda; y se defendieron con éxito de los ataques navales y terrestres de los musulmanes.

En definitiva, se consideró a la Orden como el modelo de defensa de la fe cristiana en el Mediterráneo Oriental<sup>45</sup>, y mantuvo su sede en Rodas durante dos siglos garantizando la protección de los barcos cristianos, al tiempo que continuaron la lucha contra los infieles turcos y berberiscos<sup>46</sup>, llegando a resistir brutales asedios de los turcos como los producidos en los años 1440, 1444, 1469 y 1480<sup>47</sup>.

De nuevo Rodas fue sitiada por los turcos en 1522<sup>48</sup>, de modo que tras una fiera defensa, se produjo el inicio de una tregua. Finalmente tras la firma de la capitulación, el 1 de enero de 1523, un reducido grupo de valerosos caballeros sanjuanistas, recogiendo y portando sus enseres, archivos, banderas y heridos tuvieron que abandonar exiliados la ciudad. La orden peregrinó durante varios años por Messina, Nápoles, Civitavecchia, Viterbo y Niza<sup>49</sup>, hasta que en 1530 el rey Carlos I de España ofreció a estos caballeros la isla de Malta<sup>50</sup>, pasando a ser conocidos

---

<sup>43</sup> CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, A., GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F. *Op. cit.*, p. 172.

<sup>44</sup> MORENÉS Y MARIÁTEGUI, C. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>45</sup> PÉREZ PEÑA, R. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>46</sup> La orden de los hospitalarios asumió durante casi 270 años un importantísimo protagonismo en la protección del Mediterráneo y en la política internacional, mediante la creación de una poderosa y temible flota de barcos que cosechó éxito tras éxito en diferentes batallas, en CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, A., GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F. *Op. cit.*, p. 173.

<sup>47</sup> CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, A., GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F. *Op. cit.*, p. 172.

<sup>48</sup> Solimán el Magnífico dirigió el quinto gran asalto a Rodas, quien llegó a las costas de la isla con más 450 embarcaciones. Tras haber resistido como héroes durante seis meses, se firmó una tregua, que finalmente tuvo como desenlace la salida de los caballeros sanjuanistas de la isla, en CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, A., GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F. *Op. cit.*, p. 172.

<sup>49</sup> PÉREZ PEÑA, R. *Op. cit.*, pp. 27-28.

<sup>50</sup> Para garantizar la libertad de navegación en el mar Mediterráneo y tratar de reducir la amenaza de los turcos en el mar, el rey Carlos I de España concedió de forma perpetua las islas de Malta a la Orden de los Hospitalarios, a cambio de la entrega con carácter anual, y

como los caballeros de Malta<sup>51</sup>, lugar en el que se instalarían de forma permanente<sup>52</sup>.

### 3. LOS RASGOS DE LA ORDEN

La Orden del Hospital de San Juan de Jerusalén se convirtió en el siglo XII en una orden internacional que se dedicó a defender Tierra Santa, y posteriormente se transformó en una orden naval, e institución que combatió la expansión de las tropas musulmanas desde Rodas y más tarde desde Malta<sup>53</sup>.

En un primer momento no era considerada una orden militar, sino que era una institución centrada en la atención y cuidado de los peregrinos que viajaban hacia Tierra Santa, y allí únicamente se transformó en una orden militar a lo largo del siglo XII, cuando aumentó la necesidad de defender el Oriente Latino<sup>54</sup>. De este modo llegamos a la consideración de que aunque en los orígenes de la Orden del Hospital de San Juan de Jerusalén el perfil de los monjes hospitalarios se caracterizaba porque compartían la pobreza, la castidad y obediencia con otras órdenes, los hospitalarios no se dedicaban a las armas. Es cierto que sus funciones originarias fueron las acciones caritativas y la asistencia a los pobres y a los enfermos, sin embargo más tarde acabarían desempeñando también las mencionadas funciones militares<sup>55</sup>.

---

en señal de vasallaje, de un halcón vivo, el conocido *halcón maltés*, en CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, A., GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F. *Op. cit.*, pp. 172-173.

<sup>51</sup> Según el trabajo realizado por Morenés y Mariátegui, en la isla de Malta la Orden contó con ocho grandes maestros españoles: frey Juan de Homedes y Coscón (1536-1553); frey Martín Garcés (1595-1601); frey Martín de Redín y Cruzat (1657-1660); frey Rafael Cotoner y Oleza (1660-1663); frey Nicolás Cotoner y Oleza (1663-1680); frey Raimundo Perellós de Rocafull (1697-1720); frey Raimundo Despuig de Montenegro (1736-1741); frey Francisco Ximénez de Tejada (1773-1775), en MORENÉS Y MARIÁTEGUI, C. *Op. cit.*, pp. 64-66.

<sup>52</sup> HERNÁNDEZ MARTÍN, F. *Op. cit.*, p. 83.

<sup>53</sup> BARQUERO GOÑI, C. «La actividad militar de la Orden de San Juan en la Península Ibérica durante la Edad Media (siglos XII-XV)», en TORRES JIMÉNEZ, R., RUIZ GÓMEZ, F. *Órdenes militares y construcción de la sociedad occidental (siglos XII-XV)*. Ed. Sílex, 2016, pp. 269.

<sup>54</sup> BARQUERO GOÑI, Carlos. *Los caballeros hospitalarios en España durante la Edad Media (siglos XII-XV)*. Burgos: Editorial La Olmeda, S.L., 2003, p. 11.

<sup>55</sup> ALVARADO PLANAS, J. «La santificación del *bellator* y la temprana militarización de la Orden del Hospital», en ALVARADO PLANAS, J., Y SALAZAR Y ACHA, J. (COORDS.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, p. 167.

Este proceso de militarización de la orden también ha sido planteado por Rodríguez Picavea, afirmando que los caballeros sanjuanistas no se convirtieron en monjes sin abandonar el uso de las armas, sino que por el contrario fue una orden religiosa preexistente que sufrió una transformación y se militarizó, provocando la aparición de una orden militar<sup>56</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Barquero Goñi, sosteniendo que la Orden del Hospital se creó como una orden religiosa cuyo fin fue la protección y cuidado de peregrinos, pobres y enfermos en Jerusalén desde las últimas décadas del siglo XI y los primeros años del siglo XII, sin embargo, debido a las necesidades militares y defensivas que requería la cristiandad en el Oriente latino<sup>57</sup>, aproximadamente a mediados del siglo XII la Orden del Hospital se convirtió en una orden militar<sup>58</sup>.

Por otro lado, según Rodríguez Picavea, la transformación de los miembros de esta orden se produjo principalmente por cuatro factores: en primer lugar, la necesaria presencia de brazos armados de forma permanente que pudieran defender Tierra Santa; en segundo lugar, la intención de la Iglesia de poder contar con la participación de nuevos *milites Christi*; en tercer lugar, el ejemplo de los templarios, quienes en un principio fueron asociados al complejo del hospital; y en último lugar, el vínculo y habitual identificación que en Occidente se daba entre los templarios y hospitalarios<sup>59</sup>.

Los caballeros sanjuanistas tenían los votos monásticos de obediencia, pobreza y castidad, a los que posteriormente se añadió el de tomar las armas en defensa de la religión. Asimismo, desde su origen la Orden estuvo constituida por tres grupos de personas: en primer lugar, los clérigos o limosneros; en segundo lugar, los hermanos sirvientes que cuidaban a los enfermos; y en tercer lugar, los caballeros<sup>60</sup>. Por otro lado, según los estudios desarrollados por Morenés y Mariátegui, Raimundo de Podio realizó una distinción de las clases de miembros que pertenecían a la Orden: en primer lugar se encontraban los caballeros, quienes procedían de la nobleza,

---

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ PICAVEA, E. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>57</sup> Desde el segundo tercio del siglo XII los freires de las órdenes militares asumieron la obligación de defender y poblar las fronteras de la cristiandad latina, y así cumplir su promesa de luchar contra los infieles y defender a los cristianos. Este compromiso fue asumido por los templarios y por supuesto también por los hospitalarios, quienes al tiempo de su proceso de militarización, fueron encargándose cada vez más de proteger las fronteras del Oriente latino, en JOSSEERAND, P. «Frontera y órdenes militares en la cristiandad latina medieval», en TORRES JIMÉNEZ, R., RUIZ GÓMEZ, F. *Órdenes militares y construcción de la sociedad occidental (siglos XII-XV)*. Ed. Sílex, 2016, pp. 210-211.

<sup>58</sup> BARQUERO GOÑI, Carlos. «La actividad militar de la Orden de San Juan en la Península Ibérica durante la Edad Media (siglos XII-XV)». *Op. cit.*, pp. 272.

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ PICAVEA, E. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>60</sup> SALVÁ, J. *Op. cit.*, p. 13.

tenían educación militar y una completa preparación; en segundo lugar, los sacerdotes, quienes realizaban sus habituales funciones eclesiásticas y asistenciales a los enfermos, y durante los conflictos bélicos desempeñaban la función de capellán; y en tercer lugar, los hermanos sargentos de armas, que fueron las personas que no eran eclesiásticos ni habían tenido puestos de responsabilidad en los ejércitos cruzados<sup>61</sup>.

#### 4. LA PRESENCIA DE LA ORDEN DE SAN JUAN EN LA PENÍNSULA IBÉRICA

En el siglo XI los caballeros de la Orden de San Juan llegaron a la Península Ibérica con el objetivo de intentar recaudar fondos económicos para el hospital de Jerusalén, llegando a conseguir grandes aportaciones económicas y posesiones<sup>62</sup>. Los sanjuanistas llegaron en pequeños grupos recogiendo limosnas, no obstante, según iban teniendo más éxito en esta labor, decidieron establecer asentamientos estables de freires de la Orden. El primero que se encuentra de forma documentada en la Corona de Castilla fue el de la Bóveda de Toro en el año 1116, aunque en Cataluña parece ser que ya existía en el año 1111 una casa del hospital en Cervera. Por otro lado, desde el año 1112 existía en Portugal la primera casa de la Orden del Hospital en Leça<sup>63</sup>.

La Orden de San Juan tuvo una especial relevancia en la Reconquista, participando en las batallas de Alarcos en 1195, y en la de las Navas de Tolosa en 1212, y en las conquistas de Mallorca en 1229, Valencia en 1238, Murcia en 1243, Jaén en 1246, Córdoba en 1246, Sevilla en 1248, Lorca en 1266, Baeza en 1277, o en el Salado en 1340<sup>64</sup>. Fruto de la buena voluntad y colaboración de los caballeros sanjuanistas, los reyes de Castilla y León y los de Aragón otorgaron a la Orden numerosas fortalezas, tierras y privilegios, y a cambio contribuyeron a repoblar y organizar grandes territorios<sup>65</sup>.

A lo largo de toda la Edad Media los miembros de la Orden en la Península Ibérica se encargaron de apropiarse y enviar recursos materiales y humanos para contribuir a la protección y mantenimiento de su convento central en el Oriente latino. No obstante, la Orden del Hospital en la

<sup>61</sup> MORENÉS Y MARIÁTEGUI, C. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>62</sup> HERNÁNDEZ MARTÍN, F. *Op. cit.*, p. 83.

<sup>63</sup> BARQUERO GOÑI, C. *Los caballeros hospitalarios. Op. cit.*, pp. 13-14.

<sup>64</sup> MORENÉS Y MARIÁTEGUI, C. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>65</sup> CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, A., GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F. *Op. cit.*, p. 172.

Península Ibérica además se encargaba de desempeñar otras dos importantes funciones: por un lado, prestaba servicios militares en la Península Ibérica y en Oriente; y por otro lado, desempeñaba una función asistencial hacia los más desfavorecidos<sup>66</sup>.

A partir del reinado de los Reyes Católicos en adelante hubo una progresiva tendencia hacia el control de la monarquía sobre la Orden de San Juan. Según Baltar Rodríguez mientras que «durante la Edad Media la Orden de San Juan se extendió por toda la Península mediante donaciones y enajenaciones de los concejos de realengo, con Isabel y Fernando el proceso se invirtió, y progresó en favor de la Corona durante los siglos siguientes, bien de forma autoritaria o mediante el recurso a procesos judiciales que provocaban sentencias antiseñoriales»<sup>67</sup>.

### III. LA LABOR SOCIAL DE LA ORDEN DE SAN JUAN DE JERUSALÉN

#### I. ASPECTOS GENERALES

Según Ayala Martínez todas las órdenes militares, aunque con diferentes intensidades, manifestaron una preocupación por atender las cuatro facetas distintas que entrañaba la actividad hospitalaria: en primer lugar, la asistencia a los miembros enfermos o ancianos de las propias órdenes; en segundo lugar, la atención a los heridos en combate; en tercer lugar, la redención de cautivos; y en cuarto lugar, el auxilio a pobres y necesitados<sup>68</sup>.

Para desarrollar su faceta asistencial las órdenes de caballería contaron con alberguerías, enfermerías y hospitales. Imitando el papel desempeñado por las órdenes de Jerusalén, entre las que por supuesto se encontraba la de San Juan, en España surgieron otras órdenes, como la Orden de Santiago, que también desempeñó una faceta hospitalaria mediante la fundación de establecimientos, como fue su principal hospital

---

<sup>66</sup> BARQUERO GOÑI, C. *Los caballeros hospitalarios*. *Op.cit.*, p. 155.

<sup>67</sup> BALTAR RODRÍGUEZ, J. F. «La estructura de la Orden de San Juan de Jerusalén en la Edad Moderna», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, p. 303.

<sup>68</sup> AYALA MARTÍNEZ, C. «El universo de las órdenes militares en la Edad Media. Los freires y los confines de la cristiandad» en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, p. 76.

ubicado en Cuenca desde el siglo XII<sup>69</sup>. La actividad que realizó la Orden de San Juan en España durante la Edad Media se centró principalmente en cuatro facetas: en primer lugar, la ayuda a Oriente; en segundo lugar, la actividad militar; en tercer lugar, la labor hospitalaria; y finalmente, la actividad financiera<sup>70</sup>.

Siguiendo a Barquero Goñi, desde los siglos XII y XIII la Orden de San Juan tuvo desplegados diferentes centros hospitalarios y asistenciales. Se puede destacar entre los construidos en Tierra Santa, el gran hospital edificado junto a su convento central. Además, fueron importantes los establecimientos que continuó construyendo durante la Baja Edad Media en Rodas, al igual que el gran número de hospitales que consiguió construir en el Occidente europeo. Asimismo, en España la Orden de San Juan construyó hospitales pequeños a lo largo del Camino de Santiago, al igual que en otros lugares de la Península Ibérica<sup>71</sup>, como fueron el de Consuegra creado en 1453, o el hospital del monasterio femenino de Sijena<sup>72</sup>.

En definitiva, la Orden de San Juan de Jerusalén fue considerada la orden más hospitalaria, llegando incluso a identificar el hospital como un «palacio de los enfermos» donde se recibía a «nuestros señores los enfermos». Para esta orden militar fue un honor tener el hospital central de los sanjuanistas, que fue una referencia para otros establecimientos hospitalarios, el cual estuvo asentado en un primer momento en Jerusalén, y más tarde en Acre, Rodas y por último en Malta<sup>73</sup>.

## 2. MANIFESTACIONES DE LA LABOR ASISTENCIAL DE LA ORDEN DE SAN JUAN DE JERUSALÉN

Las funciones de las órdenes militares se centraron principalmente en la defensa de la cristiandad mediante el uso de las armas, aunque también desempeñaron una función hospitalaria y asistencial. De este modo podemos hacer referencia a un extracto del trabajo realizado por Fernández de Béthencourt, donde se manifiesta el vínculo entre lo militar y lo religioso

<sup>69</sup> MADRID MEDINA, A. «La actividad hospitalaria de la Orden de Malta en España», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, pp. 577-578.

<sup>70</sup> BARQUERO GOÑI, C. «Los hospitalarios en España durante la Edad Media», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, p. 218.

<sup>71</sup> *Ibidem.*, p. 220.

<sup>72</sup> RODRÍGUEZ PICAVEA, E. *Op. cit.*, pp. 260-261.

<sup>73</sup> *Ibidem.*, pp. 260-261.



del siguiente modo: «...ya que Santo Tomás de Aquino enseñó, que puede fundarse una orden religiosa para la vida militar, no con un fin temporal, sino para la defensa del culto divino, del bien público o de los pobres y de los oprimidos»<sup>74</sup>.

En este trabajo vamos a mostrar las siguientes manifestaciones relativas a la labor asistencial y hospitalaria de la Orden de San Juan de Jerusalén a lo largo de la Edad Media: la hospitalidad; la acción sanitaria; la provisión de alimentos; la protección de los peregrinos; la protección de los pobres; y la redención de cautivos.

**La hospitalidad.** Como hemos señalado anteriormente, una de las principales funciones desarrolladas por las órdenes militares en Tierra Santa fue el ejercicio de la hospitalidad, practicada por la Orden del Hospital de San Juan de Jerusalén, la Orden de Santa María de los Teutónicos, la Orden de San Lázaro, y la Orden de Santo Tomás de Acre, órdenes que a pesar de que en un origen tenían un fin hospitalario, fueron sufriendo un proceso de militarización. La hospitalidad de las órdenes militares tuvo su origen en la práctica de la caridad, lo que permitió que sus integrantes desarrollaran actividades caritativas, ofreciendo atención a los pobres y necesitados, sanando a los enfermos, atendiendo a los peregrinos, y por supuesto atendiendo a los ancianos, enfermos y necesitados pertenecientes a su propia orden<sup>75</sup>.

Según afirma Madrid Medina, a pesar de que la hospitalidad es un rasgo generalizado en las órdenes militares, sin embargo en esta faceta hospitalaria tiene una mayor relevancia la Orden de San Juan, puesto que por su propia naturaleza tuvo un origen más humanitario que militar, aunque posteriormente acabó desarrollando su faceta defensiva y militar. En definitiva, la tarea asistencial de la Orden de San Juan fue amplia puesto que además de ofrecer una asistencia sanitaria, también se encargaría de ayudar y asistir a pobres, peregrinos, niños expósitos y encargarse del enterramiento de ajusticiados<sup>76</sup>.

Respecto a las normas de hospitalidad, las bulas recogían de forma categórica la faceta asistencial de la Orden de San Juan, pero quizás podemos destacar principalmente dos de ellas: las bulas *Quam amabilis Deo* de 7

---

<sup>74</sup> FERNÁNDEZ DE BÉTHENCOURT, M. «La Orden de Malta en el ordenamiento jurídico internacional», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, p. 1038.

<sup>75</sup> RODRÍGUEZ PICAVEA, E.. *Op. cit.*, pp. 251-256.

<sup>76</sup> MADRID MEDINA, A. *Op. cit.*, pp. 580-581.

de mayo de 1139/1143<sup>77</sup> y *Christiane fidei religio* de 29 de enero de 1153. En esta época Raimundo de Podio redactó una regla configuradora de la Orden, en la que se hacía especial hincapié en la protección de los pobres y enfermos, coincidiendo con la voluntad de otorgar a la Orden de San Juan un carácter religioso<sup>78</sup>.

Según Bueno Pimenta, la regla redactada por Raimundo de Podio estaba formada por diecinueve prescripciones. Tras la introducción, tanto en la primera<sup>79</sup> como en la segunda disposición<sup>80</sup> se incorporaron preceptos sobre la profesión de los tres votos religiosos de castidad, obediencia y pobreza. Asimismo, en la introducción se identificaba a Raimundo como *servus pauperum Christi et custos Hospitalis Jerosolimitani*, lo que significa «siervo de los pobres de Cristo...». Hasta finales del siglo XII fueron considerados principalmente pobres los peregrinos, a los que había que asistir y dar cobijo, mientras que las viudas y huérfanos con carácter general no recibirían tanto respaldo ni protección<sup>81</sup>. En la disposición tercera<sup>82</sup> se hacía referencia al comportamiento de los freires en los servicios de la iglesia y la visita a

---

<sup>77</sup> Se contemplaba una mención expresa a la protección física de los peregrinos que se desplazaban a ultramar, directamente vinculada al cuidado de los necesitados, haciendo referencia a la participación de un personal no perteneciente institucionalmente al hospital y sí mantenido por los freires, en GARCÍA-GUIJARRO RAMOS, L. «San Juan del hospital: bulas fundacionales y conformación de los rasgos básicos de la orden en la primera mitad del siglo XII», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, p. 124.

<sup>78</sup> GARCÍA-GUIJARRO RAMOS, L. *Op. cit.*, p. 124.

<sup>79</sup> Disposición primera de la Regla de Raimundo de Podio. Cómo debe ser hecha la profesión de los freires: «Todos los freires que acudieran al servicio de los pobres prometerían tres cosas a Dios *per manum sacerdotis in per librum*, promesas que habrán de mantener con su ayuda: castidad, obediencia respecto a lo que les ordenaran sus maestros, y vivir sin propio; ya que las tres cosas les serían exigidas por Dios en el juicio final», en BUENO PIMENTA, F. «Génesis y evolución del patrimonio de la soberana y militar Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén, de Rodas y de Malta», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, pp. 571-575.

<sup>80</sup> Disposición segunda de la Regla de Raimundo de Podio. Qué es lo que pueden demandar los freires: «Los freires no exigirán otra cosa que el pan, agua y vestido que les fuera suministrado. El vestido sea humilde, porque los siervos del Señor, del que se declaran siervos, andan desnudos y harapientos; ya que es cosa reprobable que el siervo sea soberbio y el Señor humilde», en BUENO PIMENTA, F. *Op. cit.*, pp. 571-575.

<sup>81</sup> BUENO PIMENTA, F. *Op. cit.*, pp. 549-550.

<sup>82</sup> Disposición tercera de la Regla de Raimundo de Podio. Del comportamiento de los freires en los servicios de la iglesia y visita a los enfermos: «Cuando estén en la iglesia, sean honestos y su conversación apropiada. Los clérigos sirvan al presbítero en el altar con vestiduras blancas; el diácono o subdiácono, y si necesario fuera otro clérigo, celebren este mismo oficio. En la iglesia siempre debe haber luz encendida, de día y de noche. Cuando el presbítero acuda a la visita de enfermos, portando religiosamente el cuerpo de Cristo, vaya con vestiduras blancas, precedido del diácono o subdiácono, o al menos de un acólito,

los enfermos. Asimismo, entre la cuarta y séptima disposición<sup>83</sup> se hacía hincapié a la colecta de las limosnas, y en la octava<sup>84</sup> a las prestaciones alimenticias y al vestido<sup>85</sup>.

La decimosexta disposición<sup>86</sup> de la regla de Raimundo se refería al cuidado y atención que se debía ofrecer a los «señores enfermos», otorgando el

---

llevando una luz encendida y una esponja con agua bendita», en BUENO PIMENTA, F. *Op. cit.*, pp. 571-575.

<sup>83</sup> Disposición cuarta de la Regla de Raimundo de Podio. Cómo deben ir y presentarse los freires: «Además, cuando los freires vayan por ciudades y castillos *—per civitates et castella—* no lo hagan solos, sino de dos en dos o de tres en tres, y no con quien deseen sino con quienes el maestre les ordene ir; y cuando llegaran a donde quisieran, permanezcan juntos y con el hábito. En la apariencia de sus movimientos no hagan nada que pueda ofender a alguien, sino que muestren santidad. Cuando estuvieran en la casa, en la iglesia o en cualquier otro lugar donde pueda haber mujeres, preserven su pudor, e impidan que las mujeres les laven la cabeza, los pies o les hagan la cama. Dios, que habita en los lugares santos, les guarde de este modo».

Disposición quinta de la Regla de Raimundo de Podio. Quiénes y cómo deben pedirse las limosnas: «Cuando personas religiosas de entre los freires clérigos y laicos vayan a pedir limosna para los santos pobres, y deseen hospedaje, acudan a las iglesias o a personas honestas pidiendo de comer por caridad y sin comprar nada. Pero si no encontraran quien les ayude, comprarían lo estrictamente necesario para hacer una sola y frugal comida con la que poderse sustentar».

Disposición sexta de la Regla de Raimundo de Podio. Del destino de las limosnas y de los bienes de la casa: «De lo recibido en concepto de limosna, no obtengan tierra ni prendas [*pignus*], sino que todo lo remitan, mediante relación escrita, al maestre, y el maestre, a su vez, lo haga llegar a los pobres del hospital, recibiendo de todas las obediencias, eso sí, la tercera parte del pan, vino y alimentos; y si algo sobrara, remítalo también junto con la limosna y un escrito, a los pobres de Jerusalén».

Disposición séptima de la Regla de Raimundo de Podio. Quiénes y de qué modo debe llevarse a cabo la predicación: «Ningún freire de cualquier obediencia que sea vaya a predicar o recoger colectas sino aquellos que el capítulo y los maestros de la iglesia manden. Los freires que fueren designados a tal fin, sean recibidos en cualquiera de las obediencias a las que lleguen, recibiendo en ellas el alimento que estuviera establecido entre los freires del lugar, no pudiendo solicitar ninguna otra cosa. Lleven consigo una luz, y en cualquier casa del hospital en que pasen la noche, manténganla ardiéndola ante sí», en BUENO PIMENTA, F. *Op. cit.*, pp. 571-575.

<sup>84</sup> Disposición octava de la Regla de Raimundo de Podio. Del vestido y alimento de los freires: «Se prohíbe que los freires vistan otra cosa que paños “ysambrunos” y “galambunos”, fustanes y pieles salvajes. No coman sino dos veces al día, debiendo abstenerse de carne los miércoles y sábados, y desde Septuagésima hasta Pascua, salvo los enfermos y débiles. Nunca duerman desnudos, sino vestidos con camisas de lino o algodón, o cualquier otra vestimenta», en BUENO PIMENTA, F. *Op. cit.* pp. 571-575.

<sup>85</sup> BUENO PIMENTA, F. *Op. cit.*, p. 550.

<sup>86</sup> Disposición decimosexta de la Regla de Raimundo de Podio. Cómo deben ser tratados los señores enfermos: «En aquella obediencia que gobierne el maestre [y el capítulo] del hospital, cuando llegara un enfermo, sea recibido. Confiese primero sus pecados al presbítero, y después sea conducido al lecho, y allí permanezca todo el día como señor según las posibilidades de la casa; antes que los freires vayan a comer, désele la comida; los domingos, cántese la epístola y el evangelio en la casa, y en cuando se efectúe la procesión sea rociada con agua bendita. Si alguno de los freires, que están al frente de obediencias

título de señores a los pobres, y por tanto, mostrando la visión judeocristiana del pobre como ser predilecto de Dios. La idea central es que las primeras atenciones que se deben ofrecer a los enfermos deben ser las espirituales, para que puedan purificarse de sus pecados mediante la confesión de los mismos ante un sacerdote. Posteriormente se cubrirían sus necesidades materiales, es decir, el alimento y el cobijo<sup>87</sup>.

En definitiva, Raimundo de Podio, considerado el primer maestro de la Orden, se encargó de redactar la primera regla hospitalaria cuya finalidad principal fue el socorro y cuidado de los enfermos<sup>88</sup>. En esta época los miembros de la orden estaban clasificados del siguiente modo: freires caballeros, freires capellanes y sirvientes. Mientras que en la época del beato Gerardo únicamente existía una clase, los *fratres pauperibus serventes* (hermanos siervos de los pobres), quienes eran ayudados y auxiliados por capellanes y eclesiásticos<sup>89</sup>.

En el siglo XII la Orden de San Juan no contaba con los miembros suficientes para cuidar a todos los pobres que requerían su ayuda, de modo que tuvo que contar con la asistencia de *laicos veros liberos* para que se encargaran de cuidar a los pobres y necesitados. La principal razón de esta decisión fue que el número de receptores de la asistencia caritativa del hospital superaba a la de los freires capaces de atenderlos. Esta situación de desequilibrio produjo un efecto llamada a los necesitados que no fue compensada con una incorporación equivalente de personas que atendieran a estos individuos<sup>90</sup>.

**La acción sanitaria.** Por otro lado, las órdenes militares desempeñaron una importante acción sanitaria dirigida a los enfermos que integraban la propia orden militar y también a cualquier otro enfermo que requiriese atención sanitaria aunque no pertenecieran a la institución. Los miembros de la propia orden militar eran atendidos en las enfermerías que había en sus sedes, donde los pacientes recibían tanto atención sanitaria como alimentos. Sin embargo, para atender a los enfermos que no formaban parte de las órdenes militares se construyeron hospitales. A veces no se diferenciaba de forma clara entre las instituciones hospitalarias que se centraban en la atención pre-

---

por las distintas zonas, desviara hacia seculares el dinero de los pobres, rebelándose de este modo contra el maestro y los freires, sea expulsado de la comunidad de freires». BUENO PIMENTA, F. *Op. cit.*, pp. 571-575.

<sup>87</sup> BUENO PIMENTA, F. *Op. cit.*, p. 552.

<sup>88</sup> ASCOZ Y PLANES, O. «Los grandes maestros españoles de la orden de Malta», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, pp. 354-355.

<sup>89</sup> BUENO PIMENTA, F. *Op. cit.*, p. 551.

<sup>90</sup> GARCÍA-GUIJARRO RAMOS, L. *Op. cit.*, p. 123.

ferente a los necesitados o por el contrario aquellas en las que se dedicaban principalmente en asistir a los miembros de las órdenes militares<sup>91</sup>.

En 1181 el maestre Roger de Molins manifestó la importancia de realizar un buen diagnóstico a los enfermos, incorporando en los tratamientos realizados en el hospital de Jerusalén la realización de análisis de orina, aconsejó la existencia de camas apropiadas, cunas para los niños, e incluso que los pacientes pudieran disponer de pellizas, botas de calzar y bonetes de lana para poder andar por las habitaciones<sup>92</sup>. En las ordenanzas aprobadas por el capítulo general de Acre y confirmadas y ratificadas por frey Hugo de Revel (1258-1277) se recogían las formas que se debían emplear para tratar a un paciente que fuera miembro de la orden. Los freires enfermos que estuvieran en la enfermería debían llevar su propia cama, armas y todo su arnés, y en el caso que falleciera, todas sus posesiones debían ser repartidas. Además, estos pacientes miembros de la Orden no debían recibir ningún tipo de comida especial, e incluso serían privados de la misma si se encontraban jugando al ajedrez o leyendo novelas<sup>93</sup>. Asimismo, el maestre Jean de Lastic (1437-1454) otorgó una especial relevancia a la sanidad y a la cualificación y dedicación que debían tener los médicos<sup>94</sup>.

En referencia a los establecimientos hospitalarios, en términos generales, durante la Edad Media los hospitales fueron establecimientos donde se recibía a todo tipo de personas, logrando que las órdenes militares fueran instituciones cercanas con la sociedad, y en definitiva, con las personas más necesitadas<sup>95</sup>. Por otro lado, en cuanto al mantenimiento de los hospitales de Oriente, la Orden de San Juan pudo financiar su faceta asistencial con las *responsiones* o recursos económicos que se enviaban a Oriente para garantizar el mantenimiento de la Orden del Hospital, y al mismo tiempo para cubrir los gastos del gran hospital<sup>96</sup>.

La Orden de San Juan nunca abandonó su faceta hospitalaria, y de hecho, los freires sanjuanistas en todo momento mantuvieron un gran hospital en todos aquellos territorios donde establecieron su sede, es decir, Jerusalén, Limassol en Chipre y Rodas, al igual que en diferentes lugares de Occidente<sup>97</sup>. A finales de la Edad Media todavía había constancia de la construcción de nuevos establecimientos hospitalarios, como fue el

---

<sup>91</sup> RODRÍGUEZ PICAVEA, E. *Op. cit.*, pp. 257-260.

<sup>92</sup> MADRID MEDINA, A. *Op. cit.*, p. 582.

<sup>93</sup> *Ibidem.*, p. 582.

<sup>94</sup> MADRID MEDINA, A. *Op. cit.*, p. 583.

<sup>95</sup> *Ibidem.*, p. 260.

<sup>96</sup> MADRID MEDINA, A. *Op. cit.*, p.578.

<sup>97</sup> BARQUERO GOÑI, C, *Los caballeros hospitalarios. Op. cit.*, p. 167.

magnífico hospital de Rodas en 1440<sup>98</sup>. Durante la Edad Moderna en Malta fundaron en 1584 un hospital en la ciudad de la Valetta, donde se elaboraron unos estatutos muy detallados donde se recogía de forma clara y precisa cómo se debía proceder para cuidar y sanar a las personas enfermas que se encontraban internadas<sup>99</sup>.

Aún más, durante la Edad Media se construyeron muchos hospitales en la Península Ibérica<sup>100</sup>. Es probable que el hospital de Ares en Cataluña fuera sanjuanista en el siglo XII. En Portugal existía a mediados del siglo XII un hospital de la Orden en la ciudad de Braga. En Navarra destacaron los hospitales de la Orden de San Juan en Bargota, Cagolludo y Cizur, los cuales estuvieron en funcionamiento durante los siglos XII y XIII. Asimismo hubo constancia del desarrollo de actividades caritativas y asistenciales tanto dentro de la Corona de Aragón en la ciudad de Zaragoza como en Castilla y León<sup>101</sup>.

Del mismo modo destacó el hospital de los pobres en Puente de Órbigo, en funcionamiento desde mediados del siglo XIV, que estuvo dirigido por un freire de la Orden del Hospital de San Juan, quien fue nombrado por el prior de Castilla y León. Además, el hospital para peregrinos de Portomarín, en funcionamiento desde el siglo XII, y cuyo edificio fue rehabilitado en 1484 por el comendador de la Orden de San Juan de Trevejo y de Portomarín frey Juan Piñeiro. Se debe agregar la importante función desempeñada por el hospital de doña María Ramírez, ubicado cerca de Navarrete en la Rioja, institución que ofreció asistencia y ayuda, y que estaba

---

<sup>98</sup> *Ibidem.*, p. 168.

<sup>99</sup> HERNÁNDEZ MARTÍN, F. *Op. cit.*, pp. 83-84.

<sup>100</sup> Según el trabajo realizado por Madrid Medina a continuación vamos a mostrar su recopilación de los hospitales de la Orden de San Juan en España. En el Gran Priorato de Navarra destacan los siguientes: Apat Hospital; Bargota; Cizur la Menor; Cogullo; Pamplona; Induráin; Puente la Reina; Roncesvalles (probable). En la Castellania de Amposta los divide en hospitales de Aragón (Berbegal, Huesca, Jaca, La Litera, Sijena, Zaragoza), de Cataluña (Alguaire, Corbera, Espluga de Francolí, Les Cabanyes, Vic) y de Valencia (Ares, Valencia). En el Gran Priorato de Castilla diferencia entre los hospitales de la Cornisa cantábrica en los del Camino de Santiago (Iruña, Castro, Villapañada, Beade, Furelos, Incio, Mirallos, Osoño, Ribadavia, San Juan de Portomarín, San Salvador de Quiroga, Santa María del Hospital de Padendra, Sarria, Sendelle de Crecente, Sieiro, Puente de Órbigo, Puente de Ítero), los hospitales de Castilla y León (Atapuerca, Cevico de la Torre, Hospital de doña Ramírez, Quintanilla de las Carretas, Reinoso, Benavente, Villar de Fallaves), hospital de Andalucía (Lora) y del Campo de San Juan (Arenas de San Juan, Consuegra, Herencia, Madridejos, Quero, Santa María del Monte, Villacañas, Villafranca de los Caballeros), en MADRID MEDINA, A. *Op. cit.*, pp. 607-609.

<sup>101</sup> BARQUERO GOÑI, C. *Los caballeros hospitalarios. Op. cit.*, pp. 167-168.

integrada dentro de la Orden de San Juan, aunque tenía mucha independencia del prior de Castilla<sup>102</sup>.

**La provisión de alimentos.** Fue una de las principales preocupaciones para los caballeros de las órdenes militares<sup>103</sup> y de la sociedad del Oriente latino, y por supuesto, también para los caballeros sanjuanistas, quienes tenían que alimentar a sus hermanos y miembros de su orden, al igual que tenían la obligación de asistir y dar cobijo a los peregrinos y a los pobres que demandaban ayuda en sus hospitales. Por todo ello fueron muy relevantes las provisiones y los abastecimientos de víveres enviados desde sus encomiendas y prioratos en Occidente<sup>104</sup>.

El rey Balduino II ordenó que hubiera una adecuada provisión de alimentos, de modo que instó a que se aprobara una exención de impuestos para todos los productos agrícolas como legumbres, cebada o trigo que hubieran sido transportados a Jerusalén tanto por cristianos como por musulmanes. Asimismo, el monarca se preocupó por proveer de alimento a los peregrinos y enfermos, prueba de ello fue la donación que hizo en el año 1122 al hospital de la Orden en Nablus, cuando donó diversos tipos de alimentos (maíz, cebada, frijoles, garbanzos y otras clases de legumbres)<sup>105</sup>.

**La protección de los peregrinos.** Una de las especialidades de la Orden de San Juan fue la protección de los peregrinos, a quienes protegía tanto en Oriente como en Occidente, y en la Península Ibérica a lo largo de todo el Camino de Santiago, ya que contaba con hospitales, iglesias y casas desde Roma hasta Santiago de Compostela para dar cobijo, descanso y ayuda a todos los peregrinos que lo necesitaran<sup>106</sup>. Según Bueno Pimenta, los peregrinos eran identificados como las personas que vagaban por las tierras ajenas, así como los vagabundos o las personas carentes de tierras propias, y con el paso del tiempo fueron considerados aquellos creyentes que se desplazaban a lugares santos para buscar y hallar su salvación<sup>107</sup>.

Con la finalidad de ayudar y socorrer a todos los peregrinos se construyeron casas de acogida y hospederías, en las cuales se ofrecía alimento,

---

<sup>102</sup> *Ibidem.*, p. 169.

<sup>103</sup> El maestro de la Orden de San Juan de Jersusalén Roger de Molins consideraba primordial una adecuada alimentación para garantizar una correcta recuperación de los enfermos, debiendo ofrecer pan y vino y cocidos tres veces a la semana a los pacientes, en MADRID MEDINA, A. *Op. cit.*, p. 582.

<sup>104</sup> BRONSTEIN, J. «Producción alimentaria de la Orden de San Juan en el este latino», en TORRES JIMÉNEZ, R., RUIZ GÓMEZ, F. *Órdenes militares y construcción de la sociedad occidental (siglos XII-XV)*. Ed. Sílex, 2016, p. 197.

<sup>105</sup> *Ibidem.*, p. 201.

<sup>106</sup> MORENÉS Y MARIÁTEGUI, C. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>107</sup> BUENO PIMENTA, F. *Op. cit.*, p. 536.

descanso, oración y asistencia sanitaria<sup>108</sup>. Entre los santuarios de la Orden de San Juan que atendían a los peregrinos se encontraban los siguientes: Virgen de la Sierra en Villarrubia de los Ojos (Ciudad Real), ubicado en el lugar limítrofe entre las órdenes de San Juan y Calatrava. Su hospedería actual procede del antiguo hospital donde se recibía y atendía a los peregrinos; Santo Cristo de la Palma del valle en Tembleque (Toledo), donde se construyó un hospital de peregrinos y una ermita, cuyas obras terminaron en 1698; Santo Cristo de Urda (Toledo), el cual llegó a recibir más de un millón de peregrinos que fueron atendidos en el próximo Sacro Convento de Santa María del Monte<sup>109</sup>.

**La protección de los pobres.** Llegaron a mostrar una gran preocupación por las personas pobres tratándoles con dignidad, y refiriéndose a ellos como «señores enfermos», «señores pobres» y «santos pobres», ofreciendo una gran asistencia sanitaria<sup>110</sup>, brindando servicios domiciliarios hospitalarios, y mostrando bastante interés por la alimentación y el cuidado de la higiene personal<sup>111</sup>. Según el estudio realizado por González Carballo, tras la toma de Jerusalén el 15 de julio de 1099, Gerardo y sus compañeros decidieron pronunciar ante Arnaldo, patriarca de Jerusalén, los votos sagrados de castidad, pobreza y obediencia, y al mismo tiempo el de convertirse en *frates pauperibus serventes* (freires al servicio de los pobres)<sup>112</sup>.

**La redención de cautivos.** Finalmente otra de las funciones desarrolladas por las órdenes militares fue la redención de cautivos de guerra. Se encargaban de conseguir la libertad de los cristianos cautivos en manos de musulmanes, principalmente mediante el «acuerdo y pago», o incluso mediante la fuga y el rescate<sup>113</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Desde que se produjera el origen de la Orden de San Juan de Jerusalén en la Edad Media, en un contexto marcado por la conquista de los Santos Lugares y las Cruzadas, esta orden fue capaz de evolucionar y adaptarse a

<sup>108</sup> *Ibidem.*, p. 538.

<sup>109</sup> GÓMEZ GARCÍA, G. *Op. cit.*, pp. 929-951.

<sup>110</sup> El rey Felipe IV de Francia (1284-1315) definió la Orden de San Juan como el «hospital de los pobres de Jerusalén», en MADRID MEDINA, A. *Op. cit.*, p. 578.

<sup>111</sup> MADRID MEDINA, A. *Op. cit.*, p. 578.

<sup>112</sup> GONZÁLEZ CARBALLO, J. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>113</sup> RODRÍGUEZ PICAVEA, E. *Op. cit.*, p. 263.



las circunstancias que fueron surgiendo. No solamente se dedicó a desarrollar sus funciones hospitalarias y asistenciales, sino que tuvo que salir en defensa de la cristiandad y someterse a un proceso de militarización para proteger a los peregrinos cristianos de sus enemigos musulmanes, e incluso proteger el mar Mediterráneo desde sus plazas de Rodas y Malta de los feroces ataques de piratas.

Por tanto, durante la Edad Media esta institución ha sido capaz de crecer, desarrollarse y obtener su prestigio a nivel internacional, no solamente por su defensa de la fe cristiana y el buen uso de las armas, sino porque principalmente adquirió un gran reconocimiento al conseguir desarrollar con eficacia su función social y hospitalaria, ofreciendo asistencia sanitaria para los enfermos en sus hospitales, garantizando la provisión de alimentos para todas las personas hambrientas, brindando protección y cobijo a todos los peregrinos, concediendo ayuda y protección a las personas pobres, y rescatando a cautivos.

Tras el proceso de transformación que ha sufrido la Orden de San Juan de Jerusalén desde la Edad Media, actualmente esta institución, conocida como la Soberana Orden Militar y Hospitalaria de San Juan de Jerusalén, de Rodas y de Malta, o bien, la Orden de Malta, actúa a nivel global ayudando a las personas que son víctimas de conflictos armados y de desastres naturales, brindando asistencia médica, recogiendo a los refugiados, distribuyendo fármacos y material esencial de supervivencia. En conclusión, se encarga de defender y proteger la dignidad del ser humano y la asistencia a los pobres y necesitados, independientemente de su origen, raza y religión.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO PLANAS, J. «La santificación del *bellator* y la temprana militarización de la Orden del Hospital», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015.
- ASCOZ Y PLANES, O. «Los grandes maestros españoles de la Orden de Malta», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015.
- AYALA MARTÍNEZ, C. «El universo de las órdenes militares en la Edad Media. Los freires y los confines de la cristiandad» en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015.

- BALTAR RODRÍGUEZ, J. F. «La estructura de la Orden de San Juan de Jerusalén en la Edad Moderna», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015.
- BARQUERO GOÑI, C. *Los caballeros hospitalarios en España durante la Edad Media (siglos XII-XV)*. Burgos: Editorial La Olmeda, S.L., 2003.
- BARQUERO GOÑI, C. «Los hospitalarios en España durante la Edad Media», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015.
- BARQUERO GOÑI, C. «La actividad militar de la Orden de San Juan en la Península Ibérica durante la Edad Media (siglos XII-XV)», en TORRES JIMÉNEZ, Raquel, RUIZ GÓMEZ, Francisco. *Órdenes militares y construcción de la sociedad occidental (siglos XII-XV)*. Ed. Sílex, 2016.
- BRONSTEIN, J. «Producción alimentaria de la Orden de San Juan en el este latino», en TORRES JIMÉNEZ, Raquel, RUIZ GÓMEZ, Francisco. *Órdenes militares y construcción de la sociedad occidental (siglos XII-XV)*. Ed. Sílex, 2016.
- BUENO PIMENTA, F. «Génesis y evolución del *patrimonium* de la soberana y militar Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén, de Rodas y de Malta», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015.
- CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J. «De la Orden de Caballería a las Órdenes Militares», CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J. *Lux Hispaniarum. Estudios sobre las Órdenes Militares*. Madrid: Ed. Real Consejo de las Órdenes Militares, 1999.
- CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, A., GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F. *Las órdenes y condecoraciones civiles del Reino de España*. Madrid: Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001.
- FERNÁNDEZ DE BÉTHENCOURT, M. «La Orden de Malta en el ordenamiento jurídico internacional», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015.
- GARCÍA-GUIJARRO RAMOS, L. «San Juan del hospital: bulas fundacionales y conformación de los rasgos básicos de la orden en la primera mitad del siglo XII», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015.

- GÓMEZ GARCÍA, G. «Iglesias y conventos de la Orden de Malta en España», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015.
- GONZÁLEZ CARBALLO, J. *Formación y consolidación del señorío de la Orden de San Juan en Andalucía (siglos XIII-XVI)*. Sevilla: Ed. Diputación de Sevilla, 2004.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, F. *Historia de la enfermería en España (desde la antigüedad hasta nuestros días)*. Madrid: Editorial Síntesis, 1996.
- JOSSERAND, P. «Frontera y órdenes militares en la cristiandad latina medieval», en TORRES JIMÉNEZ, Raquel, RUIZ GÓMEZ, Francisco. *Órdenes militares y construcción de la sociedad occidental (siglos XII-XV)*. Ed. Sílex, 2016.
- LION, R., BELLIDO, A., SILVELA, J. «Las órdenes militares de caballería», CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J. *Lux Hispaniarum. Estudios sobre las órdenes militares*. Madrid: Ed. Real Consejo de las Órdenes Militares, 1999.
- MADRID MEDINA, A. «La actividad hospitalaria de la Orden de Malta en España», en ALVARADO PLANAS, J., y SALAZAR Y ACHA, J. (coords.). *La Orden de Malta en España: (1113-2013)*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015.
- MARTÍNEZ MARTÍN, M. L., CHAMORRO REBOLLO, E. *Historia de la enfermería. Evolución histórica del cuidado enfermero*, 2.<sup>a</sup> edición. Barcelona: Ed. Elsevier, 2011.
- MITRE FERNÁNDEZ, E. *La Iglesia en la Edad Media*. Madrid: Ed. Síntesis, 2003.
- MORENÉS Y MARIÁTEGUI, C. *Historia resumida de la Soberana Orden de Malta*. Madrid: Ed. Instituto Complutense de la Orden de Malta, 1995.
- PÉREZ PEÑA, R. *La Soberana Militar Orden de Malta como sujeto de derecho internacional*. Madrid: Ed. Tecnos, 2013.
- RODRÍGUEZ PICAVEA, E. *Los monjes guerreros en los reinos hispánicos. Las órdenes militares en la Península Ibérica durante la Edad Media*. Madrid: Ed. La Esfera de los Libros, 2008.
- SALVÁ, J. *La Orden de Malta y las acciones navales españolas contra turcos y berberiscos en a los siglos XVI y XVII*. Madrid: Ed. Instituto Histórico de Marina, 1944.

REFERENCIAS DE INTERNET

<https://www.orderofmalta.int/es/historia/de-1048-a-nuestros-dias/>  
(9/3/2018).

**LA AMPLIACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA  
JURISDICCIÓN MILITAR AL AMPARO DEL ACTUAL CÓDIGO  
PENAL MILITAR. TENDENCIAS Y MEJORAS**

Dr. Daniel Vallès Muñio  
*Profesor Lector Serra Húnter*  
*Universitat Autònoma de Barcelona*  
*Facultad de Derecho*  
*Área de Historia del Derecho y de las Instituciones*

*Resumen*

En este trabajo intentamos poner de manifiesto algunas dudas sobre la ampliación de la competencia de la jurisdicción militar en relación con el actual Código Penal Militar, a partir de los Principios DECAUX sobre la administración de justicia por tribunales militares.

*Palabras clave:* tribunales militares, Código Penal Militar, competencia judicial, jurisdicción militar.

*Abstract*

In this paper we try to highlight some doubts about the expansion of the jurisdiction of the military jurisdiction in relation to the current Military Penal Code. This analysis is based on the Decaux Principles on the Administration of Justice by Military Courts.

*Keywords:* Military Courts, Military Penal Code, judicial powers, military jurisdiction.

### SUMARIO

1. Introducción. 2. La ampliación de la competencia de la jurisdicción militar
3. La jurisdicción militar puede juzgar civiles. 4. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde las últimas décadas, una de las prácticas más controvertidas en el ámbito de los conflictos armados es la sumisión del conocimiento de la comisión de graves violaciones de los derechos humanos perpetradas por militares a la jurisdicción militar, propia de los autores.

Esta atribución de competencia se ha visto como una fuente de inmunidad para los autores y como un obstáculo para la búsqueda de justicia y reparación que ostenta la víctima de los abusos causados por militares. Como se intuye, la inmunidad puede estar causada tanto por la falta de imparcialidad de los jueces militares en el enjuiciamiento de sus compañeros de armas, como en el dificultoso acceso de las víctimas y de sus familiares a un recurso efectivo, a la justicia y a la verdad<sup>1</sup>. A lo anterior también podría añadirse el coste económico y personal que pudiera tener para la víctima o sus familiares el tener que pleitear ante los tribunales militares de un país extranjero, en el caso de acciones bélicas militares fuera del territorio nacional del ejército en cuestión.

---

<sup>1</sup> Al respecto, es significativo el caso de los abusos perpetrados por soldados españoles entre enero y febrero de 2004 en la base militar en Irak, que aparecieron en un vídeo publicado por el periódico *El País*. Según dicho periódico, la jueza encargada de la investigación de los hechos acusó a 5 miembros o ex miembros de la Legión por un delito de torturas, que se encuentra dentro de los delitos por violar las leyes y usos de la guerra. A preguntas parlamentarias, el Gobierno contestó (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, n.º 325, de 19 de septiembre de 2013, pp. 1172-1773) que las actuaciones estaban siendo tramitadas ante el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 12 de Madrid, las cuales han sido declaradas secretas. Finalmente, el diario *El País* de 20 de septiembre de 2015 publicó la noticia que el juez encargado, por aquel entonces de la investigación, propuso el sobreseimiento provisional de las actuaciones por ser imposible identificar a los autores de la tortura, ya que el militar denunciante se había desdicho de sus acusaciones. Finalmente, el 8 de febrero de 2016 *El País* publicó que el Tribunal Militar Central acordó dicho sobreseimiento provisional de las actuaciones.

Por otro lado, para los casos en los que un civil pueda ser juzgado por tribunales militares, dicha atribución de jurisdicción también se puede entender como una vulneración del principio del juez natural, ordinario y predeterminado por la ley. Si el presunto causante de un delito es civil, lo lógico es que el fuero encargado de su enjuiciamiento sea la jurisdicción ordinaria y no la militar, diferente de la anterior, en principio más severa, con tipos y penas distintos.

Con este trabajo queremos plantear algunas preguntas sobre la adecuación del actual Código Penal Militar a los *Principios Decaux*<sup>2</sup>, confeccionados por el relator especial sobre la Administración de Justicia por Tribunales Militares, Emmanuel DECAUX. Estos Principios deben ser complementados con el informe de la relatora especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. Gabriela KNAUL, que se centra en la administración de justicia por los tribunales militares<sup>3</sup>, de 7 de agosto de 2013. Será a la luz de estos principios e informes que analizaremos el actual Código Penal Militar.

Como bien concreta ANDREU-GUZMÁN<sup>4</sup>, «una justa y adecuada regulación de los tribunales militares, acorde al derecho internacional de los derechos humanos, es esencial para una correcta administración de justicia [...] así como para erradicar la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos».

Pero, además de dicha buena regulación, también es útil partir de una premisa significativa: no todos los países tienen una jurisdicción militar. DE LEÓN VILLALBA explica la posibilidad de adoptar otros modelos de jurisdicción militar como, por ejemplo, el de su supresión e incorporación de sus competencias a la jurisdicción ordinaria en tiempo de paz, limitando su competencia únicamente a las situaciones de conflicto armado, tal y como ocurre en un significativo conjunto de sistemas jurídicos en el

---

<sup>2</sup> Principios DECAUX, Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/2006/58, de 13 de enero de 2006. Un breve análisis sobre los Principios DECAUX en GIBSON, M. R. «International human rights law and the administration of justice through military tribunals: preserving utility while precluding impunity». *Journal of International Law & International Relations*, vol. 4, n.º 1. 2008. Gran cantidad de referencias académicas sobre los Principios Decaux en THE YALE DRAFT. *Decaux Principles Workshop*. 2018, p. 5: <https://www.court-martial-ucmj.com/files/2018/06/The-Yale-Draft.pdf>. Estos principios han sido citados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por ejemplo, en la Sentencia Ergin v. Turquía, de 4 de mayo de 2006.

<sup>3</sup> Documento ONU, A/68/285, de 7 de agosto de 2013.

<sup>4</sup> ANDREU-GUZMÁN, F. *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas 2011, p. 8.

derecho comparado<sup>5</sup>. ANDREU-GUZMÁN cita<sup>6</sup> a Alemania, Argentina, Austria, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Francia, Guinea, Japón, Noruega, Países Bajos, Portugal, República Checa, Senegal y Suecia, en los que la jurisdicción ordinaria es la encargada de enjuiciar los ilícitos penales perpetrados en las filas castrenses<sup>7</sup>.

Parece existir una tendencia<sup>8</sup> a reducir las competencias de las jurisdicciones castrenses, tendentes hacia una «civilización», tanto en procedimientos como en estructura y personal, por ejemplo, en la participación de jueces civiles para enjuiciar delitos causados por militares<sup>9</sup>. De hecho, el magistrado de la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo Ilmo. Sr. Ángel JUANES PECES fue más categórico ya en 2007 cuando planteó<sup>10</sup> «suprimir la

---

<sup>5</sup> DE LEÓN VILLALBA, F. J. *Bases del derecho penal militar español*. Iustel, 2016, p. 36.

<sup>6</sup> ANDREU-GUZMÁN. *Op. cit.*, p. 54, nota 173.

<sup>7</sup> Es curioso hacer notar que una cosa es la inexistencia de jurisdicciones militares y otra que pueda existir una regulación penal específica para los delitos cometidos por militares. Así, puede ser que un buen juez sea capaz de aplicar a un militar una regulación específica destinada a castigar los delitos causados en files castrenses.

<sup>8</sup> Informe KNAUL, de 7 de agosto de 2013, p. 6, punto 20: «A lo largo del tiempo se ha registrado una tendencia creciente a reducir la competencia de los tribunales militares. El modelo tradicional de justicia militar, según el cual quien da las órdenes dicta la sentencia, ha sufrido progresivamente cambios importantes cuyo resultado ha sido una incorporación gradual de los tribunales militares como rama especializada del sistema de justicia general. Varios países han abolido el funcionamiento de los tribunales militares por completo en tiempo de paz y transferido la responsabilidad de los presuntos delitos del personal militar a los tribunales ordinarios y/o a órganos disciplinarios».

<sup>9</sup> Esta tendencia ya se empezó a plantear en el Estado español ya por 1998, cuando el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado de 11 de mayo de ese año señaló como uno de los objetivos «vertebrar la justicia militar con la ordinaria, en aplicación del principio constitucional de unidad jurisdiccional»; en GARCÍA LABAJO, J. M. «Reflexiones en torno a las bases de la organización militar»; en INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS. *El marco jurídico de las misiones de las Fuerzas Armada en tiempo de paz*. Cuadernos de Estrategia, n.º 116. Madrid: Ministerio de Defensa, 2002, p. 173. Pero el mismo autor cuestiona la realidad de esa integración, más allá de la existencia de la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, ya que los órganos jurisdiccionales militares se sitúan en sedes militares, se sostienen con cargo a los presupuestos de Defensa, el personal que sirve en esos órganos conserva enteramente su estatus militar, etc. De hecho, el autor planteaba una integración de la jurisdicción militar en el orden contencioso-administrativo, véase nota 60 a la página 176.

<sup>10</sup> JUANES PECES, Á. «La jurisdicción militar. Régimen legal vigente: especial referencia a la Sala Quinta del Tribunal Supremo: perspectivas de futuro», en GIMENO SENDRA, V. (dir.). *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*. Iustel, 2007, pp. 28 y 29: «En efecto el CPM opera respecto al CP común como una ley especial, ya que se nutre de principios comunes, tal y como establece el propio CPM vigente que consagra así el principio de unidad penal; unidad esta que es la que hace conveniente que exista una sola sala, pues de lo contrario como ocurre en la actualidad puede darse el caso de que por ejemplo cada una de las salas mantenga un criterio distinto sobre la tenencia ilícita de armas, u otras cuestiones no menos complejas. Por ello, es conveniente en aras a la seguridad jurídica la existencia de una sola sala».



jurisdicción militar» o «atribuir el recurso de casación (militar) a la Sala Segunda del Tribunal Supremo» y, por ello, suprimir la Sala Quinta del mismo órgano. JUANES optó por la existencia de una sola sala, «en aras a la seguridad jurídica».

ANDREU-GUZMÁN concreta<sup>11</sup> la existencia de cuatro tendencias de la regulación de la jurisdicción militar:

- La supresión de las jurisdicciones penales militares en tiempos de paz.
- La integración de la jurisdicción militar en la jurisdicción ordinaria.
- La «civilización» de los tribunales y procedimientos militares.
- La restricción de los ámbitos de competencia de los tribunales militares, que se concreta en (i) la prohibición del enjuiciamiento de civiles por tribunales militares, (ii) la interpretación restrictiva del delito militar y del delito de función, y (iii) la exclusión de las graves violaciones de derechos humanos del ámbito judicial castrense.

Nos tocará analizar si dicha tendencia a la restricción del ámbito de competencia de los tribunales penales militares se ha dado a partir de la promulgación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar<sup>12</sup> o, por el contrario, se ha ampliado su competencia.

## 2. LA AMPLIACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Si, como hemos visto, una «buena regulación de los tribunales militares» puede ser garantía para evitar la impunidad, pensemos qué debe entenderse por ello y comprobemos si la nueva legislación penal militar española es acorde con esa «buena regulación», es decir, si se adapta a las nuevas tendencias legislativas internacionales.

Los «Principios Decaux» parten de una postura intermedia<sup>13</sup>, ni buscan la demonización de la jurisdicción militar, ni tienen como objetivo consolidarla en una situación de excepción, ajena a cualquier tipo de control

<sup>11</sup> ANDREU-GUZMÁN. *Op. cit.*, pp. 53 y ss. También en el Informe KNAUL, pp. 6 y ss.

<sup>12</sup> BOE n.º 247, de 15 de octubre.

<sup>13</sup> Principios DECAUX. *Op. cit.*, p. 7.

y abierta a abusos de poder y de casta. Dichos principios buscan, como hemos apuntado, «civilizar» la justicia militar, ajustándola a los principios de la buena administración de justicia y convirtiéndola «en una justicia como las demás».

Concretamente, utilizaremos los principios que se refieran a la restricción de la competencia de la jurisdicción penal militar y veremos si estos se cumplen o no en el nuevo Código Penal Militar español.

– El principio n.º 3 sobre la «declaración del estado de guerra» dice:

«[...] En periodo de crisis, la declaración del estado de guerra o de regímenes de excepción no debe afectar a las garantías procesales. Las disposiciones excepcionales que puedan adoptarse “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación” han de respetar los principios de la buena administración de justicia.

En particular, la suspensión del régimen de normalidad no debería entrañar la sustitución de los tribunales ordinarios por los tribunales militares [...].»

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar<sup>14</sup>, concreta que, en materia penal, la jurisdicción militar se extiende al «ámbito estrictamente castrense [...] así como a las (materias) que establezca la declaración de estado de sitio».

A primera vista, la competencia de la jurisdicción militar podría ampliarse en la declaración del estado de sitio, el cual viene inicialmente regulado por el artículo 116 de la Constitución, que remite su concreción a la ley orgánica.

En desarrollo de lo anterior, se promulgó la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio<sup>15</sup>, que estableció que solo se podrá establecer alguno de estos estados «cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes» (art. 1.1). Estos estados de excepción y las medidas que implican «serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias» (art. 1.2). Pero, por lo que aquí interesa, el artículo 1.4

<sup>14</sup> BOE n.º 171, de 18 de julio de 1987.

<sup>15</sup> BOE n.º 134, de 5 de junio de 1981.

establece que la declaración de alguno de estos estados de excepción «no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado».

Aquí se nos presenta un problema semántico: la declaración de un tipo de estado de excepción no puede suponer la interrupción del normal funcionamiento de los tribunales de justicia. Pero el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, antes citado, permite extender la competencia de la jurisdicción militar mediante la declaración del estado de sitio. ¿En qué términos puede extenderse dicha competencia mediante el estado de sitio?

El artículo 32 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio, establece que «cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios» el Gobierno podrá proponer al Congreso la declaración de estado de sitio, de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución. Esa declaración<sup>16</sup> determinará «el ámbito territorial, duración y condiciones del estado de sitio» y «podrá autorizar, además de lo previsto para los estados de alarma y excepción, la suspensión temporal de las garantías jurídicas del detenido que se reconocen en el apartado 3 del artículo 17 de la Constitución».

Por ello, el estado de sitio solo podrá suponer la suspensión de los derechos contemplados en el artículo 55.1 de la Constitución:

«Los derechos reconocidos en los artículos 17 (derecho a la libertad y seguridad, limitación de la prisión preventiva, información sobre la detención, *habeas corpus*), 18 apartados 2 y 3 (inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones), artículos 19 (libre elección de residencia y circulación), 20, apartados 1, a) (libertad de expresión) y d) (libertad de prensa), y 5 (secuestro de publicaciones), artículos 21 (derecho de reunión), 28, apartado 2 (derecho a la huelga), y artículo 37, apartado 2 (derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo), podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de

---

<sup>16</sup> Según el Auto del Tribunal Constitucional n.º 7/2012, de 13 de enero, la declaración de estado de sitio no es un «mero acto de carácter autorizatorio», ya que tiene un contenido normativo o regulador, y tiene «rango o valor de ley»; también entiende que el control de dicha declaración de sitio ha de ser vehiculada mediante el recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad, y no es impugnabile mediante el recurso de amparo, «sin perjuicio, como es evidente, de que los actos y disposiciones que puedan dictarse en su aplicación puedan impugnarse ante la jurisdicción ordinaria en cada caso competente», tal y como dice la Sentencia n.º 83/2016 de 28 abril [RTC 2016/83].

excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 (derecho a ser informado del motivo de su detención, sin poder ser obligada a declarar, derecho a ser asistido de abogado) para el supuesto de declaración de estado de excepción».

Si tenemos en cuenta que no se menciona el artículo 24 de la Constitución, que establece el derecho a la tutela judicial efectiva y al juez predeterminado por la ley, podríamos concluir que la declaración del estado de sitio no podría suponer la sustitución de los tribunales ordinarios por los tribunales militares, en consonancia con el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio.

En principio, parece claro que dicha declaración no podrá implicar la interrupción del normal funcionamiento de los tribunales de justicia y que solo podrá suponer la suspensión de los derechos mencionados en el artículo 55.1 CE, mencionados en los párrafos precedentes.

Pero se deja abierta la posibilidad de ampliar la competencia de los tribunales militares mediante la declaración del estado de sitio; en ningún momento se restringe dicha posible ampliación competencial. No se concreta, p.e., qué infracciones cometidas por civiles serán susceptibles de ser enjuiciadas por los tribunales militares; tampoco se concreta qué delitos entrarán dentro de dicha competencia y cuáles no entrarán: ¿entrarán solo los contemplados por el Código Penal Militar?

Esto tiene poco sentido: si se prevé la posibilidad de que la declaración del estado de sitio pueda ampliar la competencia de los tribunales militares, es para superar el ámbito competencial «normal» (léase, fuera del estado de excepción) de dicha jurisdicción. Si no se entendiera que mediante la declaración del estado de sitio no se pudiera ampliar la competencia, no se hubiera consignado dicha posibilidad dentro del artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (la jurisdicción militar se extiende al «*ámbito estrictamente castrense* [...] así como las que establezca la declaración de estado de sitio»).

Respecto a este artículo, cabe tener en cuenta que su literalidad hace referencia a la extensión de la jurisdicción militar a las «[...] materias [...] que establezca la declaración de estado de sitio [...]». Es decir, hablamos de una posible ampliación competencial sobre «materias», una competencia material. Pero no sabemos, *ex ante*, qué materias puede encargar una declaración de estado de sitio su enjuiciamiento a la jurisdicción militar, y que no tenga encargada ya en un estado «normal».

Además, a partir de una interpretación necesariamente restrictiva de toda limitación o restricción de derechos fundamentales, podríamos argumentar que, tratándose de ampliación material de competencia jurisdiccional, quedaría excluida, por tanto, una ampliación «personal» de la jurisdicción militar *ex* declaración de estado de sitio. Por tanto, sería posible admitir que, mediante dicha declaración, no sería posible ampliar la jurisdicción militar a aquellas personas que no estuviera sujetas a dicha jurisdicción en tiempo de estado de no excepción.

Finalmente, queremos apuntar lo que establece el artículo 30 del Código Penal Militar de 2015<sup>17</sup>, sobre el «incumplimiento de bandos militares en situación de conflicto armado o estado de sitio», cuyo tenor es muy similar al artículo 63 del Código Penal Militar de 1985:

«El que se negare a cumplir o no cumpliera las prescripciones contenidas en los bandos que dicten las autoridades militares en situación de conflicto armado o estado de sitio, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión».

El sujeto típico de la acción puede no ser militar, es decir, de la literalidad de la norma, podemos argumentar que el sujeto activo puede ser un civil que no cumpliera lo establecido en bandos militares. Y podemos preguntarnos si la posibilidad de enjuiciar a civiles mediante normas penales militares (por incumplir bandos militares) no supondría una modificación del artículo 24 de la Constitución, al no estar, como hemos dicho, contemplado en el artículo 55.1 del texto constitucional<sup>18</sup>.

Al respecto es necesario acudir al artículo 34 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio, en el que se permite a la autoridad militar publicar bandos, cuyo contenido consistirá en «las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del

<sup>17</sup> BOE n.º 247, de 15 de octubre de 2015.

<sup>18</sup> Sobre la imposibilidad de que los bandos militares tengan función normativa penal, véase LAMARCA PÉREZ, C. «Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española». *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 20, mayo-agosto, pp. 117-118. En cambio, MOZO SEOANE, A. «Estados de excepción y Fuerzas Armadas». *Boletín de Información del Centro Superior de la Defensa Nacional (CESEDEN)*, n.º 221. 1991, pp. 15 y ss., entiende que los bandos militares sí eran «una verdadera fuente de derecho -la principal, si no la única- en los más graves estados de crisis» pero que la actual regulación «ha eliminado ese carácter de fuente jurídico-penal». Por ello, entiende que las medidas a adoptar en los bandos son «las que sean necesarias para la tarea de ejecución» del estado de sitio, aunque señala sus dudas sobre el alcance de esa potestad.

estado de sitio», en la cual el Congreso «podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar», según el artículo 35.

Es decir, lógicamente, se trataría de delitos que no fueran ya competencia de la jurisdicción militar, sino que lo fueran de la jurisdicción ordinaria. Además, la aplicación de este artículo podría estar limitada por el artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que prohíbe la derogación de los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura), 4.1 (prohibición de esclavitud o servidumbre) y 7 (principio de legalidad en el ámbito penal)<sup>19</sup>. Sería este último artículo el que vetaría, a nivel europeo, cualquier tipo de ampliación o creación de tipos penales mediante la declaración del estado de sitio o mediante los bandos militares.

Además, esta prohibición de *nulla pena sine lege* nos plantea la duda de qué alcance tendría el hecho de someter algunos delitos del Código Penal (ordinario) a la jurisdicción militar, ya que no podría, en principio, ir más allá de la interpretación de esos tipos penales que hubieran realizado previamente el Tribunal Supremo. Si extendemos el argumento, ¿qué utilidad podría tener que la jurisdicción militar juzgase, por ejemplo, delitos como el robo o el hurto, contenidos en el Código Penal y que ya tienen una pena establecida?

También podríamos preguntarnos si lo que querría el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio, respecto a los delitos que podría juzgar la jurisdicción militar, no son tipos penales sino sujetos típicos, es decir, los autores de algunos de los delitos. Es decir, si lo que quiere dicho artículo es ampliar el alcance subjetivo de la jurisdicción militar a civiles, durante el tiempo del estado de sitio.

Así lo cree MELÓN MUÑOZ<sup>20</sup> al entender que el sujeto activo del tipo del artículo 30 del Código Penal Militar puede ser cometido por

---

<sup>19</sup> Según información del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a fecha agosto de 2018, nueve países han solicitado la derogación prevista en el artículo 15: Albania, Armenia, Francia, Georgia, Grecia, Irlanda, Turquía, Reino Unido y Ucrania. Cuatro de ellos (Grecia, Irlanda, Reino Unido y Turquía) tuvieron que justificar las medidas adoptadas. [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Derogation\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_ENG.pdf)

Para una explicación del artículo 15 y su aplicación jurisprudencial, véase la Guía del propio TEDH en

[https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_15\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf)

<sup>20</sup> MELÓN MUÑOZ, C. «Artículos 30 a 37. Los delitos contra la seguridad y defensa nacional (II)», en DE LEÓN VILLALBA, F. J.; JUANES PECES, Á.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*. Tirant lo Blanch, 2017, p. 333.

cualquier persona, sin que se exija su condición de militar, por lo que califica el delito de «delito militar impropio». Para justificar esta ampliación de la competencia subjetiva, MELÓN MUÑOZ, explica que, «la extensión de la competencia de la jurisdicción militar [...] no deriva del propio bando, [...] sino de la decisión del Congreso de los Diputados que se plasma en la declaración del estado de sitio», la cual requiere mayoría absoluta del Congreso (art. 116.4 de la Constitución), de manera idéntica a la aprobación de una ley orgánica (art. 81.2 de la Constitución).

Si bien parece que, a primera vista, los bandos militares no podrán establecer explícitamente nuevos tipos penales, ¿podría ser que el contenido de un bando militar, las prohibiciones y obligaciones en él contenidos sean, de hecho, un «tipo nuevo» cuyo incumplimiento entre dentro de la jurisdicción militar<sup>21</sup>? ¿Sería esta una vía de ampliación de la jurisdicción militar? Por suerte, la historia no nos permite pasar de la mera especulación intelectual en este punto.

Otra duda que se nos presenta es qué institución u organismo velará porque los bandos militares en el estado de sitio se ciñan a sus funciones y «no innoven» tipos penales o amplíen de manera antijurídica la competencia de la jurisdicción militar. ¿Quién controlaría el alcance de los bandos militares y que estos no superasen el ámbito de sus funciones, de acuerdo con el sometimiento de dichos actos al orden jurisdiccional, *ex* artículo 3.1 de la Ley Orgánica 4/1981? ¿Sería el Gobierno que designó, *ex* artículo 33.2 de la Ley Orgánica 4/1981, a la autoridad militar encargada de ejecutar las medidas del estado de sitio y que fijó las condiciones y las medidas a ejecutar?

En conclusión, se puede afirmar que el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio, al permitir que el Congreso amplíe la competencia de los tribunales militares en estados de sitio y ante la falta de concreción de los bandos militares, no se ajustaría a lo preceptuado en el Principio DECAUX n.º 3, citado al principio de este apartado.

---

<sup>21</sup> GARRIDO LÓPEZ, C. «Sobre el estado de sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración». *Revista de Derecho Político*, n.º 68. 2007, p. 117, comenta que «los bandos contendrán a lo sumo instrucciones recordatorias y admonitorias acerca de los tipos (comunes o militares) aplicables durante el estado de sitio, pero nada más. Y ni siquiera la resolución declaratoria del Congreso de los Diputados podría convertirlos en otra cosa».

### 3. LA JURISDICCIÓN MILITAR PUEDE JUZGAR CIVILES

A la vista de la anterior ampliación de la competencia de la jurisdicción militar para juzgar civiles en estado de sitio, veamos si también se da en otras circunstancias.

- El principio n.º 5 sobre la «incompetencia de los órganos judiciales militares para juzgar civiles» establece:

«Los órganos judiciales militares deberían, por principio, ser incompetentes para juzgar civiles. En cualquier caso, el Estado velará por que los civiles acusados de una infracción penal, sea cual fuere su naturaleza, sean juzgados por tribunales civiles».

En este punto es esencial tener en cuenta las características competenciales de la jurisdicción militar: el artículo 117.5 de la Constitución española vigente, establece «(e)l principio de unidad jurisdiccional» y limita el ejercicio de la jurisdicción militar al concepto jurídico indeterminado<sup>22</sup> de lo «estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio». Como es sabido, el anterior artículo tuvo su desarrollo en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 6/1986, del Poder Judicial.

De lo anterior se concluye fácilmente que la jurisdicción militar es una jurisdicción «especial», dentro de la jurisdicción única ordinaria<sup>23</sup>. Y es especial y no «excepcional», puesto que el artículo 117.6 de la misma Constitución española de 1978 proscribía los tribunales de excepción<sup>24</sup>. Si es, por tanto, una jurisdicción especial y se rige bajo el principio de unidad de jurisdicción ordinaria, es correcto que sea el mismo Tribunal Supremo el que sea la cúspide de dicha jurisdicción ordinaria y en el que se incluya dicha jurisdicción militar (*ex* artículo 123.1 CE).

El siguiente artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que ya hemos visto más arriba, concreta:

---

<sup>22</sup> Así lo entiende como tal DE LEÓN. *Op. cit.* pp. 37 y ss., y que ha de ser interpretado restrictivamente.

<sup>23</sup> De hecho, la Sentencia n.º 113/1995 del Tribunal Constitucional, de 6 julio [RTC 1995\113], ponente: don Fernando García-Mon y González Regueral.

<sup>24</sup> La Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.ª) de 19 diciembre 2014, ponente: Excmo. Sr. Fernando Pignatelli Meca [RJ 2014\6660], niega el carácter de tribunal de excepción al Tribunal Militar Central, y por ende a la jurisdicción militar, e identifica los tribunales de excepción del artículo 117.6 CE con los tribunales y jueces *ad hoc*, es decir, sin determinación previa a la comisión del hecho enjuiciado.



«[...] La jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las leyes así como las que establezca la declaración de estado de sitio [...]».

Dejando de lado la posibilidad de aumentar la competencia en los supuestos de la declaración de estado de sitio que ya hemos analizado en los párrafos superiores, la ley será la que determinará el ámbito competencial militar, pero «dentro del ámbito estrictamente castrense», teniendo presente que la jurisdicción militar debe interpretarse de manera restringida «sin posibilidad de interpretaciones extensivas por vía de conexidad o analogía»<sup>25</sup>.

Este concepto ha sido concretado por la Sentencia n.º 60/1991, del Tribunal Constitucional, de 14 de marzo, ponente Excmo. Sr. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, de la que deriva el resto de doctrina constitucional sobre este concepto. En primer lugar, veta una interpretación extensiva de lo estrictamente castrense «que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los tribunales ordinarios, como la sujeción indebida al conocimiento por los tribunales militares de cuestiones que, por no ser estrictamente castrenses deben corresponder en todo caso a los tribunales ordinarios», es decir, «a lo estrictamente indispensable». Así, lo estrictamente castrense debe conectarse con «los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, es decir los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para “las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional” [STC 160/1987 (RTC 1987\160)]». Además, también se ha de conectar con «la naturaleza del delito cometido; con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8 y 30 C.E.) y con el hecho que el sujeto activo del delito sea considerado *uti miles*, por lo que la condición militar del sujeto al que se

---

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Jurisdicción) de 19 diciembre 1990 [RJ 1990\10218], ponente Excmo. Sr. José Antonio Martín Pallín: «[...] El art. 117.5 de la Constitución establece la exclusividad de la jurisdicción ordinaria para conocer de toda clase de delitos reduciendo la competencia de la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense, sin posibilidad de interpretaciones extensivas por vía de conexidad o analogía [...]».

imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense».

Así, parece que dicha Sentencia establece un «criterio mixto», que tiene en cuenta tanto el elemento objetivo (bienes y obligaciones de carácter militar) y el subjetivo (que el autor o el imputado sea militar).

Así, lo «estrictamente castrense», parafraseando lo anterior y siguiendo a MATAMOROS MARTÍNEZ<sup>26</sup>, debería quedar limitado por:

- La naturaleza de la infracción cometida.
- El bien jurídico protegido por la norma penal, que ha de ser estrictamente militar, en función de los fines impuestos a las Fuerzas Armadas, de acuerdo con los artículos 8 y 30 de la Constitución española de 1978. Así, según RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ<sup>27</sup>, lo estrictamente castrense sería lo que derivase del mantenimiento de la organización militar, es decir, «la unidad y disciplina necesarias para que pueda desarrollar con efectividad sus fines y principalmente la defensa nacional».
- El carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo cumplimiento se tipifica como delito.
- La condición de militar del sujeto activo al que se imputa el delito.

Lo primero que deriva de la concepción de «estrictamente castrense» es la característica personal de «militar» del sujeto enjuiciado. ¿Es posible que los civiles puedan ser enjuiciados por la jurisdicción militar? Para GIL GARCÍA<sup>28</sup>, y de acuerdo con el antiguo Código Penal Militar de 1985, «se debe pretender que el sujeto activo de un delito militar en tiempo de paz, solo pueda ser militar exclusivamente y no otro sujeto».

Pero la jurisprudencia que aplicaba dicho Código no lo entendió así. LÓPEZ-LORCA<sup>29</sup> analiza dicha jurisprudencia para concluir que lo fundamental del concepto jurídico indeterminado de «estrictamente castrense»,

---

<sup>26</sup> MATAMOROS MARTÍNEZ, R. «Los límites de la jurisdicción militar», en OLARTE ENCAÑO, S. (dir.); ORZA LINARES, R.M. (coord.). *Estudios sobre derecho militar y defensa*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2015, p. 331.

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. «La jurisdicción militar en el art. 117.5 de la Constitución», en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Jurisdicción militar: aspectos penales y disciplinarios*. Estudios de Derecho Judicial, 112. Madrid: 2006, p. 32.

<sup>28</sup> GIL GARCÍA, O. *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 181 y 182. Véase también MILLÁN GARRIDO. *Op. cit.*, pp. 147 y ss.

<sup>29</sup> LÓPEZ-LORCA, B. *Algunas reflexiones para la reforma de la justicia militar*. Seminario Permanente de Ciencias Sociales. Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, Documento de Trabajo 2011/15, pp. 19 y ss.

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

no era tanto la cualidad personal de «militar», sino que deriva de las características del bien jurídico protegido, es decir, que este sea estrictamente militar y el interés protegido así lo requiera.

Así lo demuestra la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, de 24 de junio de 1991, ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Sánchez del Río y Sierra:

«[...] Es decir, que la condición militar del sujeto es uno más de los elementos a tener en cuenta para decidir si una determinada conducta pertenece o no al ámbito estrictamente castrense, pero ni es elemento esencial, ni es elemento único, sino tan solo un dato relevante más a tener en cuenta. [...]».

Pero ¿y respecto al nuevo Código Penal Militar<sup>30</sup>? ¿Habrá aprovechado, el legislador español de 2015, la ocasión y se habrá unido a la tendencia internacional a la exclusión de los civiles de la jurisdicción militar? ¿Cumplió el legislador de 2015 con los Principios DECAUX de 2006?

Respecto al enjuiciamiento de civiles es imprescindible tener en cuenta lo que explicó la relatora especial Sra. Knaul en su informe<sup>31</sup> de 2013; para ella, la práctica de juzgar civiles «en nombre de la seguridad nacional, un Estado de emergencia (como el de sitio, que hemos analizado más arriba) o medidas antiterroristas [...] es una práctica [...] contraria a todas las normas internacionales y regionales y la jurisprudencia<sup>32</sup> establecida»; concluye que el enjuiciamiento de civiles por tribunales militares «plantea problemas graves en cuanto a que la administración

---

<sup>30</sup> Sobre las características del actual Código Penal Militar, véase DE LEÓN. *Op. cit.*, pp. 42 y ss., su carácter accesorio al Código Penal ordinario. Sobre la tramitación del actual Código Penal Militar, véase MILLÁN GARRIDO, A. *Prólogo a la 10.ª edición. Justicia Militar*. Madrid: Editorial Reus, 2017, pp. 138 y ss. También DE LEÓN VILLALBA, F. J.; JUANES PECES, Á.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *El Código Penal Militar de 2015...* *Op. cit.*, pp. 44 y ss.

<sup>31</sup> Informe KNAUL. *Op. cit.*, pp. 11 y ss, puntos 46 y ss. Para MILLÁN GARRIDO. *Op. cit.*, pp. 147 y 148, el debate sobre la incriminación de civiles por la legislación militar, al amparo de los Principios DECAUX, es un «debate ciertamente mediático».

<sup>32</sup> MELÓN MUÑOZ. *Op. cit.*, pp. 339 y 340, nota 12, comenta que, si el tipo penal abarca «en cualquier circunstancia a civiles, la tendencia invariable del TEDH es la de declarar, las más de las veces [...] que el mero hecho de que un civil sea juzgado por un tribunal militar, aunque solo en parte sus miembros sean militares, implica violación del derecho de toda persona a que su causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial [...]. La opinión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la misma. Véase, STEDH de 4 de mayo de 2006, caso Erguin contra Turquía, apartados 22-25. De idéntico tenor, STEDH de 32 de septiembre de 2006, caso Mancu contra Rumanía, apartados 28-33».

de justicia sea equitativa, imparcial e independiente» y sugiere que «la competencia de los tribunales militares debería limitarse a los delitos de naturaleza estrictamente militar cometidos por personal militar».

¿Habrá superado el nuevo Código Penal Militar, por tanto, la jurisprudencia sobre que lo «estrictamente castrense» pueda incluir a civiles? MILLÁN GARRIDO<sup>33</sup> identifica algunos delitos que, sin necesidad de que medie conflicto armado o estado de sitio, el sujeto activo puede ser un civil: allanamiento de dependencia militar (art. 29), contra centinela (art. 34), hurto, robo, apropiación indebida o daños de armamento o material de guerra (art. 82.3) y receptación respecto de delitos militares (art. 85).

Veamos qué otras dudas nos presenta el actual Código Penal Militar, respecto a algunos de sus tipos en relación al posible enjuiciamiento de civiles:

a) Lo primero que llama la atención es que los miembros de la Guardia Civil y los alumnos «pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho Cuerpo» podrán ser enjuiciados según los artículos del CPM, en tiempo de conflicto armado, durante la vigencia del estado de sitio, «en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que les encomienden», y mientras estén integrados en unidades de las FF.AA. (art. 1.4 CPM). En tiempo de paz, quedarán sujetos a los delitos contra la seguridad y defensa nacionales, contra la disciplina, los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, y los delitos contra los deberes del servicio, a no ser que estén ejerciendo «funciones de naturaleza policial».

Cabe tener en cuenta que el mantenimiento de la Guardia Civil dentro del ámbito de aplicación del CPM fue rechazado por todos los grupos parlamentarios de la oposición, lo que no es un tema menor. De hecho, así fue puesto de manifiesto por su voto en contra en la aprobación del CPM en el Congreso<sup>34</sup>. Lo único que nos queremos plantear es qué valor añadido tiene mantener la inclusión de los miembros de la Guardia Civil en la competencia de la jurisdicción militar, ya que no podemos olvidar que no dejan de ser civiles<sup>35</sup>; además, qué funciones «no-policiales» de la Guarda

<sup>33</sup> MILLÁN GARRIDO. *Op. cit.*, pp. 147 y ss.

<sup>34</sup> Para MILLÁN GARRIDO. *Op. cit.*, p. 148, la aplicación del Código Penal Militar a los miembros de la Guardia Civil es correcta y «acorde con el carácter y la estructura militar de la Guardia Civil». Supera el ámbito de este trabajo resolver la duda de si mantener «el carácter y la estructura militar de la Guardia Civil» es eficiente, si tiene algún sentido o si puede ser incluso perjudicial para sus miembros.

<sup>35</sup> Un interesante y actual análisis de la situación sobre la exclusión o no de los miembros de la Guardia Civil, en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. «Artículo 1. Ámbito de

Civil justifican su enjuiciamiento por los tribunales militares y no por los tribunales ordinarios.

b) El delito de espionaje militar (art. 25) puede perpetrarse por un «extranjero» en situación de conflicto armado, sea militar o no lo sea. Pero la tipificación de dicho delito ya se encuentra en los artículos 598 y siguientes del Código Penal vigente, que tratan de los delitos relativos al «descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional». La única razón, a priori, parece ser que dicho delito se incluye ya en una situación de «conflicto armado».

Pero ¿qué debe entenderse por «conflicto armado»? En el articulado no aparece una definición explícita del concepto. Únicamente, en su preámbulo se dice, textualmente:

«[...] Las referencias que el Código Penal Militar que se deroga realizaba a la locución “tiempos de guerra” se sustituyen por la utilización en determinados tipos penales de la expresión “en situación de conflicto armado”, conforme con el concepto y terminología empleados por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sus Protocolos Adicionales y la jurisprudencia consolidada en materia de derecho internacional humanitario [...]».

Así, si hemos de utilizar el concepto de «conflicto armado» según dichos Convenios de Ginebra, será preciso tener muy en cuenta que:

- El «conflicto armado» puede ser o no, una guerra formalmente declarada (art. 2).
- Dicho conflicto armado puede ser interno o internacional (art. 3).

Lo anterior se ha de comparar con lo que establece el artículo 14 de antiguo Código Penal Militar de 1985:

«[...] A los efectos de este Código se entenderá que la locución “en tiempo de guerra” comprende el periodo de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen estas [...]».

---

aplicación», en DE LEÓN VILLALBA, F. J.; JUANES PECES, Á.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *El Código Penal Militar de 2015...* *Op. cit.*, pp. 75 y ss

A partir de lo anterior, podríamos concluir que el actual Código Penal Militar, mediante su remisión al concepto de conflicto armado del Convenio de Ginebra, amplía su competencia a situación de guerra no declarada y a conflicto armado interno, no internacional. Esta falta de definición del conflicto armado no ha pasado desapercibida para la mejor doctrina. RODRÍGUEZ-VILLASANTE<sup>36</sup> entiende que es positiva la no inclusión de la definición de conflicto armado en el Código Penal Militar, sobre todo, por el hecho que muchos otros textos penales militares tampoco lo han recogido, por lo que la «definición de la situación de conflicto armado [...] debe quedar a la interpretación de los tribunales de justicia».

Desde un punto de vista parlamentario, hemos de reseñar que por parte del Grupo Parlamentario de UPyD se realizó las siguientes preguntas al Gobierno<sup>37</sup>:

«[...] 1. Dado que la expresión “en tiempo de guerra” es precisa y su significado está claramente tasado, ¿cuál es la razón de sustituirla por otra más ambigua y genérica como es: «en situación de conflicto armado»?

2. ¿Maneja el Ministerio de Defensa una definición precisa de “en situación de conflicto armado”? ¿Cuál es? ¿Tiene intención de incorporar esa definición en la ley para evitar arbitrariedades? [...]».

A lo que el Gobierno contestó<sup>38</sup>:

«[...] La razón de sustituir la expresión “en tiempos de guerra” por la de “en situación de conflicto armado” se justifica por la mejor adaptación de nuestro ordenamiento jurídico al derecho internacional vigente, ya que desde la Carta de las Naciones Unidas (1945), ha dejado de utilizarse progresivamente el término “guerra” y se utiliza convencionalmente la expresión más comprensiva y, a la vez, universalmente aceptada de “conflicto armado” para abarcar aquellas situaciones de guerra no declarada, integradas por enfrentamientos armados entre partes y para poder abarcar tanto los conflictos armados internacionales como los no internacionales.

---

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. «Artículo 2. Definiciones», en DE LEÓN VILLALBA, F. J.; JUANES PECES, Á.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *El Código Penal Militar de 2015... Op. cit.*, pp. 150 y ss

<sup>37</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, n.º 311, de 22 de julio de 2013, pp. 309-310.

<sup>38</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, n.º. 329, de 25 de septiembre de 2013, pp. 529-530.

Así, se utiliza la expresión “conflicto armado” en los Convenios de Ginebra de 1949 (norma de aceptación universal) y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, en todos los tratados internacionales relativos al derecho internacional humanitario, en los Convenios sobre Bienes Culturales, en el Convenio sobre los Derechos del Niño, en el Convenio sobre Municiones en racimo y en el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en las resoluciones del Consejo de Seguridad, Asamblea General y Secretaría General de las Naciones Unidas, en las sentencias y opiniones consultivas del Tribunal Internacional de Justicia y en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales (caso “Tadic” del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, donde se define el conflicto armado). Asimismo, en el Proyecto de Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados, se utiliza la expresión “conflicto armado”.

El Ministerio de Defensa conoce el concepto de “en situación de conflicto armado” por remisión a las normas anteriormente citadas, habiendo sido objeto de una precisa elaboración doctrinal, en particular por el Comité Internacional de la Cruz Roja, y jurisprudencial internacional. La interpretación del concepto por parte de los tribunales de justicia evita cualquier arbitrariedad al respecto. Como antecedente en el campo de la legislación comparada, se puede afirmar que no existe esta definición en la mayoría de los códigos o leyes penales militares de los Estados de ámbito occidental o Estados pertenecientes a la Alianza Atlántica (Reino Unido, Francia, República Federal de Alemania, Estados Unidos de América, Italia, Canadá, Bélgica, Países Bajos, Austria y Suecia) [...]».

Dicha contestación parlamentaria no aporta ninguna explicación ni concreción al concepto de «conflicto armado». Se remite genérica a la jurisprudencia, pero no concreta nada sobre dicho concepto, lo que podría ir en contra del principio de tipicidad penal.

Así, RODRÍGUEZ-VILLASANTE entiende<sup>39</sup> que conflicto armado interno «es un enfrentamiento armado prolongado que surge en el territorio de un Estado entre las fuerzas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados

---

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. «Artículo 2. Definiciones», en DE LEÓN VILLALBA, F. J.; JUANES PECES, Á.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.; *El Código Penal Militar de 2015... Op. cit.*, pp. 152.

disidentes o entre estos grupos». De lo anterior, podríamos preguntarnos si por conflicto armado interno podría entenderse el terrorismo dentro del Estado español y si por conflicto armado podrá entenderse el terrorismo islamista internacional, al que se enfrenten tropas españolas; qué tiempo es necesario para entender como cumplido el requisito de enfrentamiento «prolongado»; además, «prolongado» no es sinónimo de constante, por lo que, ¿cabría una situación de conflicto armado intermitente? ¿Qué resultado ha de tener (si es que lo ha de tener) el «enfrentamiento armado prolongado» para que sea un conflicto armado? ¿Ha de haber provocado muertos o solo heridos y daños a bienes materiales? ¿El enfrentamiento armado ha de tener algún objetivo concreto? Finalmente, ¿qué relación debería tener este «enfrentamiento armado prolongado» con las situaciones de alarma, excepción y sitio? Dejamos solo apuntadas estas dudas.

c) Desde otro punto de vista, es curioso que el artículo 26 «militariza» los delitos contemplados en los artículos 277 y 598 a 603 del actual Código Penal (no militar), relativos a la revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacional. Pero los «militariza», los atrae hacia la jurisdicción militar, únicamente por el hecho que el autor de dichos delitos sea militar. No entra a diferenciar si la actuación del militar se haya realizado dentro o fuera de sus competencias y atribuciones como militar, si se haya perpetrado el delito en ejercicio de sus obligaciones militares.

Igualmente lo hace el artículo 27 del Código Penal Militar respecto de los artículos 264 a 266 y 346 (estragos) del Código Penal (no militar), los militariza: «El militar que, con el propósito de atentar contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales, cometiere...». Si miramos el articulado, por ejemplo, del número 346.1:

«[...] 1. Los que provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivos, o la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de esta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destroz de calzada pública, daño a oleoductos, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación, perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad, hidrocarburos u otro recurso natural



fundamental incurrirán en la pena de prisión de diez a veinte años, cuando los estragos comportaran necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas [...]».

Pero, ¿por qué no se optó por modificar el Código Penal (no militar) e incluir alguna referencia a la cualidad de militar del causante, incrementando, en su caso, la pena, y manteniendo la competencia de los tribunales ordinarios los encargados de juzgar dicho delito? ¿Sólo la condición de militar justifica una pena mayor y que la competencia sea de los tribunales militares? ¿No podría un tribunal ordinario juzgar igualmente a un militar e imponerle la pena incrementada, en su caso?

Incluso, en la última frase de dicho artículo 27 del Código Penal Militar se establece que «la misma pena se impondrá al que cometiere el delito tipificado en el artículo 346 del Código Penal, en situación de conflicto armado o estado de sitio, cuando no tenga la condición militar». Así, la situación de conflicto armado «militariza» la jurisdicción a la que debe ser sometido el civil.

Además, si se «militarizan» los artículos del Código Penal (no militar) vigente, incorporándolos, así tal cual, al Código Penal Militar, es posible que se esté vulnerando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el concepto de estrictamente castrense. Así, si solo se diferencia el Código Penal del Código Penal Militar en el hecho que el autor del delito es militar, sin incorporar otras diferencias, la diferencia *ad personam* deviene esencial para delimitar lo estrictamente castrense. Y el TC, en la Sentencia antes apuntada, señala que el ser o no militar «es un elemento más» de entre los extremos que se han de tener en cuenta para determinar lo estrictamente castrense. Y es un elemento más, no el único elemento a tener en cuenta.

Si lo anterior es correcto, y el elemento *ad personam* deviene como esencial para incorporar un delito al Código Penal Militar, dejando otros factores de lado, podemos intuir que con dicha «militarización» de los delitos ordinarios se está ensanchando la competencia de la jurisdicción militar. Simplificando: hagan lo que hagan, cometan el delito que cometan, los militares serán juzgados por la jurisdicción militar.

Por ello, sería necesario analizar dicha «militarización» de los artículos del Código Penal al incorporarlos al Código Penal Militar para comprobar si se ha respetado o no la doctrina del Tribunal Constitucional sobre lo estrictamente castrense, si se han utilizado o no otros factores para concretar lo que es lo estrictamente castrense.

d) Otra diferencia interesante respecto a la competencia del nuevo Código Penal Militar es el hecho que el artículo 2.7 contempla como «militares» a «los prisioneros de guerra, respecto de los que España fuera potencia detenedora». Esta previsión no se contempla en el artículo 8 del antiguo Código Penal Militar de 1985.

Pero, ¿qué repercusiones puede tener lo anterior? Un prisionero de guerra, ¿quién determina que una persona es un prisionero de guerra? ¿España debería estar en «esa» guerra en la que fue capturado dicho prisionero de guerra? ¿Es posible que los prisioneros de guerra de una guerra en la que España no es parte, puedan estar detenidos en España y estar, por tanto, sujetos al vigente Código Penal Militar español? Evidentemente, estas preguntas, a la vista de algunas presuntas situaciones de tránsito de prisioneros de la guerra de Irak capturados por EE. UU. en aeropuertos españoles<sup>40</sup> camino de Guantánamo no son supérfluas.

Además, creemos que la equiparación de los prisioneros de guerra a los militares, a los efectos de la legislación penal militar, puede ser problemática, además de redundante. De hecho, el artículo 82 del Convenio de Ginebra ya contempla que los prisioneros de guerra estén sujetos a la legislación de la potencia detentadora:

«[...] Los prisioneros de guerra estarán sometidos a las leyes, los reglamentos y las órdenes generales vigentes en las fuerzas armadas de la potencia detenedora. Esta estará autorizada a tomar medidas judiciales o disciplinarias con respecto a todo prisionero de guerra que haya cometido una infracción contra tales leyes, reglamentos u órdenes generales. No obstante, no se autorizará persecución o sanción alguna contraria a las disposiciones del presente capítulo.

Si en las leyes, en los reglamentos o en las órdenes generales de la potencia detenedora se declara que son punibles actos cometidos por un prisionero de guerra, mientras que esos mismos actos no lo son cuando los comete un miembro de las fuerzas armadas de la potencia detenedora, los correspondientes castigos solo podrán ser de índole disciplinaria [...]».

Pero, no cabe olvidar que el régimen de los prisioneros de guerra, según dicho Convenio de Ginebra, es mucho más amplio que una simple remisión a la legislación penal militar y tiene una detallada regulación en el mismo Convenio de Ginebra.

---

<sup>40</sup> Noticia aparecida en el periódico *El País* de 1 de diciembre de 2008.

e) Finalmente, otra distinción es el hecho que el nuevo CPM no contempla los «delitos contra las leyes y usos de la guerra», que sí estaban recogidos en el título segundo del libro segundo del antiguo Código Penal Militar de 1985.

A título de ejemplo, los antiguos artículos 69 y 70 decían, respectivamente:

«[...] El militar que maltratare de obra a un enemigo que se ha rendido o que no tiene ya medios de defenderse, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años. Si le causare lesiones graves, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión, y si le causare la muerte será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión [...].»

«[...] El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos, será castigado con la pena de prisión de tres a diez años. En los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión [...].»

El antiguo 76:

«[...] El militar que intencionadamente causare la muerte o lesiones graves, torturas, violación, o trato inhumano a herido, enfermo, naufrago, prisionero de guerra, población civil, efectuase con ellos experiencias médicas o científicas no justificadas que no se ejecuten en bien suyo ni consentidas, o les causare de propósito grandes sufrimientos, será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión.

Si ejecutase actos que pongan en grave peligro la integridad física o la salud, se impondrá la pena inferior en grado [...].»

Y el antiguo artículo 78:

«[...] El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los convenios internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o naufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempo de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión [...].»

A la vista de su contenido, está claro que dichas actuaciones podían implicar violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, las lesiones, etc. Parece, en un primer momento, que se «desmilitarizan», se «civilizan» las torturas, los delitos vulnerando convenciones internacionales, contra prisioneros, etc.

La desaparición de estos artículos del Código Penal Militar podría suponer el cambio de jurisdicción para el enjuiciamiento de dichos delitos: desde la militar hacia la jurisdicción ordinaria. Ello supondría el cumplimiento de lo preceptuado en el Principio DECAUX n.º 9<sup>41</sup>.

Pero, si no erramos, dichas actuaciones pueden quedar incardinadas en el artículo 65.1 del actual Código Penal Militar<sup>42</sup>:

«[...] 1. El militar que en el ejercicio del mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaliéndose de su empleo, cargo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Todo ello sin perjuicio, en su caso, de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos, conforme al Código Penal [...].»

Aún y así, existe una diferencia clara: la penalidad. En los delitos del antiguo Código Penal Militar contra «las leyes y usos de la guerra» la pena podía ir de los 4 meses a los 4 años en caso de maltrato o de 5 a 15 años de prisión en caso de lesiones graves, y de 15 a 25 años de prisión en caso de muerte. En cambio, las penas del citado artículo 65.1 actual son muchos más bajas.

Por ello, tenemos ciertas dudas que el hecho que el actual Código Penal Militar haya suprimido los delitos contra «las leyes y usos de la guerra» suponga que los delitos similares cometidos por militares vayan a enjuiciarse por los tribunales ordinarios. Así, para cumplir con la tendencia a la exclusión de las graves violaciones de derechos humanos del ámbito judi-

---

<sup>41</sup> «[...] Enjuiciamiento de los autores de violaciones graves de los derechos humanos.

En todo caso, la competencia de los órganos judiciales militares debería excluirse en favor de la de los tribunales de justicia ordinarios para instruir diligencias sobre violaciones graves de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura, y para perseguir y juzgar a los autores de esos crímenes [...].»

<sup>42</sup> Que es muy similar a los antiguos artículos 138 y 139 del Código Penal Militar de 1985.

cial castrense sería muy positivo que la misma fuera una exclusión expresa y clara. Así no habría ninguna duda.

#### 4. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, en algunos casos el actual Código Penal Militar expande la competencia de los tribunales militares, es decir, «militariza» algunos delitos a partir del único criterio personal de que el sujeto activo de tipo sea militar, de manera que dicha ampliación competencial podría no ser acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional.

Además, creemos que existe cierta indefinición acerca del alcance de los bandos militares en el caso de estado de sitio, puesto que su incumplimiento por civil o militar supone un delito enjuiciable por la jurisdicción castrense.

Finalmente, tenemos dudas de la efectiva exclusión de las graves violaciones de derechos humanos del ámbito judicial castrense, ya que la mera supresión de los delitos contra «las leyes y usos de la guerra» no supone que conductas que antes eran subsumibles en estos delitos, no lo sean en alguno de los tipos actuales del Código Penal Militar. Por ello, creemos recomendable una exclusión expresa de este tipo de delitos de la jurisdicción castrense y que sean los tribunales ordinarios los competentes.



# EL 21 CONGRESO DE LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE Y LA PRESENTACIÓN DEL MANUAL DE LOVAINA

José Ramón Suberviola Gilabert  
*Capitán Auditor*

## SUMARIO

1. El 21 Congreso de la *Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*. 1.1. Aspectos generales de la *Société* y su Congreso. 1.2. Resumen de las ponencias del 21 Congreso. 1.2.1. Primer día. 1.2.1.1. El uso de las Fuerzas Armadas en situaciones interiores. 1.2.1.2. Imputabilidad y responsabilidad en operaciones de paz. 1.2.1.3. Protección de población civil en operaciones de paz. 1.2.2. Segundo día. 1.2.2.1. Responsabilidad penal internacional y justicia penal internacional en relación con operaciones de paz. 1.2.2.2. Supervisión del cumplimiento de la conducta y disciplina, lucha contra la explotación y abusos sexuales en operaciones de paz. 1.2.2.3. La aplicabilidad del derecho internacional humanitario a las operaciones de paz. 1.2.2.4. El futuro de la guerra y sus dimensiones legales. 1.2.3. Tercer día. 1.2.3.1. Detención en operaciones de paz. 1.2.3.2. Implantación de la perspectiva de género en operaciones de paz. 1.2.3.3. Seguridad, derecho internacional y legislación portuguesa. 1.2.3.4. Desminado y retirada de restos explosivos de guerra en operaciones de paz. 1.2.3.5. Comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja a los Convenios de Ginebra I y II. 2. El Manual de Lovaina sobre derecho internacional aplicable a operaciones de paz. 2.1. Propósito y contenido. 2.2. Las Reglas del Manual de Lovaina.

## 1. EL 21 CONGRESO DE LA *SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE*

### 1.1. ASPECTOS GENERALES DE LA *SOCIÉTÉ* Y SU CONGRESO

Entre los días 15 y 18 de mayo de 2018 se celebró en el Hotel Grand Altis de Lisboa el 21 Congreso de la *Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, bajo el título *Peace, War and the Law*. La afluencia fue numerosa, 152 participantes, y muy variada, con representación de países de áreas geográficas muy diversas. El nivel de los ponentes, en términos generales, fue muy elevado, con un alto grado técnico de capacitación, y habiendo publicado gran número de ellos obras doctrinales de amplia repercusión y relevancia en las respectivas materias que se trataron. Una parte significativa de los mismos participó en la elaboración del Manual de Lovaina sobre el Derecho Internacional aplicable a operaciones de paz (en adelante «Manual de Lovaina»), debiendo significarse que, bajo el nombre genérico que recibió el Congreso, en realidad el evento sirvió a modo de presentación de dicha obra, de modo que se fueron desgranando algunos de los capítulos de este manual, aportando experiencias y puntos de vista de los autores.

### 1.2. RESUMEN DE LAS PONENCIAS DEL 21 CONGRESO

Dejando a un lado las actividades y eventos en torno al Congreso y centrando la atención en las ponencias como tales, se va a proceder a comentar sucintamente el contenido de las mismas. Como se ha expresado, con carácter general fueron de elevado nivel y rigor académico, y todas ellas gozaron de posibilidad de debate con los participantes. El tiempo dedicado a las distintas materias fue razonable en atención a los propósitos del Congreso, aun cuando sin duda algunos de los contenidos hubieran permitido más sesiones para profundizar en los mismos.



### **1.2.1. Primer día**

#### *1.2.1.1. El uso de las Fuerzas Armadas en situaciones interiores*

*Bg. Gen. Darren Stewart, Head Operational Law, Army Headquarters, UK*  
*Prof. Dr. Vaios Koutroulis, Université Libre de Bruxelles*  
*Magistrat Col. Aurore Chauvelot, Chef de la Division des Affaires Pénales Militaires, France*

Se abordó la cuestión de cómo las Fuerzas Armadas no solamente prestan su apoyo a las autoridades policiales del Estado anfitrión durante una operación de paz (en adelante OMP), sino de qué manera deben enfrentarse a cuestiones como la detención, la conservación de indicios y evidencias o la aparición de fenómenos criminales en la propia frontera del derecho internacional humanitario. Se hizo hincapié en el art. 1.2 PAII y el concepto de las «tensiones internas y disturbios interiores», y en qué circunstancias una fuerza de *peacekeepers* puede intervenir durante el curso de una OMP en actividades policiales, lo cual presenta enormes dificultades, particularmente en los conflictos armados no internacionales. La delimitación de sus funciones, sus reglas de enfrentamiento, la preparación previa de las fuerzas, etc. son factores esenciales que deben tenerse en cuenta, puesto que un contingente militar no es (ni debe ser) una fuerza policial.

#### *1.2.1.2. Imputabilidad y responsabilidad en operaciones de paz*

*Mr. Steven Hill, Director of the Office of Legal Affairs, NATO HQ*  
*Dr. Aurel Sari, University of Exeter*  
*Dr. Marten Zwanenburg, Senior Legal Advisor, Ministry of Foreign Affairs, Netherlands*  
*Col. Retired Ben Klappe, former Senior Military Expert, UN Secretariat, NY*

La responsabilidad (personal e institucional) durante una OMP presenta numerosas ramificaciones, tanto para los Estados y organizaciones internacionales que la auspician como para la operación en sí misma, así como, por supuesto, para las personas que toman parte en su desempeño. Por tanto, el primer problema consiste en dilucidar qué tipo de responsabilidad se genera por las acciones u omisiones de la OMP y a qué nivel se ha de reclamar la misma. Se trataron cuestiones como la responsabilidad

internacional de los Estados y organizaciones, la atribución a unos y otras de las acciones (con especial atención al concepto del «mando y control efectivos») y el aumento de reclamaciones civiles que evidencia la práctica en las OMP en los últimos años, lo cual puede acabar desembocando en que los Estados sean más reticentes a participar en tales operaciones a la vista de los gastos extraordinarios que deben afrontar. Como ejemplo relevante se estudió con detalle el caso de las reclamaciones civiles por el brote de cólera originado en el campamento de los Cascos Azules en Haití en 2010 y la polémica postura adoptada por Naciones Unidas para argumentar su defensa jurídica.

### *1.2.1.3. Protección de población civil en operaciones de paz*

*Col. Dr. Joop Voetelink, National Defence College, the Netherlands*

*Mr. Remy Jorritsma, Max Planck Institute, Luxembourg*

*Bg. Gen. Daniel Kuwali, Malawi Defense Forces*

*Dr. Justinas Zilinzkas, International Humanitarian Fact-Finding Commission*

Los intervinientes pusieron de relieve cómo la protección de civiles ha ido ganando mayor relevancia en las OMP con el transcurso del tiempo; no solamente protección física (protección militar), sino de carácter integral (legal, política, asistencial, etc.). Por ello es muy importante que el contingente se halle adecuadamente preparado y cuente con unas reglas de enfrentamiento coherentes con ese cometido. Uno de los muchos problemas que deben afrontarse es el de la participación directa en hostilidades por parte de civiles, generando enormes dificultades a las fuerzas de una OMP y forzando a estudiar con un enorme detenimiento el principio de distinción. Por tanto, en suma, el establecimiento de un entorno de protección integral a la población civil sigue siendo un reto; la adopción de medidas preventivas dentro del *comprehensive approach* puede ayudar a aportar soluciones a largo plazo, pero mientras tanto, hay que asumir que la naturaleza militar de la OMP la obligará a actuar de una forma más reactiva que preventiva, todo ello sin contar con los problemas de conducta que en ocasiones aparecen entre los propios *peacekeepers* en su relación con la población civil. La última ponencia sirvió para explicar la actuación de la Comisión Internacional Humanitaria de Establecimiento de Hechos durante la investigación del incidente de Pryshyb (Ucrania) de 2017, en el que un vehículo de la OSCE pisó una mina, falleciendo una persona y resultando heridas otras dos.

## **1.2.2. Segundo día**

Se formaron distintos Comités independientes que, de manera paralela y en diferentes salas, celebraron sus ponencias a lo largo del día. Se abordan a continuación exclusivamente las del Comité de Justicia Militar y las del Comité de Derecho Internacional Humanitario.

### *1.2.2.1. Responsabilidad penal internacional y justicia penal internacional en relación con operaciones de paz*

*Mr. Eugene Fidell, Yale Law School*

*Mr. B. Richard Bell, Chief Justice of the Court martial Appeal Court of Canada*

*Christopher Griggs, New Zealand List of Counsel, ICC*

*Dr. Roberta Arnold, Office of the Attorney General, Switzerland*

*Lt-Col. Retired Frank Rosenblatt, former Deputy Chief US Army Trial Defense Service*

Sobre la base de lo que se había tratado el día anterior, se volvió a abordar la cuestión de la responsabilidad durante una OMP, esta vez centrándose en la responsabilidad penal individual. Se discutieron los aspectos de la atribución de la responsabilidad en la cadena de mando, así como de nuevo el «control efectivo» de la OMP por parte de un país o de una organización. Se puso de relieve que la falta de apoyo a la CPI por una parte significativa de la comunidad internacional supone un lastre para la persecución efectiva de los crímenes de guerra (a modo de ejemplo, de los 10 países que mayor número de tropas contribuyen a OMP de la ONU, solo 2 son signatarios del Estatuto de Roma). Se hizo hincapié en la importancia de que el enjuiciamiento de personal participante en una OMP sea transparente y accesible para las autoridades y población del país anfitrión donde se haya cometido la infracción, y todos los participantes mostraron su opinión favorable a que los órganos jurisdiccionales competentes pudieran desplazarse al lugar de los hechos para administrar justicia *in situ*, favoreciendo con ello dicha visibilidad.

*1.2.2.2. Supervisión del cumplimiento de la conducta y disciplina, lucha contra la explotación y abusos sexuales en operaciones de paz*

*Mr. Eugene Fidell, Yale Law School*

*Mr. Lars Stevnsborg, Military Prosecutor General, Denmark*

*Col. Retired Ben Klappe, former Senior Military Expert, UN Secretariat, NY*

La sesión guardó íntima relación con la anterior, tratándose con mayor profundidad los problemas inherentes al abuso y explotación sexual durante el transcurso de OMP. Los problemas novedosos que se plantearon tuvieron que ver con la recopilación de indicios y pruebas, declaraciones de víctimas y testigos y con las medidas preventivas que los Estados pueden adoptar para asegurar el cumplimiento de los respectivos códigos de conducta y disciplinarios por parte de los militares desplegados en una operación. Tras una exposición del sistema danés de justicia militar, se brindaron datos y estadísticas de las denuncias presentadas contra personal de la ONU y sus agencias a lo largo de los últimos años, incidiéndose de nuevo en la necesidad de transparencia, de entrenamiento y educación adecuados para las personas que van a desplegar en un país en situación de crisis y en una política de comunicación estratégica adecuada.

*1.2.2.3. La aplicabilidad del derecho internacional humanitario a las operaciones de paz*

*Dr. Agnieszka Jachec Neale, University of Exeter*

*Dr. Marten Zwanenburg, Senior Legal Advisor, Ministry of Foreign Affairs, Netherlands*

*Dr. Tristan Ferraro, Senior Legal Advisor, ICRC*

*Col. Ma Hongwei, Institute of Military Legal Research, Academy of Military Sciences, China*

Se incidió en que debe rechazarse la noción de que una OMP no puede ser parte en un conflicto; más específicamente, los *peacekeepers* pueden verse involucrados en el conflicto armado y, de esta manera, convertirse en parte en el mismo. Ello representa una posición enormemente delicada, y por eso es preciso tener muy presente el mandato de la misión y el concepto de la legítima defensa; sobre todo no se puede perder de vista que no se habla solo de las acciones militares que implican el uso de la fuerza, sino que puede tratarse de labores de inteligencia, de apoyo logístico o de

cualquier otra clase y un largo etcétera, que cobran especial relevancia en los conflictos armados no internacionales.

#### *1.2.2.4. El futuro de la guerra y sus dimensiones legales*

*Prof. Rachel Vanlandingham, Southwestern Law School, LA*

*Dr. Erini Giorgiou, Arms Unit of the ICRC*

*Dr. Rain Liivoja, University of Queensland*

Se trató de tres conferencias completamente independientes.

La primera versó sobre los conflictos armados en los tiempos de los medios de comunicación y las redes sociales. La ponente, desde una fuerte perspectiva nacional, llamó la atención sobre materias como la guerra híbrida y el *lawfare*, así como sobre los intentos de provocar reacciones en la opinión pública y en las instituciones, de confundir el régimen del DIH con el de los DD.HH. y buscar que las fuerzas desplegadas deban conducirse con unos estándares distintos (y más elevados) de a los que legalmente vienen obligados.

La segunda ponencia se centró en el uso de armas explosivas en núcleos de población densamente habitados. Se hizo particular hincapié en los principios de discriminación y de proporcionalidad, así como en la necesidad de adoptar todas las precauciones posibles, para evitar que el ataque pueda ser calificado como indiscriminado. Se hizo una especial referencia al uso de la población civil por parte del adversario como escudos humanos, bien enviándolos expresamente a proteger determinados objetivos, bien ocultando éstos en zonas urbanas densamente pobladas, de manera que cualquier ataque inevitablemente produzca un elevado número de bajas.

La tercera conferencia abordó el uso de las mejoras biomédicas en los combatientes y su relación con el DIH. Se habló de los avances en los tratamientos inmunológicos, farmacológicos, quirúrgicos, biónicos, etc. que permiten alterar las condiciones físicas o mentales de los sujetos (aumentando el umbral del dolor, mejorando sus reflejos o capacidad de atención, etc.), pretendiendo abrir el debate de cuáles de tales innovaciones podrían considerarse «agentes biológicos» a la luz de la Convención sobre Armas Biológicas. Se trataron igualmente otros asuntos, como los ejemplos del uso de drogas para anular la voluntad de niños soldado en África y favorecer así su reclutamiento o la pérdida de protección del personal sanitario que eventualmente estuviera involucrado en semejantes actividades.

### 1.2.3. Tercer día

#### 1.2.3.1. Detención en operaciones de paz

*Bg. Gen. Darren Stewart, Head Operational Law, Army Headquarters, UK*  
*Dr. Tristan Ferraro, Senior Legal Advisor, ICRC*

Aunque la cuestión ya había sido planteada anteriormente en relación con las atribuciones policiales que pueden acabar ejerciendo incidentalmente los *peacekeepers*, esta vez la materia se focalizó y desarrolló con mayor amplitud. Se trató acerca de la legalidad y legitimidad de la práctica de detenciones, del tratamiento de los detenidos y sobre todo de su entrega al Estado anfitrión, planteándose serias dificultades sobre todo en los conflictos armados no internacionales. Se plantearon cuestiones como la diferenciación entre *apprehension* y *detention* (que podrían asimilarse al debate que en España zanjó el TC en 1986 acerca de la retención y la detención) y se hizo hincapié en el asunto de las garantías diplomáticas para proceder a la entrega a un país y al llamado principio de *non-refoulement*.

#### 1.2.3.2. Implantación de la perspectiva de género en operaciones de paz

*Dr. Ola Engdahl, Swedish National Defence College*  
*Mrs. Antonaeta Boeva, Legal Advisor at ITER, formerly at NATO HQ*  
*Lt. Col. Keirsten Kennedy, US Army Trial Defense Service, Ft. Hood, US*

La ponencia comenzó destacando la diferencia entre el género y el sexo biológico, y qué relación guarda todo ello con las OMP, permitiendo una aproximación de los *peacekeepers* hacia la población civil con un mayor conocimiento cultural y de los roles de hombres y mujeres en cada contexto, lo cual contribuye en última instancia a mayores facilidades a la hora de desempeñar sus cometidos. La perspectiva de género abre las puertas a otras materias de índole cultural, política o educacional en las sociedades donde tiene lugar la OMP, y por tanto debe seguir trabajándose su integración en el planeamiento de las misiones. Sigue percibiéndose como una cuestión secundaria o de escasa relevancia y ello dificulta que los esfuerzos a los que está orientada terminen de fructificar.

*1.2.3.3. Seguridad, derecho internacional y legislación portuguesa*

*Dr. Jorge Bacelar Gouveia, Universidade Nova de Lisboa*

Consistió en una ponencia acerca de la perspectiva nacional de Portugal en torno a la seguridad y defensa, con reflexiones acerca del papel del Estado en la seguridad de sus ciudadanos y en torno al uso de la fuerza en las relaciones internacionales. El ponente explicó a grandes rasgos el modelo portugués de estructuración de sus sistemas militar, policial, de inteligencia y de defensa civil ante catástrofes.

*1.2.3.4. Desminado y retirada de restos explosivos de guerra en operaciones de paz*

*Dr. Kjetil Mujezinovic Larsen, University of Oslo*

La conferencia versó principalmente acerca de la responsabilidad de los *peacekeepers* de efectuar acciones de desminado y retirada de materiales explosivos en las zonas en las que actúan. Aunque se dejó claro que el peso ha de recaer sobre el Estado anfitrión, se mencionaron los casos en los que el mandato de la operación incluía obligaciones específicas para los Estados aportantes de fuerzas. Se abordó por tanto la cuestión de la responsabilidad concurrente entre la OMP y el Estado anfitrión, con referencia específica al llamado caso Behrami.

*1.2.3.5. Comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja a los Convenios de Ginebra I y II*

*Dr. Wolff Heintschel von Heinegg, Europa-Universität Viadrina Frankfurt*

La última ponencia consistió en realidad en una breve presentación de los nuevos Comentarios del CICR a los Convenios de Ginebra (de momento al Primero y Segundo, con estimación de fechas de publicación de los Comentarios al Tercero y Cuarto y los Protocolos Adicionales). Se trata de una actualización de los conocidos Comentarios de Pictet, incluyendo investigaciones sobre prácticas estatales y supuestos prácticos.

## 2. EL MANUAL DE LOVAINA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE A OPERACIONES DE PAZ

### 2.1. PROPÓSITO Y CONTENIDO

La obra formula un estudio académico independiente sobre las normas y costumbres de derecho internacional que resultan de aplicación a las operaciones de paz desempeñadas por Naciones Unidas, la OTAN, la Unión Europea y la Unión Africana, presentando comentarios detallados sobre la interpretación de estas reglas y de la perspectiva práctica a la hora de su aplicación. Su origen se remonta a 2011, cuando la *Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre* decidió acometer esta labor y reunió un grupo de expertos que elaborara un borrador y propuesta, siguiendo la estela de otras obras de gran repercusión, como el Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar o el Manual de Tallin sobre Derecho Internacional aplicable a las Ciberoperaciones.

Destinada tanto a autoridades nacionales como internacionales, e incluso a organizaciones no gubernamentales, abarca los aspectos legales que deben tener presentes todos los involucrados en el planeamiento y conducción de operaciones de paz. El Manual de Lovaina se constituye por tanto en un recurso de interés académico y práctico, que resultará útil como material de consulta a asesores jurídicos operacionales y a todos los estudiosos del derecho internacional humanitario en general. La actividad del Congreso para presentarlo y difundir su contenido sin duda redundará en su beneficio y ha de considerarse como enormemente provechosa.

### 2.2. LAS REGLAS DEL MANUAL DE LOVAINA

Se ofrece a continuación una traducción de las reglas contenidas en el Manual, sin los comentarios añadidos, que componen el *corpus* de la obra. Nótese que el salto del apartado 1 al 3 no es casual, puesto que el apartado 2 no contiene reglas, sino que se trata solamente de una breve historia del derecho aplicable a las operaciones de paz.



## **OPERACIONES DE PAZ**

**1.1.** Las operaciones de paz se basan en tres principios: consentimiento de las partes, imparcialidad y uso limitado de la fuerza.

### **MANDATO**

**3.1.** Cada operación de paz requiere un mandato que le proporcione una base legal y que determine tanto los objetivos como los parámetros legales y operacionales por los que se regirá la misma. El mandato puede provenir de la organización internacional competente o del gobierno de un Estado anfitrión que invite o preste consentimiento para el desarrollo en su territorio de una operación de paz dirigida por una organización internacional competente; en la mayor parte de los casos se tratará de una combinación de ambas.

**3.2.** Además del consentimiento del Estado anfitrión, un mandato emanado del Consejo de Seguridad complementará y proporcionará un sustrato legal suplementario a dicho consentimiento para la conducción de una operación de paz. Si el mandato ha sido adoptado bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, prevalecerá sobre cualesquiera otros términos que el Estado anfitrión hubiera fijado para prestar el consentimiento para la operación.

**3.3.** En ausencia de consentimiento del Estado anfitrión, un mandato emanado del Consejo de Seguridad bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas constituye un requisito legal estricto para el despliegue de tropas y otro personal en el territorio de un Estado para la conducción de una operación de paz. A estos efectos resulta indiferente si la operación se halla dirigida directamente por la ONU, por una organización o acuerdo regional o por Estados individuales que operan con independencia de Naciones Unidas o cualquier otra organización, pero con la autorización del Consejo de Seguridad.

**3.4.** Siempre se requiere que, además de por los términos y condiciones impuestos por el mandato, las operaciones de paz se conduzcan de conformidad con todas las reglas pertinentes aplicables de derecho internacional y con respeto a las leyes del Estado anfitrión, en la medida en que ello sea compatible con el derecho internacional y con el mandato. Adicionalmente, los países que aportan tropas exigirán a sus fuerzas que cumplan con las partes pertinentes de su derecho nacional.

## MARCO LEGAL ESPECÍFICO DE LA ORGANIZACIÓN

**4.1.1.** Cada operación de paz dirigida por una organización o acuerdo debe tener una base legal en derecho internacional y en el derecho interno de la organización.

**4.1.2.** El órgano competente de una organización o acuerdo determinará el mandato de una operación de paz dirigida por esa organización o mecanismo.

**4.1.3.** Tanto la ONU como las organizaciones o acuerdos regionales prepararán y dirigirán sus operaciones de paz de acuerdo con la Carta de Naciones Unidas, sus reglas y procedimientos internos y otras reglas de derecho internacional que les resulten de aplicación.

**4.1.4.** Las organizaciones o acuerdos regionales comprendidos en el título VIII de la Carta de Naciones Unidas informarán al Consejo de Seguridad sobre sus operaciones de paz. Todas las organizaciones o acuerdos regionales informarán al Consejo de Seguridad sobre sus operaciones de paz si son requeridos por él o lo establecen sus propias reglas internas. Los mandatos emanados del Consejo de Seguridad para operaciones de paz dirigidas por organizaciones o acuerdos regionales deben contener obligaciones claras para mantenerle informado. En otros casos deben informar al Consejo de Seguridad sobre sus operaciones de paz como se estime oportuno.

**4.1.5.** Las operaciones de paz dirigidas por organizaciones o acuerdos regionales son distintas de las conducidas por Naciones Unidas. Cuando coexistan simultáneamente unas con otras, deben organizarse acuerdos de cooperación.

## MANDO Y CONTROL

**4.2.1.** Los acuerdos relativos a mando que se concluyan para una operación de paz deben ser provistos por la organización que se haya de encargar de dirigirla. Las operaciones de paz implican una transferencia parcial de autoridad y/o control de un país que aporta tropas a las Naciones Unidas o la organización o acuerdo regional encargada de la operación de paz. Por lo general se transferirán el mando operacional o el control operacional, mientras que el país que aporta tropas conservará el mando pleno (mando nacional) y control administrativo. La transferencia parcial de autoridad puede incluir ciertos *caveats* o restricciones sobre el uso de personal o elementos del país que aporta tropas para la ejecución de labores concretas dentro de la operación de paz.

**4.2.2.** El personal que tome parte en operaciones de paz respetará la autoridad del jefe de la fuerza y de la organización o acuerdo regional implicados. Aunque esta autoridad se basa en el derecho interno de la organización o acuerdo, debe ser asignada por los países que aportan tropas. Los acuerdos de mando y control se fijan en un instrumento entre el país que aporta tropas y la organización o acuerdo regional, o bien mediante acuerdos internos de la organización implicada.

## **UNIÓN AFRICANA**

**4.3.1.** Las operaciones de paz desplegadas por la UA requieren una base legal en derecho internacional, así como una Decisión de acuerdo con el Acta Constitutiva de la UA. Estas operaciones de paz serán llevadas a cabo de acuerdo con el derecho internacional, incluyendo la Carta de las Naciones Unidas, y los derechos y políticas internos de la UA. También serán conformes con los acuerdos específicos de la misión.

## **UNIÓN EUROPEA**

**4.4.1.** Una operación de paz de la UE requiere una base legal en derecho internacional. La base legal exigida en derecho comunitario es una Decisión del Consejo, tomada de conformidad con el Tratado de la Unión Europea, seguida de una propuesta de un Estado miembro o del alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Estas Decisiones del Consejo preparan y regulan las operaciones de paz de la UE.

**4.4.2.** Otras medidas legales adicionales que se pueden adoptar en relación con las operaciones de paz de la UE incluyen Decisiones del Consejo que pongan en marcha una operación de paz, Decisiones del Consejo que establezcan las bases para acuerdos de financiación, acuerdos de estatutos de fuerza o acuerdos de estatuto de misión, acuerdos sobre la participación de terceros Estados y acuerdos del Comité Político y de Seguridad que acepten la participación de terceros Estados o designen jefes de fuerza o jefes de misión.

**4.4.3.** Las operaciones de paz de la UE se conducirán de conformidad con el derecho comunitario aplicable y el derecho internacional.

## **ORGANIZACIÓN DEL TRATADO DEL ATLÁNTICO NORTE**

**4.5.1.** Cada misión de paz de la OTAN autorizada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas requiere una base legal en derecho interna-

cional y debe basarse en una Decisión del Consejo del Atlántico Norte. Las operaciones de paz se conducirán de conformidad con el derecho internacional, las políticas y doctrinas de la Organización que resulten aplicables y los derechos nacionales de cada país que aporte tropas.

## **ORGANIZACIONES SUBREGIONALES**

**4.6.1.** Las operaciones de paz desplegadas por una organización subregional requieren una base legal en derecho internacional, así como una decisión de acuerdo con el instrumento constitutivo de la organización. Las operaciones de paz se conducirán de conformidad con el derecho internacional, incluyendo la carta de Naciones Unidas, y los derechos y políticas internos de la organización subregional en cuestión. Las operaciones de paz desplegadas por una organización subregional también acatarán los acuerdos específicos de cada misión.

## **DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

**5.1.** Las obligaciones de derechos humanos aplicables a una operación de paz pueden derivar de las obligaciones internacionales de los Estados que contribuyen a la misma y/o de aquellos dentro de la organización internacional que asuman la operación, y pueden basarse en previsiones convencionales y/o consuetudinarias.

**5.2.** Las obligaciones de derechos humanos de un Estado que asume o contribuye a una operación de paz resultan de aplicación a todas las personas bajo la jurisdicción de dicho Estado, de la manera en que la misma sea ejercida en particular a través de su contingente o su personal.

**5.3.** Cada Estado que aporte personal a una operación de paz se asegurará de que dicho personal cumple las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos que vinculan a ese Estado y que son pertinentes en relación con la operación.

**5.4.** A la hora de conducir una operación de paz, las organizaciones internacionales cumplirán sus obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos.

**5.5.** De acuerdo con la obligación de respetar las leyes del Estado anfitrión, existe la obligación de respetar el derecho internacional de los derechos humanos aplicable al Estado anfitrión.

**5.6.** Pueden surgir problemas de interoperabilidad si los Estados que contribuyen a una operación de paz tienen obligaciones divergentes respecto del derecho internacional de los derechos humanos. Las obligaciones

aplicables de derechos humanos no pueden ser eludidas so pretexto de que otros actores de la misma operación tienen obligaciones distintas.

**5.7.** Si una fuerza de paz considera que le puede resultar imposible cumplir plenamente con sus obligaciones de derecho internacional de los derechos humanos en el desempeño de los cometidos asignados por su mandato, el Estado o la organización internacional, según corresponda, debería pedir detraerse de las previsiones de derechos humanos pertinentes cuando sea posible.

**5.8.** Cuando resulten de aplicación simultánea, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos son complementarios. En caso de colisión entre una norma de derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos, en principio resultará de aplicación la norma más específica.

**5.9.** En operaciones de paz de Naciones Unidas resultan de aplicación la política de debida diligencia de derechos humanos de la ONU y la política de revisión de derechos humanos de la ONU. Las organizaciones y acuerdos regionales deberían considerar aplicar políticas similares.

## **DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**

**6.1.** El derecho internacional humanitario resulta de aplicación a una operación de paz, en particular a sus fuerzas, siempre que se cumplan los requisitos para la aplicación de sus normas, con independencia de la naturaleza de la operación.

**6.2.** Las condiciones para la aplicabilidad del derecho internacional humanitario a las operaciones de paz son aquellas recogidas en sus propias normas, asentadas por la práctica. No difieren de las condiciones aplicables a las fuerzas participantes en operaciones que no sean de paz. Las operaciones de paz objeto de este manual son aquellas desplegadas en situaciones de conflictos no internacionales; se aplicarán diferentes condiciones para determinar la existencia de conflictos armados internacionales y no internacionales.

**6.3.** El derecho internacional humanitario no regula la conducta de una operación de paz desplegada en el contexto de un conflicto armado del cual no se haya convertido en parte, pero los miembros de esa fuerza se beneficiarán de la protección garantizada a la población civil por el derecho internacional humanitario.

**6.4.** Los miembros del componente militar de una operación de paz pierden la protección contra ataques directos que se garantiza a la población civil si, y durante ese preciso momento, la operación se ha convertido

en una parte en el conflicto. En los casos en los que la operación de paz no se ha convertido en parte, los miembros individuales de la fuerza perderán esa protección solamente en tanto en cuanto participen directamente en las hostilidades.

**6.5.** Si se verifican los requisitos, la operación de paz se puede convertir en una parte en el conflicto. Dependiendo de los supuestos de hecho, los países que aportan tropas pueden convertirse en parte en el conflicto a título individual.

**6.6.** El derecho internacional humanitario determinará el ámbito geográfico de un conflicto armado del cual una operación de paz se convierte en parte.

**6.7.** Si una operación de paz participa en un conflicto armado no internacional que ya existía previamente, o si no existía previamente un conflicto armado, se empezará a aplicar el derecho de los conflictos armados no internacionales cuando las hostilidades que implican a la operación de paz cumplan los requisitos de tal tipo de conflicto. El derecho internacional humanitario deja de aplicarse cuando el conflicto armado llega a su fin o bien alternativamente cuando desaparecen las circunstancias que requerían su aplicación (como la detención continua de miembros de un grupo armado).

**6.8.** La propia aplicación del derecho internacional humanitario determina qué personas se consideran protegidas.

## **GÉNERO**

**7.1.** Los asuntos de género deben tenerse en cuenta en todos los aspectos de la misión, incluyendo las operaciones de paz. Los participantes en operaciones de paz deberán tener en cuenta los asuntos de género tanto en la participación como en su contenido.

**7.2.** La discriminación basada en género está prohibida. La violencia basada en género, y especialmente la violencia contra la mujer, son formas de discriminación basada en género y constituyen una violación del derecho internacional de los derechos humanos.

**7.3.** Se debe introducir la perspectiva de género a lo largo de todo el ciclo de una operación de paz, desde su concepción y desarrollo de su mandato hasta la ejecución de cada cometido asignado por el mismo. Se deben incluir indicadores específicos de género en los requisitos de recolección de datos y de los informes, tanto antes como durante y después de una operación de paz, con el fin de asegurar una perspectiva completa de los asuntos de género, informar el proceso de toma de decisiones y facilitar el aprendizaje de lecciones.

**7.4.** Los países que aportan tropas deben tener en cuenta las consideraciones de género en las principales áreas de responsabilidad nacional, como la generación de fuerza, entrenamiento o disciplina, y deben esforzarse por asegurar que se cumplen los niveles adecuados de capacidad y competencia con carácter previo al despliegue de las operaciones de paz.

## **ESTATUTO DE LA FUERZA Y DE LA MISIÓN**

**8.1.** Los derechos y obligaciones de una organización que despliega personal civil y militar en una operación de paz, así como los que corresponden a dicho personal, deben quedar especificados en acuerdos sobre el estatuto de la fuerza o de la misión. La inmunidad, tanto del personal del Estado anfitrión como del personal militar de los Estados remitentes, en cualquier Estado de tránsito, la cual se basa en derecho consuetudinario y convencional, se confirma habitualmente en acuerdos sobre el estatuto de la fuerza o de la misión relativos a las operaciones de paz.

**8.2.** Aunque el personal militar de los Estados remitentes que disfrute de inmunidad se halla exento de la jurisdicción penal del Estado anfitrión y de cualquier Estado de tránsito, el Estado remitente mantiene su jurisdicción sobre ese personal.

**8.3.** Para cada operación de paz deben determinarse claramente y de forma adecuada las responsabilidades de la organización implicada, de los países que envían tropas y del Estado anfitrión. Habitualmente se suscribirán acuerdos entre la organización internacional y los Estados remitentes para facilitar la provisión de los contingentes nacionales.

**8.4.** Los asuntos relativos a la entrada y salida, libertad de movimientos, exenciones aduaneras y de impuestos, el derecho a emplear equipos y establecer comunicaciones, apoyo logístico y seguridad deben recogerse en los acuerdos sobre el estatuto de la fuerza o de la misión y acuerdos complementarios con el Estado anfitrión.

## **LEGISLACIÓN DEL ESTADO ANFITRIÓN**

**9.1.** Las operaciones de paz y sus miembros se hallan sujetos a las leyes del Estado anfitrión durante el tiempo que se hallen presentes o actuando en su territorio. A la hora de aplicar su legislación nacional sobre las operaciones de paz y sus miembros, los Estados anfitriones deben tener en consideración las reglas aplicables de derecho internacional en relación con el ejercicio de sus competencias jurisdiccionales, incluyendo los acuerdos sobre el estatuto de la fuerza o de la misión, así como cualesquiera

ra otros tratados o reglas consuetudinarias aplicables relativas a inmunidades y privilegios.

**9.2.** Las operaciones de paz y sus miembros deben respetar las leyes del Estado anfitrión.

## **LEGISLACIÓN DEL ESTADO REMITENTE**

**10.1.** Aunque los derechos y deberes de una operación de paz en el Estado anfitrión se determinen fundamentalmente a nivel internacional, los Estados remitentes conservan determinadas potestades y responsabilidades.

**10.2.** A la hora de asegurar el ejercicio de su jurisdicción en el territorio de terceros Estados, los Estados remitentes deben cumplir las reglas aplicables de derecho internacional relativas al ejercicio de sus competencias jurisdiccionales, incluyendo cualesquiera tratados y reglas consuetudinarias que resulten de aplicación.

## **EL MEMORANDUM DE ENTENDIMIENTO Y OTROS INSTRUMENTOS**

**11.1.** La organización internacional o el Estado que lidere una operación de paz puede llevar a cabo acuerdos con un país que aporte tropas para fijar los términos y condiciones administrativos, logísticos y financieros que regirán la aportación de personal, equipo y servicios que deba prestar el país que aporta tropas a la organización. Este tipo de acuerdo habitualmente se denomina Memorandum de Entendimiento. Dependiendo de la intención de los participantes, el acuerdo puede ser legalmente vinculante.

**11.2.** El apoyo y servicios a la organización internacional o Estado que lidere una operación de paz y/o al país que envía tropas pueden ser provistos por las autoridades del Estado anfitrión o por contratistas internacionales civiles. Los términos y condiciones administrativos, logísticos y financieros relativos a la provisión de tales apoyos y servicios deben ser establecidos en un acuerdo y/o contrato.

**11.3.** Aparte de los acuerdos específicos de la misión, las organizaciones internacionales que conducen operaciones de paz se valdrán de políticas, guías e instrumentos que proporcionen estándares operacionales y técnicos, no específicos de la misión, para asegurar la interoperabilidad de los contingentes.



## **USO DE LA FUERZA**

**12.1.** Se puede autorizar el uso de la fuerza por miembros de una fuerza de paz de acuerdo con el mandato o en legítima defensa.

**12.2.** El mandato puede autorizar el uso de la fuerza necesaria y proporcional para el cumplimiento de los cometidos, propósitos y objetivos establecidos por el mandato cuando las circunstancias requieran el uso de la fuerza.

**12.3.** Los miembros de una fuerza de paz tienen el derecho inmanente a usar la fuerza necesaria y proporcional en defensa propia o en defensa de otros.

**12.4.** Los miembros de una fuerza de paz pueden tener el derecho a usar la fuerza necesaria y proporcional en defensa de propiedad esencial de la misión o para asegurar su derecho a la libertad de movimiento.

**12.5.** En cualquier caso en que resulte de aplicación el derecho internacional de los derechos humanos, sus normas determinarán las maneras y circunstancias en que se puede emplear la fuerza.

**12.6.** Una operación de paz que se convierte en parte de un conflicto armado debe cumplir con el derecho internacional humanitario cuando lleve a cabo operaciones en el contexto de ese conflicto. Durante situaciones que impliquen la conducción de hostilidades contra objetivos bajo el derecho de los conflictos armados, se aplicarán sus reglas relativas a la conducción de hostilidades. El uso de la fuerza fuera de ese contexto de hostilidades se regirá con carácter general por otras reglas, particularmente el derecho internacional de los derechos humanos.

**12.7.** Una operación de paz debe contar con el equipamiento necesario que le permita ajustar el grado y naturaleza de la fuerza que emplea para que se ajuste tanto como sea posible a los requisitos de las previsibles situaciones de seguridad.

**12.8.** En los casos en que se autorice el uso de la fuerza más allá de la legítima defensa de conformidad con las leyes del Estado remitente, deben dictarse reglas de enfrentamiento por una autoridad superior a la fuerza de paz. Las restricciones en el uso de la fuerza a las que se refiere este capítulo deben reflejarse en esas reglas de enfrentamiento.

**12.9.** Los encargados del planeamiento de operaciones de paz deben llevar a cabo acuerdos relativos a las investigaciones posteriores a los incidentes. Tales investigaciones deberán ser de naturaleza administrativa o disciplinaria, dependiendo del conocimiento que se tenga de las circunstancias.

## **DETENCIÓN**

**13.1.** La detención de personas durante una operación de paz no debe ser arbitraria.

**13.2.** La detención solamente podrá llevarse a cabo en los términos establecidos en el derecho internacional aplicable.

**13.3.** Cuando cesen las circunstancias que justificaron la detención, debe liberarse al detenido.

**13.4.** La detención debe hallarse sujeta a salvaguardas procedimentales de conformidad con el derecho internacional aplicable. Estas salvaguardas incluirán en particular la posibilidad de confirmar rápidamente la legitimidad de la detención y el requisito de que habrá una revisión periódica adecuada al menos cada seis meses. Tanto la revisión inicial como las subsiguientes periódicas deberán ser llevadas a cabo en principio por un tribunal, pero en todo caso deberán ser llevadas a cabo por una autoridad independiente e imparcial.

**13.5.** Las personas detenidas deben ser informadas con rapidez de las razones de su detención en un idioma que entiendan.

**13.6.** Las personas detenidas deben ser informadas con rapidez de sus derechos y deben tener acceso a asistencia legal cuando ello sea factible.

**13.7.** Existen otros derechos adicionales que son de aplicación en relación con los procedimientos penales, incluyendo el principio de legalidad y el de derecho a un juicio justo.

**13.8.** Las personas detenidas deben quedar registradas con rapidez por la autoridad detenedora, que debe guardar esos registros y proteger los datos personales.

**13.9.** Se debe dar acceso a los detenidos al Comité Internacional de la Cruz Roja de conformidad con el derecho internacional humanitario aplicable. Este acceso al Comité Internacional de la Cruz Roja también debe darse en los conflictos armados no internacionales y en cuantas otras situaciones se halle garantizado. También debe darse el acceso a los detenidos a las organizaciones competentes de derechos humanos que tengan ese derecho, así como también podrá darse a otras organizaciones pertinentes cuando resulte oportuno. Deberá notificarse al Comité Internacional de la Cruz Roja y a las organizaciones de derechos humanos competentes, así como a otras organizaciones pertinentes cuando resulte oportuno, de las detenciones practicadas.

**13.10.** Debe respetarse el derecho a la protección diplomática y consular de los detenidos que tengan una nacionalidad distinta a la del Estado

anfitrión, de conformidad con lo establecido en las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares.

**13.11.** Los detenidos tendrán derecho a contactar con sus familias y con el exterior según resulte oportuno.

**13.12.** Los detenidos tendrán derecho a presentar quejas o reclamaciones respecto de cualquier aspecto de su detención.

**13.13.** Cuando resulte de aplicación, los detenidos tendrán derecho a una compensación en caso de arresto ilegítimo.

**13.14.** Todas las personas detenidas serán, bajo cualquier circunstancia, tratadas humanamente y con respeto a su dignidad, sin distinción basada en raza, color, religión o fe, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, sexo, nacimiento, riqueza u otro *status* similar. La tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes están prohibidos.

**13.15.** Las autoridades detenedoras tienen la responsabilidad de habilitar las condiciones adecuadas de detención, incluyendo alimento y agua potable, alojamiento, acceso a un recinto abierto, garantías de protección de la salud e higiene y protección contra los rigores del clima y los peligros de las actividades militares. Los detenidos heridos y enfermos recibirán la atención médica que requiera su situación.

**13.16.** Un Estado u organización internacional puede transferir un detenido a otro Estado o autoridad únicamente de conformidad con las obligaciones de derecho internacional del Estado transferente o de la organización internacional. Se debe asegurar que el detenido transferido no sufre riesgo real de ser tratado de una manera que atente contra las obligaciones de derecho internacional relativas al tratamiento humano y al proceso legalmente establecido. Ello puede requerir las pertinentes garantías previas, seguidas de comprobaciones posteriores, así como el desarrollo de capacidades.

**13.17.** Las autoridades detenedoras deben desarrollar e implantar procedimientos operativos estándar y otras guías adecuadas acerca del trato de detenidos. Esas guías deben reflejar las diferentes categorías de detenidos y las reglas aplicables a cada una de ellas.

## **PROTECCIÓN GENERAL DE LA POBLACIÓN CIVIL**

**14.1.1.** En las operaciones de paz la población civil goza de protección.

**14.1.2.** La protección de la población civil es responsabilidad del Estado anfitrión. Las operaciones de paz desempeñan un papel importante a la hora de apoyar a los gobiernos a cumplir esa responsabilidad. Cuando la protección de la población civil se encuentra en peligro, una operación de

paz debe poner todos los medios a su alcance para proteger a la población civil que se encuentre bajo una amenaza inminente.

**14.1.3.** Los mandatos de protección deben ser lo suficientemente realistas y formar parte de una estrategia política más amplia. El Consejo de Seguridad debe permanecer informado acerca de todo aquello que se requiera para hacer frente a las amenazas contra la población civil, y los países que aportan tanto tropas como policías deben proveer los recursos necesarios y valerse de su posición para responder a las amenazas contra la población civil.

**14.1.4.** En cualquier situación en la que una operación de paz reciba el mandato de proteger a la población civil, las labores de protección deben encontrarse reflejadas en las reglas de enfrentamiento de la operación.

**14.1.5.** Aun cuando una operación de paz no reciba un mandato expreso en ese sentido, sus reglas de enfrentamiento deben permitir la posibilidad de llevar a cabo labores relacionadas con la protección de la población civil.

**14.1.6.** La operación de paz debe dar protección y asistencia especiales a los grupos de personas particularmente vulnerables que requieran una atención especial.

## **PROTECCIÓN DE MENORES**

**14.2.1.** Los menores deben ser protegidos en todo momento y sin discriminación del impacto directo e indirecto de un conflicto armado. Esta protección deriva con carácter general de las reglas y principios de todas las normas aplicables, y con carácter particular del conjunto de reglas específicas para la protección de menores en conflictos armados.

**14.2.2.** Las fuerzas de paz deben asegurar que los roles y responsabilidades respecto de la protección de menores en conflictos armados se encuentran suficientemente definidas en todos los aspectos del mandato, así como que el planeamiento, conducción e información de la misión reflejen las particulares necesidades de protección de la infancia.

## **PROTECCIÓN CONTRA LA EXPLOTACIÓN Y ABUSOS SEXUALES**

**14.3.1.** La explotación y abusos sexuales por personal militar, de policía o personal civil de operaciones de paz están prohibidos.

**14.3.2.** La prevención debe formar parte de la estrategia para combatir todo tipo de conducta inapropiada, incluyendo la explotación y abusos

sexuales. La prevención de la explotación y abusos sexuales debe tener lugar, entre otros, mediante el entrenamiento, actividades de concienciación y medidas preventivas prácticas.

**14.3.3.** La implantación de estándares de conducta debe formar parte de la estrategia para combatir todo tipo de conducta inapropiada, incluyendo la explotación y abusos sexuales. La implantación de la prohibición de la explotación y abusos sexuales debe tener lugar, entre otros, mediante la investigación y, cuando se demuestra la comisión de tal explotación o abusos sexuales, la adopción de medidas administrativas y/o disciplinarias.

**14.3.4.** Las medidas compensatorias deben formar parte de la estrategia para combatir todo tipo de conducta inapropiada, incluyendo la explotación y abusos sexuales. Las medidas compensatorias deben tener lugar mediante la asistencia y apoyo e incluyen, entre otros, atención médica, legal, psicosocial y material inmediata, así como facilitar la interposición de reclamaciones de paternidad y de apoyo a menores.

**14.3.5.** La estrategia de prevención, implantación y medidas correctivas para combatir la explotación y abusos sexuales debe estar sujeta a continua revisión y ser reforzada donde fuera preciso.

## **PROTECCIÓN DE REFUGIADOS Y OTROS DESPLAZADOS FORZOSOS**

**14.4.1.** El derecho internacional de los refugiados es una rama especial del derecho de los derechos humanos. A diferencia del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados no permite su derogación en caso de emergencia pública o conflicto; es de aplicación plena en tiempo de guerra y de paz.

**14.4.2.** Los refugiados son personas que se han visto obligadas a abandonar su país de origen. Gozan de protección internacional.

**14.4.3.** El reconocimiento del estatuto de refugiado es un acto declarativo, no constitutivo. Por tanto, el derecho a la protección internacional, incluyendo la protección regulada en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, no se halla condicionado a la determinación de dicho estatuto.

**14.4.4.** Una persona que cumpla los criterios establecidos en la definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados será privada de los beneficios de su estatuto cuando existan razones fundadas para considerar que a) haya cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad, tal y como se hallan definidos en los instrumentos internacionales diseñados para prevenir tales

crímenes; b) haya cometido un delito grave de naturaleza no política fuera del Estado de refugio previamente a su admisión en el país como refugiado; o c) sea culpable de actos contrarios a los principios y propósitos de las Naciones Unidas.

**14.4.5.** Una persona deja de ser refugiado cuando se demuestra que ya no tiene necesidad de protección internacional. Esto ocurrirá si: 1) acepta voluntariamente de nuevo la protección de su país de nacionalidad; 2) habiendo perdido su nacionalidad, la vuelve a adquirir voluntariamente; 3) adquiere una nueva nacionalidad y disfruta de su protección; o 4) vuelve a establecerse voluntariamente en el país que abandonó o fuera del que permaneció por miedo a ser perseguido. Alternativamente, una persona deja de ser refugiado cuando desaparecen las circunstancias por motivo de las cuales se reconoció su estatuto.

**14.4.6.** Los refugiados se encuentran protegidos contra cualquier tipo de expulsión (*refoulement*) hacia territorios en los que exista amenaza contra su vida o libertad por razón de su raza, religión, opinión política, nacionalidad o por formar parte de un grupo social determinado.

**14.4.7.** Los refugiados no deben sufrir consecuencias adversas por su nacionalidad formal.

**14.4.8.** Los refugiados tienen derecho a los derechos humanos recogidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Estos derechos están dirigidos a permitir que los refugiados puedan ser autosuficientes en el Estado anfitrión.

**14.4.9.** Las personas desplazadas dentro de su país de nacionalidad o de residencia habitual no son refugiados; no han cruzado ninguna frontera internacional y por tanto no se encuentran dentro de la definición de refugiados. Son desplazados internos que permanecen sujetos a la jurisdicción de su país de nacionalidad o lugar de residencia habitual.

**14.4.10.** Los Estados están obligados a cooperar con el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados en el ejercicio de sus funciones.

**14.4.11.** Los asentamientos y campos de refugiados deben ubicarse lejos de las fronteras.

**14.4.12.** Debe garantizarse el carácter civil y humanitario de los asentamientos y campos de refugiados y de los lugares con desplazados internos.

**14.4.13.** Deben protegerse los campos de refugiados y los campos de desplazados internos, así como sus alrededores inmediatos.

**14.4.14.** Debe asegurarse el acceso sin obstáculos de los refugiados y desplazados internos a la asistencia humanitaria.

**14.4.15.** Los refugiados pueden regresar a su país de origen exclusivamente de manera voluntaria. Tanto los refugiados como los desplazados internos gozan del derecho de regresar a sus lugares de origen.

## **DIMENSIONES AÉREA Y MARÍTIMA**

**15.1.** Todas las actividades de las operaciones de paz en el entorno aéreo y marítimo deben conducirse de conformidad con el derecho internacional aplicable.

**15.2.** Los buques y aeronaves que participen o actúen en apoyo de una misión de paz disfrutan de las libertades de navegación y sobrevuelo en y sobre la alta mar y la zona económica exclusiva. Estas libertades deben ejercerse de conformidad con el derecho internacional.

**15.3.** Los buques que participen o actúen en apoyo de una operación de paz disfrutan del derecho de paso inocente en el mar territorial, aguas archipelágicas y ciertos estrechos internacionales, el derecho de paso por vías marítimas archipelágicas cuando ello resulte de aplicación y el derecho de tránsito en ciertos estrechos internacionales. Estos derechos deben ejercerse de conformidad con el derecho internacional.

**15.4.** Los Estados ejercen soberanía plena sobre sus aguas interiores, así como sobre el espacio aéreo sobre su territorio y su mar territorial. Una operación de paz puede actuar en las aguas interiores o espacio aéreo nacional de un Estado solamente con su consentimiento, salvo que se establezca otra cosa en una Resolución del Consejo de Seguridad adoptada de conformidad con el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

**15.5.** El mar territorial es una zona marítima en la que el Estado ribereño ejerce su soberanía con sujeción al régimen de paso inocente bajo derecho internacional consuetudinario, tal y como se refleja en la Convención de Naciones Unidas sobre derecho del mar. Los buques que participen o actúen en apoyo de una operación de paz únicamente podrán operar en el mar territorial de un estado ribereño de acuerdo con el régimen relativo al paso inocente o con el consentimiento del Estado ribereño o anfitrión si el derecho de paso inocente no cubre las acciones pretendidas, salvo que se establezca otra cosa en una Resolución del Consejo de Seguridad adoptada de conformidad con el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

**15.6.** El Estado ribereño posee derechos de soberanía y jurisdicción, aunque no ejerce soberanía, sobre sus zonas marítimas más allá del mar territorial. Una operación de paz no precisa obtener el consentimiento del Estado ribereño para operar en zonas marítimas más allá del mar territorial.

**15.7.** Los Estados del pabellón ejercen jurisdicción exclusiva sobre los buques que enarbolen su pabellón en alta mar. Salvo en circunstancias excepcionales reguladas en derecho internacional, los buques que lleven a cabo una operación de paz no podrán abordar otro buque sin consentimiento del Estado del pabellón. Una Resolución del Consejo de Seguridad adoptada de conformidad con el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas puede prever una excepción a esta regla.

**15.8.** Durante la conducción de operaciones de paz, se podrá emplear la fuerza únicamente de conformidad con el mandato y el derecho internacional aplicable. Durante el desempeño de medidas marítimas de interdicción o interceptación, solamente se podrá emplear la fuerza en los términos que haya previsto expresamente el mandato y como último recurso para asegurar su cumplimiento. El abordaje de buques y apresamiento de personas, en la medida en que se encuentren autorizados por el mandato, deben llevarse a cabo de conformidad con el derecho internacional aplicable. El uso de la fuerza en la dimensión aérea de las operaciones de paz debe cumplir con el mandato y con el derecho internacional aplicable. Este último excluye en la mayor parte de los casos el uso de la fuerza contra aeronaves civiles en vuelo. Cualquier uso de la fuerza debe ser estrictamente necesario y proporcionado.

## **CONTROL DEL CUMPLIMIENTO**

**16.1.** El establecimiento de estándares de conducta y disciplina en operaciones de paz de la ONU es una responsabilidad compartida de Naciones Unidas y los países que aportan tropas o policía.

**16.2.** Naciones Unidas y los países que aportan tropas o policía tienen la responsabilidad compartida del entrenamiento previo al despliegue y durante la misión en materias de conducta y disciplina.

**16.3.** El control del cumplimiento de los estándares de conducta y disciplina es una responsabilidad de Naciones Unidas y de los gestores y comandantes a todos los niveles.

**16.4.** Los gestores y comandantes deben asegurarse de que el personal bajo su mando o supervisión es consciente de los estándares de conducta y disciplina de Naciones Unidas, así como de su obligación de informar de la conducta inapropiada de sus subordinados.

**16.5.** Los gestores y comandantes son responsables del nivel de cumplimiento del ejercicio de sus funciones de conducta y disciplina.

**16.6.** Naciones Unidas y sus Estados miembros desempeñan un importante papel en materia de conducta y disciplina. Naciones Unidas ha



adoptado medidas para reforzar el papel de la organización en los campos de la prevención, implantación y medidas correctivas, en particular en los casos de explotación y abusos sexuales.

**16.7.** La investigación y actividades administrativas son responsabilidad de Naciones Unidas y los países que aportan tropas o policía.

**16.8.** En lo referente a operaciones de paz que no son de Naciones Unidas, la responsabilidad del establecimiento de los estándares de conducta y disciplina, del entrenamiento previo al despliegue y durante la misión en materias de conducta y disciplina y de controlar y asegurar el cumplimiento de estos estándares, incluyendo la investigación y acciones administrativas, es compartida entre la organización o acuerdo regional que lleve a cabo la operación y los países que aportan tropas o policía.

## **EL ESTADO DE DERECHO**

**17.1.** El respeto por el estado de derecho es fundamental para el adecuado funcionamiento de todos los Estados y sociedades. De esta manera, cuando se despliega una operación de paz en un país en el que se ha quebrado aquel, o bien el respeto por el mismo se ha visto dañado, resulta crítico para el éxito de la operación de paz llevar a cabo acciones para establecer y posteriormente mantener el adecuado funcionamiento de las instituciones esenciales del estado de derecho y fomentar el respeto tanto por ellas como por las leyes, procedimientos y procesos asociados a ellas.

**17.2.** Todo el personal que participa en una operación de paz y la fuerza de paz en sí misma debe mostrar su respeto por el estado de derecho en todo momento y ocasión.

**17.3.** Las estrategias para la reforma del estado de derecho deben ser tendentes a asegurar que las poblaciones afectadas, sus representantes y sus instituciones se encuentren adecuadamente involucrados en el desarrollo e implantación de los cambios requeridos.

**17.4.** Allí donde se requieran acciones de una fuerza de paz en relación con materias relativas al estado de derecho, el mandato debe definir de manera clara, creíble y realista las prioridades para tales acciones, y se deben poner a disposición de la fuerza de paz los recursos y estrategias que sean necesarios.

## **DESMINADO**

**18.1.** La responsabilidad principal sobre el desminado y retirada de restos explosivos de guerra recae sobre el Estado anfitrión. Cualquier

responsabilidad de la operación de paz acerca del desminado y retirada de restos explosivos de guerra debe encontrarse estipulada en el mandato.

**18.2.** La fuerza de paz debe hacer esfuerzos razonables para identificar todas las áreas bajo su control en las que se sabe o se sospecha que existen minas antipersonales, restos de municiones de racimo u otros restos explosivos de guerra.

**18.3.** Si lo requiere el mandato, la fuerza de paz llevará a cabo esfuerzos razonables para despejar, retirar o destruir minas antipersonales, restos de municiones de racimo u otros restos explosivos de guerra en las zonas afectadas que se hallen bajo su control. Si un país que aporta tropas se halla sujeto por obligaciones convencionales aplicables, debe cumplirlas.

## **IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD**

**19.1.** Las operaciones de paz, incluyendo los países que aportan tropas y policía, así como las organizaciones internacionales, deben ejercer sus poderes con sujeción a las adecuadas formas de control interno y externo. Deben observar en particular, en concordancia con el mandato de la operación, los principios de buena gobernanza, buena fe, supervisión y debida diligencia.

**19.2.** Los daños a personas o propiedades causados por una operación de paz darán lugar a responsabilidad civil. Las operaciones de paz, incluyendo los países que aportan tropas y policía, así como las organizaciones internacionales, deben llevar a cabo acuerdos para hacer frente a dichas responsabilidades y proporcionar las medidas compensatorias apropiadas para los daños y perjuicios causados por actos ilícitos.

**19.3.** Los actos ilícitos intencionales cometidos en el contexto de operaciones de paz dan lugar a responsabilidad internacional de conformidad con el derecho internacional. La responsabilidad internacional es legalmente exigible. Existe un acto ilícito internacional cuando una conducta consistente en una acción u omisión resulta atribuible a un Estado u organización internacional en derecho internacional y constituye una violación de una obligación internacional que tuvieran.

**19.4.** Una conducta llevada a cabo en el contexto de una operación internacional puede ser atribuible a más de un Estado u organización internacional participantes en la misma.

**19.5.** Los Estados y organizaciones internacionales que participan en una operación de paz son responsables de la conducta que sus órganos lleven a cabo en su nombre.

**19.6.** Las organizaciones internacionales son responsables de los actos ilícitos internacionales de las operaciones de paz que constituyan órganos de dicha organización.

**19.7.** Los Estados y organizaciones internacionales son responsables de los actos ilícitos internacionales llevados a cabo por individuos o entidades que actúen bajo su control efectivo o su dirección.

## **RECLAMACIONES DE TERCEROS**

**20.1.** Los terceros que sufran daños personales o materiales debido a cualesquiera actos ilícitos de fuerzas de paz tienen derecho a percibir una compensación. El derecho a la reparación es una norma reconocida como de derecho internacional consuetudinario. De todos modos, este derecho se encuentra regulado por vía convencional, y puede ser restringido por los acuerdos sobre el estatuto de la fuerza entre el Estado anfitrión y los Estados u organización internacional que desplieguen las fuerzas de paz.

**20.2.** El daño causado por una operación de paz puede derivarse de violaciones de la legislación del Estado anfitrión y/o del derecho internacional. Las violaciones del derecho internacional pueden dar lugar a responsabilidad internacional, pero por lo general no puede ser invocada directamente por los particulares frente a un Estado extranjero. Las violaciones de la legislación del Estado anfitrión pueden, en principio, ser invocadas por las partes. Las inmunidades de jurisdicción de las organizaciones internacionales y de los Estados remitentes pueden excluir las reclamaciones contra ellos, a menos que se renuncie a la inmunidad en un caso concreto. Por tanto, pueden requerirse mecanismos alternativos de reclamaciones.

**20.3.** El derecho internacional no impone un régimen homogéneo de reclamaciones. Las organizaciones internacionales que participan en operaciones de paz pueden estructurar su sistema de responsabilidad civil frente a terceros de diferentes maneras.

**20.4.** Aunque los regímenes de reclamaciones varían, existen algunas excepciones consolidadas acerca de la responsabilidad que se aplican por todos los actores en las operaciones de paz. Los daños causados por acciones en legítima defensa o por necesidades operacionales, así como los daños derivados de acciones de combate, se hallan exentos de responsabilidad, pero pueden ser compensados mediante pagos a título graciable.

**20.5.** Las organizaciones internacionales y los Estados deben establecer sistemas alternativos de arreglo de disputas en aquellos casos en los que no resulte posible el acceso a los tribunales debido a las inmunidades.

Este tipo de procedimientos de reclamaciones deben ser transparentes e imparciales, y deben respetar las leyes locales. Todas las organizaciones internacionales deben asumir su responsabilidad por los contingentes nacionales bajo su control para así facilitar el arreglo de reclamaciones de terceras partes.

## **RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL**

**21.1.** Los crímenes internacionales reconocidos en derecho internacional convencional y consuetudinario que pueden darse en el contexto de operaciones de paz abarcan los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y la tortura.

**21.2.** Todo participante en una operación de paz, bien sea actuando como civil o como militar, que cometa actos que constituyan alguno de los crímenes referidos en la Regla 21.1 o que contribuya materialmente o ayude a la perpetración de alguno de tales crímenes incurrirá en responsabilidad penal individual en derecho internacional.

**21.3.** Los comandantes y los superiores civiles incurrirán en responsabilidad penal individual cuando tengan conocimiento, o debieran haberlo tenido en atención a las circunstancias, de que el personal subordinado bajo su control hubiera cometido alguno de los crímenes referidos en la Regla 21.1 o 21.2 y no haya adoptado las medidas oportunas para evitar su comisión, castigar a los responsables o ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes.

**21.4.** Cualquier miembro de una operación de paz del que se sospeche su participación en cualquiera de los anteriormente mencionados crímenes internacionales, o no hubiere adoptado las medidas oportunas para evitar o castigar a los subordinados que los cometieren, se encuentra sujeto a enjuiciamiento por los tribunales nacionales e internacionales en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones.

**21.5.** Convertir a los miembros de una operación de paz en objetivo de un ataque constituye un crimen de guerra si la operación de paz no es parte de un conflicto armado y si el miembro de la operación de paz conserva su derecho de protección de conformidad con el derecho internacional humanitario.

**21.6.** En toda situación, y hasta los límites establecidos en el mandato, las operaciones de paz ayudarán en la administración de justicia internacional. En ausencia de tal mandato, las operaciones de paz deben, en la medida en que ello sea posible, brindar esa ayuda en cuanto resulte compatible con su mandato y dentro de su capacidad en relación con

los tribunales internacionales establecidos en la administración de justicia internacional. Como mínimo, las operaciones de paz deben llamar la atención del secretario general de Naciones Unidas y, cuando resulte pertinente, del gobierno del Estado anfitrión y de los Estados remitentes, sobre la comisión de crímenes internacionales por cualquier actor en su área de operaciones.



# **NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN**





## REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. NORMAS EDITORIALES

La *Revista Española de Derecho Militar (REDEM)*, iniciada en el año 1956, publicada en un principio por la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco de Vitoria del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y posteriormente por el Ministerio de Defensa, tiene su sede en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Su objetivo es el de la difusión del conocimiento de las distintas ramas del Derecho militar, fundamentalmente penal, disciplinario, administrativo, internacional, constitucional, marítimo, aeronáutico o comparado, desde cualquier perspectiva científica, ya sea esta dogmática, histórica, sociológica o filosófica. A estos efectos, publica estudios originales sobre estas materias, dirigidos a juristas nacionales o extranjeros especializados en el asesoramiento jurídico militar o en el ejercicio de la jurisdicción militar. Asimismo se dirige a abogados, jueces o representantes del mundo académico, interesados en profundizar en la vertiente militar de sus respectivos ámbitos de especialidad.

La Revista tiene una periodicidad semestral y ha quedado indexada en Latindex.

Lo publicado en la *REDEM* no expresa directrices específicas ni la política oficial del Ministerio de Defensa. Los autores son los únicos responsables de los contenidos y las opiniones vertidas en los artículos.

Además de en soporte de papel, la Revista es accesible a través del Portal del Ministerio de Defensa, página web [www.publicaciones.defensa.gob.es](http://www.publicaciones.defensa.gob.es)

## REQUISITOS DE LOS TRABAJOS

La *REDEM* solo aceptará para su publicación trabajos originales. Salvo que concurran circunstancias excepcionales, se rechazarán trabajos publicados con anterioridad o remitidos paralelamente para su publicación en otras revistas, exceptuando los Premios Querol y Lombardero, que serán publicados.

Las colaboraciones podrán adoptar la forma de estudios y notas. Los estudios habrán de tener una extensión máxima de 20.000 palabras de texto, incluida la bibliografía, equivalentes a 50 páginas impresas. La extensión máxima de las notas es de 12.000 palabras correspondientes a 30 páginas impresas. Las colaboraciones deberán estructurarse en las siguientes partes: resumen, sumario, desarrollo.

Toda colaboración habrá de estar precedida por un resumen del contenido del artículo con una extensión máxima de 150 palabras, y cuatro palabras clave, acompañado de la correspondiente traducción o *abstract* en inglés, tanto del resumen como de las palabras claves y el título del trabajo.

El sumario encabezará el artículo, y en él se harán constar, de forma continua y sin puntos y aparte, los distintos apartados y subapartados en los que el tema se va a desarrollar.

El contenido del artículo será desarrollado siguiendo la estructura prefijada en el sumario. En cuanto al sistema de citas, se podrá optar bien por el sistema abreviado, consistente en indicar en el texto, entre paréntesis, el nombre del autor, año de aparición de la obra y número de la página, por ejemplo: (Rodríguez-Villasante 1987, p. 2), referido a un elenco bibliográfico al final del artículo; o bien el sistema tradicional con notas bibliográficas a pie de página. En cuanto a las citas bibliográficas, siempre que se cite la obra completa deberá ser presentada de la siguiente forma: APELLIDO/S, inicial del nombre, *Título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de página. En lo que respecta a la cita de los artículos de revistas, estos irán entre comillas y, en cursiva, el título de la revista; por ejemplo: RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L., «La modificación del Código Penal Español por la Ley Orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra», *Revista Española de Derecho Militar* 95-96, 2010, p. 149.

*Explicación de las normas de redacción:*

- a. *Páginas escritas por una sola cara.*
- b. *New Times Roman 12.*
- c. *Interlineado: 1,5*

d. *Márgenes:*

- Superior: 3 cm
- Izquierdo: 3,5 cm
- Derecho: 1 cm
- Inferior: 2,5 cm

e. *Notas: siempre a pie de página. New Times Roman 10.*

f. *Citas bibliográficas, según el modelo siguiente:*

- *Libros: AUTOR -apellidos e inicial del nombre- (año publicación), Título, editorial (sin escribir ed.), lugar de edición, página/s en que se contiene la cita o se trata la cuestión; p. ej.:*

*RODLEY, N.S. (2000), The Treatment of Prisoners Under International Law, Oxford University Press, Oxford, p. 35.*

- *Artículos en revistas: AUTOR -apellidos e inicial del nombre- (año publicación), Título del artículo, Nombre de la Revista, tomo y número, páginas entre las que se contiene el artículo, página donde se contiene la cita; p. ej.:*

*PEÑARRUBIA IZA, J.M. (2006), Los derechos del militar en Francia tras el Estatuto general de 2005: algunas conclusiones para la reforma del derecho español, Revista Española de Derecho Militar, núm. 88, pp. 19-56, p. 34.*

- *Publicaciones digitales: como las publicaciones en papel, pero indicando el formato.*

- *Páginas web: AUTOR -apellidos y nombre-, dirección de la página, fecha y hora en que se ha consultado.*

Los trabajos serán enviados a la redacción de la Revista, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de Ingenieros n.º 6, 28047 Madrid, preferiblemente en soporte electrónico, a la siguiente dirección de correo-e: [emej@oc.mde.es](mailto:emej@oc.mde.es). Una vez recibidos, se remitirá el correspondiente acuse de recibo.

## NORMAS DE EVALUACIÓN

Tras la recepción del texto se procederá a una primera evaluación. Al menos dos miembros del Consejo de Redacción comprobarán que el trabajo se ajusta a los requisitos exigidos sobre extensión y sistema de citas, así como a la temática, metodología científica y líneas editoriales de la

*REDEM*, pudiendo rechazarse aquellos artículos que reproduzcan temas tratados en el número anterior. En el caso de ser rechazado el trabajo, se notificará al autor, a quien también se le podrá requerir, en su caso, para que efectúe las correspondientes modificaciones.

Cada colaboración será evaluada mediante el sistema de «doble referee». A estos efectos la colaboración se remitirá a un miembro del Consejo de Redacción de la Revista, experto en la especialidad de que se trate, y que tendrá la consideración de gestor. Este se encargará de la búsqueda de dos evaluadores externos, reconocidos expertos en la materia, a quienes se remitirá, para evaluación, el citado artículo, garantizando el carácter anónimo de su autor. Los evaluadores disponen de seis u ocho semanas para entregar sus informes motivados, que se ajustarán al formulario incluido en anexo. Para ser publicado, un trabajo deberá obtener los correspondientes informes positivos de esos dos evaluadores externos. En el caso de que uno de los informes sea negativo, se estará a lo que decida el gestor o, en su caso, el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo, cuya decisión será vinculante. Cualquiera de los evaluadores externos puede hacer observaciones o sugerir correcciones a los autores, a los que se dará un plazo adicional para incorporarlas a su trabajo. En este último supuesto, la publicación del trabajo, caso de que el gestor lo considere conveniente, se someterá de nuevo al Consejo de Redacción.

A los autores de los trabajos aceptados, caso de solicitarlo, se les expedirá un certificado en el que se haga constar que su manuscrito ha sido aprobado por el Consejo de Redacción de la *REDEM* y se halla pendiente de publicación. De igual modo a los gestores y evaluadores, caso de solicitarlo, se les expedirá por el secretario de la Revista el correspondiente certificado.

**ANEXO**  
**INFORME SOBRE EVALUACIÓN DE TEXTOS**

TÍTULO DE LA OBRA

OBSERVACIONES SOBRE EL CONTENIDO

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

(Utilización de fuentes primarias o secundarias, documentación...)

CALIDAD Y SOLIDEZ DE LA INVESTIGACIÓN

(Estructura, Coherencia, Fundamentación de las conclusiones)

NOVEDADES QUE APORTA A SU CAMPO DE ESTUDIO

(Originalidad de las tesis o conclusiones)

OBSERVACIONES SOBRE LA FORMA

EXTENSIÓN

ORDEN

ESTILO

¿RECOMIENDA SU PUBLICACIÓN?

SÍ, SIN OBJECIONES

NO, DEBE SER RECHAZADO

SÍ, SI SE REALIZAN CORRECCIONES

SI SON NECESARIAS CORRECCIONES, INDÍQUELAS

