

REVISTA *de* ESPAÑOLA DERECHO MILITAR

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

n.º 111 y 112

Madrid (España) • enero - diciembre 2019 • ISSN: 0034-9399



MINISTERIO DE DEFENSA

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

DIRECTOR

Rafael Eduardo Matamoros Martínez, general consejero togado

CONSEJO EDITORIAL

Ángel Calderón Cerezo, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Antonio Afonso Rodríguez, asesor jurídico general del Ministerio de Defensa. Juan Pozo Vilches, fiscal togado. Carlos Melón Muñoz, auditor presidente del Tribunal Militar Central. Ángel Menéndez Rexach, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. María Amparo Valcarce García, subsecretaria 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 López, 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. Ricardo Cuesta del Castillo, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Fernando Marín Castán, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Francisco Menchén Herreros, exmagistrado 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. Manuel Hernández-Tejero García general auditor. Juan Carlos Domínguez Nafría, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de San Pablo-CEU. Carlos Eymar Alonso, general auditor.

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

Teléf.: 91 364 73 93

Fax: 91 364 73 99

emej@oc.mde.es

Catálogo de Publicaciones de Defensa

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

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

111 ENERO
112 DICIEMBRE
2019

latindex

MADRID

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

Edita:



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

© Autores y editor, 2020

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: julio 2020

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.

INDICE GENERAL DE LOS NUMEROS 111 Y 112 ENERO-DICIEMBRE 2019

IN MEMORIAM

- José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. *Nota necrológica. A la memoria Excmo. Sr. general consejero Togado D. Manuel Ortiz Calderón*..... 9

ESTUDIOS

- María Esperanza Rubio Ángel. *Protección por el derecho internacional humanitario de las personas privadas de libertad en poder de la parte adversa, en particular durante los conflictos armados sin carácter internacional*..... 15
- Carlos Javier Troyano Pino. *El crimen de agresión: análisis de los elementos del delito, su revisión para un eficaz ejercicio del ius ad bellum*..... 69
- Ignacio Fonseca Lindez. *Guerra híbrida y operaciones legales*..... 119
- Jacobo Barja de Quiroga. *Un acercamiento al delito de lesiones en el ámbito militar* 155
- Joaquín Gil Honduvilla. *La imparcialidad objetiva de los miembros de los tribunales militares* 171
- Alfonso López Feria. *Nuevas tecnologías e interpretación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*..... 213

NOTAS

- Manuel Rodríguez Montserrat. *La relevancia de la prueba indiciaria en los delitos de deslealtad militar: especial referencia a la dificultad probatoria en los controles de orina*..... 249

DOCUMENTACIÓN

- José Leandro Martínez-Cardós Ruiz. *Doctrina legal del Consejo de Estado* 271

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. NORMAS EDITORIALES

IN MEMORIAM

**MANUEL ORTIZ CALDERÓN, GENERAL CONSEJERO
TOGADO DEL CUERPO JURIDICO MILITAR (1943-2019)**

Tanta bonitas nullum par elogium



El 20 de julio de 2019 falleció en Madrid, tras penosa y dilatada enfermedad, el general consejero togado (retirado) don Manuel Ortiz Calderón, pocos días después de la festividad de la Virgen del Carmen, Patrona de la Marina Española, en cuyo Cuerpo Jurídico de la Armada había ingresado en 1967.

El general Ortiz, vinculado a la Armada durante la mayor parte de su brillante carrera jurídico-militar, perteneció a la estirpe de la Marina ferrolana, en cuyo Departamento o Zona Marítima del Cantábrico prestó servicios desde su primer empleo de teniente auditor hasta su ascenso a teniente coronel auditor. Se incorporó a la vieja Auditoría (con jurisdicción desde el «Miño al Bidasoa») al frente de la cual desempeñaron, entre otros, el señero oficio de auditor los coroneles (*lembanzas do arredor galego*) P. Nuñez, M. Ojea, P. Torrente (fiscal) y E. Fdez-Piñeyro.

Manuel Ortiz bien pronto formó parte de un grupo de oficiales muy cualificados que se beneficiaron del magisterio de José Francisco de Querol y Lombardero, teniente general auditor honorario y magistrado del Tribunal Supremo, asesinado cruelmente en Madrid por la banda terrorista ETA a finales del pasado siglo. Especialmente se recuerda a los oficiales generales y particulares Manuel Areal, José Ramón Fdez. Areal, Luis Regalado, Rogelio Martínez, Diego Ramos, Darío Romani, José A. Jaudenes, A. Mozo y quien escribe esta nota necrológica. Durante estos años también ejerció de forma destacada como letrado en el Colegio de Abogados de Ferrol.

La devoción del general Ortiz Calderón por el amigo y maestro José de Querol se hizo patente en su emocionada intervención oral durante el acto inolvidable de presentación del Número 77 Extraordinario de la *Revista Española de Derecho Militar* dedicado a su memoria en la ciudad departamental, con la presencia de su viuda e hijos.

Destinado en el Cuartel General de la Armada (Madrid) destacó su gran preparación profesional en materia de derecho administrativo, como valioso asesor jurídico de los almirantes de Personal, que apreciaron en aquel joven jurídico de la Armada un sólido y competente consejero en los inextricables problemas que presentaba el personal militar y civil. En aquella época (y, seguramente, no ha mejorado el panorama actual) eran ciertas las palabras que Marcelo Martínez Alcubilla había escrito casi un siglo antes (*Diccionario de la Administración Española*, Tomo XI, Madrid, 1923): «Nada más confuso y caótico que la legislación sobre nuestros elementos marítimos de guerra y sobre los organismos y cuerpos dedicados a su servicio. Recogerla y ordenarla es empresa difícil, y su consecución verdadero milagro, que no pueden realizar quienes no se hallen dotados de las condiciones sobrenaturales necesarias para operar maravillas».

Y, efectivamente, Manuel Ortiz estaba en posesión de las condiciones extraordinarias para navegar por aquellas procelosas aguas y ganarse la confianza de los sucesivos mandos de la Armada. Ascendido ya a coronel auditor desempeñó con acierto el ingrato cometido de jefe de la Sección del Cuerpo Jurídico, logrando la increíble unanimidad entre los compañeros afectados, que rimaban: «Con Ortiz, el Cuerpo Jurídico está feliz». Aunque su modestia le hacía comentar con gracia: «No, los pareados los hacen con Calderón».

Ascendido muy joven a general auditor (48 años), después de una breve estancia en la Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa, fue nombrado director de Justicia de la Armada y, ya como general consejero togado, desempeñó el cargo de asesor jurídico del Cuartel General de la Armada, donde su *auctoritas* marcó una época de singular prestigio profesional. Más tarde, en situación de reserva aportó su experiencia y buen consejo al Instituto de Historia y Cultura Naval.

Pero, siendo relevante su preparación jurídico-militar, nada hubo en Manuel Ortiz que pudiera rivalizar con sus extraordinarios valores morales, por los que siempre habrá de ser recordado. Destaco, en primer lugar, la ética en el trabajo. Como San Juan Pablo II escribió en su carta encíclica *Laborem Exercens* (14 de septiembre 1981) no hay duda de que el trabajo humano tiene un valor ético, es un bien del hombre que «se hace más hombre» por la virtud de la laboriosidad. Durante su dilatada existencia el general Ortiz nos dio ejemplo ejercitando la obligación moral del trabajo.

Y, al lado del compañerismo y la cordialidad que emanaba de su carácter abierto, la fidelidad como actitud de la persona que no traiciona la confianza en ella depositada y la paciencia que, como escribió Rafael Navarro-Valls, es el arma más poderosa en el arsenal de los verdaderos líderes. Podemos añadir en referencia a nuestro amigo: la paciencia es amarga, pero son dulces sus frutos.

Por último, la bondad fue la virtud que mejor caracterizó a Manuel Ortiz Calderón. Parafraseando un epitafio que me impresionó en mi visita a la Basílica de la Santa Croce en Florencia (Italia) puedo afirmar al recordarlo: *Tanta bonitas nullum par elogium* (Ningún elogio podrá alcanzar la bondad de este hombre).

No puedo finalizar sin expresar mi condolencia a su admirable esposa Cristina Iglesias-Ussel Leste, hijos y familia, a quien nos unimos en estos momentos desde la memoria entrañable de los compañeros del Cuerpo Jurídico y de la Armada.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
General consejero togado ®

ESTUDIOS

**PROTECCIÓN POR EL DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD
EN PODER DE LA PARTE ADVERSA. EN PARTICULAR
DURANTE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER
INTERNACIONAL**

María Esperanza Rubio Ángel
Teniente coronel del Cuerpo Militar de Intervención

Resumen

Una de las posibles consecuencias de los conflictos armados es la privación de libertad de las personas que caen en poder de la parte adversa. Las condiciones materiales en las que se desarrolle dicha privación, la posibilidad de que los detenidos sean sometidos a torturas y malos tratos son algunas de las preocupaciones del derecho internacional humanitario, en especial cuando se refiere a determinados grupos de personas con necesidades especiales o especialmente vulnerables como es el caso de las mujeres o los niños, de ahí la importancia de determinar cuál será el régimen jurídico aplicable y las consecuencias que se producirán en caso de incumplimiento.

Palabras clave: conflicto armado, privación de libertad, protección, incumplimiento.

Abstract

One of the possible consequences of armed conflicts is the deprivation of liberty of the persons who fall into the power of the adverse party. The

material conditions in which this deprivation takes place, the possibility that detainees are subjected to torture and ill-treatment are some of the concerns of international humanitarian law, especially when it refers to certain groups of people with special or especially vulnerable needs. As is the case of women or children, hence the importance of determining what will be the applicable legal regime and the consequences that will occur in case of non-compliance.

Keywords: armed conflicts, deprivation of liberty, protection, non-compliance.

SUMARIO

Introducción. 1. Tipología de los conflictos armados. 1.1 Ámbito de aplicación material. 1.2 Delimitación espacial. 1.3 Referencia a la «guerra contra el terrorismo». 2. Tipos de privación de libertad y estatuto aplicable. 2.1 Prisioneros de guerra. 2.2 Internamiento de personas civiles. 2.3 Detención preventiva por delitos comunes. 2.4 Detención por fuerzas multinacionales en operaciones de paz. Traslado y entrega. 2.5 La detención de combatientes extranjeros. 3. Normativa aplicable. 3.1 Internacional: D.º convencional y D.º consuetudinario. 3.2 Nacional (referido al ordenamiento jurídico español). 4. Condiciones materiales de la detención. 4.1 Personas con necesidades específicas. 4.1.1 Heridos, enfermos y náufragos. 4.1.2 Personal médico y sanitario. 4.1.3 Periodistas. 4.2 Grupos humanos de personas vulnerables. 4.2.1 Mujeres. 4.2.2 Niños. 4.2.3 Extranjeros. 4.3 Prohibiciones. 4.3.1 Ejecuciones sumarias y extrajudiciales. 4.3.2 Prohibición de la tortura, malos tratos y tratos humillantes. 4.3.3 Prohibición detención arbitraria. 4.4 Trato humano. 5. Garantías procesales. 5.1 Internacional: derecho convencional y derecho consuetudinario. 5.2 Ordenamiento jurídico español. 6. Eficacia del derecho internacional humanitario y mecanismos de control. 7. Consecuencias de las violaciones del derecho internacional humanitario. 7.1 Protección penal internacional. 7.2 Protección en el ordenamiento penal español. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

La incapacidad del ser humano y de la comunidad internacional para mantener la paz y la seguridad trae como consecuencia los conflictos armados entre Estados y, sobre todo, en los últimos tiempos, conflictos internos que enfrentan al propio Estado con grupos rebeldes o a estos últimos entre sí.

Entre las horribles consecuencias que cualquier conflicto armado trae consigo; muerte y destrucción, una de ellas es la privación de libertad de las personas que caen en poder de la parte adversa y que con frecuencia son

sometidas a malos tratos y cuyas condiciones materiales de detención son, en muchos casos, inaceptables.

La protección que el derecho de Ginebra, brinda a dichas personas en el caso de los conflictos de carácter internacional (CAI) recogida en los convenios de Ginebra III y IV, así como en el Protocolo Adicional I en relación al estatuto del prisionero de guerra y las personas protegidas, es extensa y detallada, pero no ocurre así en los conflictos armados no internacionales (CANI) en los que no existe la consideración de prisionero de guerra y a las personas privadas de libertad únicamente se les aplica, el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra (CG) y, en su caso, el escueto Protocolo Adicional II.

Es por lo anterior que el objeto del presente trabajo es el análisis de si esa normativa, por lo que se refiere a los CANI, es suficiente y adecuada o si, por el contrario, sería necesario su desarrollo o al menos la adopción de mecanismos para fortalecer su aplicación.

1. TIPOLOGÍA DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Para determinar la protección que el DHI otorga a las personas privadas de libertad en poder de la parte adversa es imprescindible definir, o al menos delimitar, «las situaciones que quedan comprendidas dentro de su ámbito material de aplicación» (Vité, 2009, 2).

Si bien la distinción más importante es la que diferencia entre conflictos de carácter internacional (CAI) y conflictos sin carácter internacional (CANI), existen otras situaciones más controvertidas que será preciso definir a efectos de determinar cuál será el régimen jurídico aplicable, tales como: el control de un territorio sin presencia militar en el terreno, la intervención extranjera en conflictos de carácter no internacional, la intervención de fuerzas multinacionales en un conflicto de carácter no internacional, CANI que tienen lugar en territorios de varios Estados, los llamados conflictos armados exportados, los conflictos armados transfronterizos, o la llamada guerra contra el terrorismo (Vité, 2009, 16-27).

1.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

El DIH se basa en una distinción fundamental, «la que separa los CAI de los denominados CANI también llamados internos» (Gutiérrez Espada,

1996, 13), esta es también la distinción que realiza el CICR en su Documento de Opinión de 2008¹:

«Un conflicto armado internacional (CAI) es aquel en que se enfrentan “altas partes contratantes”, en el sentido de Estados. Un CAI ocurre cuando uno o más Estados recurren a la fuerza armada contra otro Estado, sin tener en cuenta las razones o la intensidad del enfrentamiento. Las normas pertinentes del DIH pueden ser aplicables incluso si no hay hostilidades abiertas. Además, no hace falta que se haga oficialmente una declaración de guerra o un reconocimiento de la situación. La existencia de un CAI y, por consiguiente, la posibilidad de aplicar el DIH a esa situación, depende de lo que efectivamente ocurre sobre el terreno. Se basa en las condiciones de hecho. Por ejemplo, puede haber un CAI, aunque uno de los beligerantes no reconozca al gobierno de la parte adversaria (CICR, 2008, 1-2)».

Es, por tanto, «la calidad de las partes implicadas la que va a determinar su carácter internacional o interno» (Pérez González, 2017, 1002), no se tiene en cuenta la intensidad del conflicto. La definición que realiza el CICR se basa en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949 ya que, con anterioridad a los mismos, ninguna de las declaraciones o textos internacionales sobre los conflictos armados contenía esta distinción, si bien es cierto que no olvidó las guerras civiles, «condicionaba la aplicación del derecho de guerra a que existiera un reconocimiento de beligerancia» (Gutiérrez Espada, 1996, 14).

Sin embargo en la actualidad la tendencia muestra una disminución de los conflictos interestatales o CAI y un aumento y/o agravamiento de los CANI, en su mayoría conflictos crónicos que abarcan situaciones que van más allá de la clásica guerra civil. En opinión de Suárez Leoz, «estaremos ante tal conflicto armado interno cuando existan acciones hostiles de carácter colectivo, dirigidas contra un gobierno en principio legítimamente establecido, con una organización y que presentan carácter armado» (Suárez Leoz, 2017, 975).

Se distinguen dichos conflictos internos de los CAI en primer lugar por la naturaleza jurídica de las partes en conflicto, ya no son Estados soberanos sino el gobierno de un Estado, en principio legítimo, y uno o varios

¹ CICR. «¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el DIH?». *Documento de opinión*, marzo de 2008. [Consultada el 3 de enero de 2019]. Puede consultarse en <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>.

grupos armados dentro de su territorio, en segundo lugar por la desigualdad de los sujetos que se enfrentan ya que el gobierno de dicho Estado cuenta con la legitimidad y medios, para actuar en el mantenimiento del orden interno, mientras que los grupos armados, si bien tendrán cierta organización, control y mando sobre el grupo, sus capacidades normalmente serán limitadas, lo cual va a dificultar la aplicación de las disposiciones humanitarias (Suárez Leoz, 2017, 975).

La redacción del artículo 3, común a los CG, fue fruto de un intenso debate al afectar a la soberanía nacional, y «el hecho de que varios de los Estados participantes sufrieran guerras en sus territorios o en sus colonias tampoco ayudó, de ahí su laxitud a la hora de referirse a conflicto armado sin carácter internacional, pero sin realizar una definición» (Suárez Leoz, 2017, 980).

Según el citado precepto:

«En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las altas partes contratantes cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

[...]

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efecto sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto».

Esta redacción trataba de evitar a toda costa el que se pudiera interpretar un reconocimiento *de facto* a los grupos insurrectos, de ahí la inclusión del último párrafo señalando expresamente que en «nada afectaría al estatuto jurídico de las partes en conflicto».

En cuanto al umbral para su aplicación, debe tratarse de un conflicto armado, es decir debe alcanzar un nivel de intensidad que lo distinga de «situaciones de disturbios o tensiones internas, actos de violencia aislados y esporádicos, y otros de naturaleza similar» (Vité, 2009, 76-77).

Según señala el CICR en su documento de opinión de marzo de 2008, el artículo 3 común se aplica a un conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las altas partes contratantes. El CICR utiliza dos criterios:

«Por una parte, las hostilidades deben alcanzar un nivel mínimo de intensidad. Puede ser el caso, por ejemplo, cuando las hostilidades son de índole colectiva o cuando el gobierno tiene que recurrir a la fuerza militar contra los insurrectos, en lugar de recurrir únicamente a las fuerzas de policía.

Por otra, los grupos no gubernamentales que participan en el conflicto deben ser considerados “partes en el conflicto”, en el sentido de que disponen de fuerzas armadas organizadas. Esto significa, por ejemplo, que estas fuerzas tienen que estar sometidas a una cierta estructura de mando y tener la capacidad de mantener operaciones militares (CICR, 2008, 3-4)».

La evolución de los conflictos internos, desde la aprobación de los CG en 1949, puso de manifiesto la necesidad de completar el contenido del artículo 3, aprobándose en 1977 el PII² aplicable a los CANI, que sin embargo resultó mucho más restrictivo. De hecho, en su proyecto, el CICR había previsto la aplicabilidad del Protocolo en caso de que varias facciones se enfrentaran sin intervención de las fuerzas armadas gubernamentales, si el gobierno establecido hubiera desaparecido por ejemplo, o fuera demasiado débil para intervenir, sin embargo, no las incluyó en la definición y solo les será aplicable el artículo 3 común (CICR, 1998)³.

Así, los conflictos armados no internacionales a los que se refiere el PII deben tener lugar:

«[...] en el territorio de una alta parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo».

No obstante, y tras la creación de la Corte Penal Internacional (CPI), se incluye el llamado «conflicto armado prolongado», en el artículo 8.2.f) según el cual no es necesaria la concurrencia de todos los requisitos del PII, como que intervenga un Estado, ni la necesidad de mantener un control sobre el territorio que permita operaciones militares sostenidas, por lo que «abarcaría la lucha armada de forma prolongada entre fuerzas armadas disidentes o grupos organizados entre sí» (David, 2001, 16).

Según el CICR en sus comentarios al PII:

«El criterio fundamental que justifica los otros elementos de la definición es que los insurrectos, que deben estar dirigidos por un mando

² Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

³ Ver Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 Adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

responsable y controlar una parte del territorio, estén en condiciones de aplicar el Protocolo. El umbral de aplicación parece así bastante elevado. Sin embargo, aparte de que refleja la voluntad de la Conferencia Diplomática, hay que reconocerle cierto realismo. Las condiciones enunciadas en este párrafo 1, analizadas más arriba, corresponden a situaciones de hecho, en las que cabe razonablemente esperar que las partes apliquen las normas que ha desarrollado el Protocolo, puesto que poseen la infraestructura mínima indispensable (CICR, 1998)⁴».

1.2 DELIMITACIÓN ESPACIAL

Hay situaciones de conflicto que claramente se incardinan dentro de un CAI o un CANI, ahora bien, existen otras situaciones en que su calificación no está clara, como ocurre, por ejemplo, en «el caso de que se retiren físicamente las fuerzas armadas de un territorio ocupado, ¿necesariamente ha de considerarse que el control territorial efectivo ha concluido?» (Vité, 2009,83), es el caso de la situación de la Franja de Gaza tras la retirada de los israelíes, pues bien Naciones Unidas (NNUU) en el informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967 señala expresamente⁵:

«El gobierno de Israel prefiere no reconocer el hecho de que el territorio palestino ocupado, es decir la Ribera Occidental y Gaza, incluida Jerusalén oriental, es territorio ocupado y prefiere hablar de los “territorios en disputa” y afirmar que, con la retirada de los colonos y las Fuerzas de Defensa de Israel (FDI) en agosto de 2005, se puso fin a la ocupación de Gaza. Se trata de un error de hecho y de derecho. La Corte Internacional de Justicia, el Consejo de Seguridad e incluso el Tribunal Supremo de Israel han afirmado que el territorio palestino ocupado es y sigue siendo territorio ocupado y que, por lo tanto, su régimen jurídico es especial. De acuerdo con ese régimen, en su trato con los palestinos Israel está obligado a respetar las normas del DIH y de derechos humanos. Hay que admitir que no es una ocupación habitual, ya que se ha prolongado casi 40 años. Sin embargo, la responsabilidad de la potencia ocupante no decrece por el hecho de que la ocupación

⁴ Vid. nota 3, párrafo 4470.

⁵ NN. UU. Asamblea General, A/61/470. *Informe situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967*. 27 de septiembre de 2006.

se prolongue, sino que aumenta. Para algunos, la duración de la ocupación permite asimilarla a una situación de colonialismo o *apartheid*. Aunque la conducta de Israel a veces se parece a la de una potencia colonial o de un régimen de *apartheid*, es más correcto clasificar a Israel como una potencia ocupante en el territorio palestino ocupado y aplicarle las normas del derecho internacional relativas a la ocupación (Falk R. 2006, 5-6)».

En el contexto de un CANI con un elemento extraterritorial, es decir, un escenario en el que las fuerzas armadas de uno o más Estados (los Estados «asistentes») combaten junto a las fuerzas armadas de un Estado «anfitrión» en su territorio contra uno o más grupos armados organizados, puede plantearse la cuestión de la aplicabilidad del DIH a los territorios de las partes en el conflicto. Para algunos, el DIH se aplica, en principio, solo en el territorio del Estado en el que se desarrolla el conflicto armado. Otros sostienen que el DIH también se aplica en los territorios de los Estados que participan extraterritorialmente en un CANI, aun cuando las hostilidades vinculadas con el conflicto no tengan lugar en su propio suelo (CICR, 2015, 17).

Una cuestión completamente aparte es la de las normas aplicables a las fuerzas multinacionales presentes en un territorio en virtud de un mandato de las Naciones Unidas. Estas fuerzas en ocasiones no prestan su apoyo a ninguna de las partes beligerantes y «no necesariamente se convierten en partes en el conflicto» (Vité, 2009, 87):

«Para la mayoría de los autores estas situaciones son equivalentes a conflictos armados internacionales. En tanto son organizaciones internacionales las que deciden, definen y llevan a cabo las operaciones correspondientes, los conflictos en cuestión pertenecen a la categoría de internacionales. En este caso no tiene demasiada importancia si el adversario es un Estado o un grupo no gubernamental (Vité, 2009, 87)».

Para el CICR se aplicará el derecho de los CAI cuando se enfrentan fuerzas internacionales con fuerzas gubernamentales y las aplicables a los CANI si luchan contra grupos no estatales (Vité, 2009, 88).

Otra situación difícil de calificar se produce cuando el conflicto entre un gobierno y un grupo armado se lleva a cabo en el territorio de dos o más Estados con el consentimiento explícito o tácito de los gobiernos implicados, también cabe la posibilidad de que las fuerzas

armadas de un Estado se enfrenten con un grupo armado situado en el territorio de un Estado vecino y dicho grupo actúe o no bajo el control de su Estado de residencia o a iniciativa propia, en estos casos según sea calificado como CAI o CANI se aplicará un régimen distinto a los participantes en las hostilidades según se consideren combatientes, civiles que participan en las hostilidades (CAI) o insurrectos (CANI) (Vité, 2009, 88-90).

1.3 REFERENCIA A LA «GUERRA CONTRA EL TERRORISMO»

En palabras de Borelli, el concepto de «guerra contra el terrorismo», entendido como conflicto armado, «que se libra contra una red terrorista transnacional que no cuenta con una organización articulada que no tiene asidero alguno cuando se analiza desde el punto de vista del derecho internacional» (Borelli, 2005, 50).

Es esta también la opinión de Castillo Daudí, cuando se refiere a la guerra entre Estados Unidos y Afganistán al afirmar que:

«[...] se estaban librando dos conflictos de distinta naturaleza: un conflicto armado internacional contra Afganistán y los talibanes, al que eran de aplicación los Convenios de Ginebra, y un conflicto armado sin carácter internacional contra un grupo armado organizado, Al Qaeda, al que tales disposiciones no eran aplicables (Castillo Daudí, 2014, 166)».

Hasta 2001, no existía duda de que los terroristas debían ser tratados como delincuentes comunes, ahora bien, el fenómeno terrorista puede producirse dentro del contexto de un CAI o un CANI en cuyo caso, en opinión de Silva Sánchez, pueden ser un objetivo legítimo de acciones de combate por tomar parte en las hostilidades, o quedar fuera de combate por heridas o detención siéndole aplicable el DIH, o producirse fuera del contexto de cualquier conflicto armado, caso en el que habrá de aplicarse el derecho penal del Estado y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) (Silva Sánchez, 2017, 7-8).

Si consideramos al terrorista como un «combatiente ilegal»⁶ en el contexto de un CAI puede ser dudosa la categoría a la que pertenece con arre-

⁶ Cuando se utiliza la expresión «combatiente/beligerante ilegal/ no privilegiado» nos referimos a todas las personas que participan directamente en las hostilidades sin estar autorizadas a hacerlo y que, por ello, no pueden ser consideradas como prisioneros de guerra cuando caen en poder del enemigo.

glo a los CG y el PI, pero por ello el art. 5 del CG III (PI, art. 45) prevé un procedimiento especial (tribunal competente) para determinar el estatuto de la persona capturada. En el caso de un CANI en el que «no existe el privilegio del combatiente en caso de captura o detención, las normas de protección se aplican independientemente de la manera en que esas personas hayan participado en las hostilidades» (Dörmann, 2003).

2. TIPOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y ESTATUTO APLICABLE

La privación de libertad es una realidad en los conflictos armados, cuando nos referimos a privación de libertad lo hacemos en un sentido amplio de forma que se incluyan «todas aquellas situaciones en las que un sujeto ve restringida su libertad y capacidad de movimientos o se vea confinado a un área limitada de la que no puede salir a voluntad» (CICR, 2015, 9), siguiendo a Henckaerts y Doswald-Beck el término «detenido» abarca a todas las personas privadas de libertad e incluye:

«Por lo que respecta a los CANI, a las personas que han participado directamente en las hostilidades y han caído en poder de la parte adversa, así como a las que han sido detenidas por un delito o por motivos de seguridad, siempre que exista una relación entre la situación de conflicto armado y la privación de libertad. En este capítulo, el término “detenido” abarca a todas las personas privadas de libertad por las razones indicadas (Henckaerts J-M. y Doswald-Beck L., 2007, 485)».

2.1 PRISIONEROS DE GUERRA

Hay ciertas categorías de personas, no solo los combatientes, en el ámbito de los CAI, a los que el DIH les otorga el estatuto de prisioneros de guerra y a los que, por lo tanto, les será de aplicación el III CG relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, así como el PI.

El elemento fundamental del estatuto de prisionero es que garantiza, hasta donde esto es posible, el llamado «privilegio» o «inmunidad del combatiente», es decir, la «irrelevancia penal de los actos de beligerancia realizados por el combatiente durante el conflicto, siempre que los ejecute respetando el DIH» (Martínez Guillén, R., 2014, 103).

La categoría de prisionero de guerra no existe en los CANI y por lo tanto no goza de su estatus privilegiado⁷, salvo acuerdos humanitarios especiales de las partes en conflicto al amparo del artículo 3 común a los CG⁸, y según el párrafo 4507 de los comentarios al PII «las normas y los enunciados en él contenidos, se aplican de igual manera a todas las personas afectadas por el conflicto armado y que se hallen en poder del adversario» (heridos, enfermos, personas privadas de libertad o cuya libertad se ha restringido), sean militares o civiles⁹. La doctrina «cuando trata este tipo de conflictos se refiere a la categoría del internamiento y la detención administrativa» (Martínez Guillén, R., 2014, 150).

El problema fundamental en esta clase de conflictos es precisamente el reconocimiento de su existencia por parte del Estado, cuestión aún más compleja cuando el conflicto se produce entre dos o más grupos insurgentes, porque en cierto modo supondría otorgar cierta legitimidad a los insurrectos, por lo que con carácter general se tenderá a considerarles delincuentes comunes y por lo tanto a aplicarles la normativa penal nacional.

2.2 INTERNAMIENTO DE PERSONAS CIVILES

Pejic define el internamiento o detención administrativa como «la privación de libertad de una persona ordenada por las autoridades administrativas, no las judiciales, sin que pese ninguna inculpación penal sobre la persona internada u objeto de detención administrativa», pero «no incluye la detención legal anterior al juicio de una persona retenida por inculpación penal, sea en tiempo de conflicto armado o no» (Pejic J., 2005, 356)¹⁰.

El internamiento o detención administrativa en los conflictos armados, «no es una medida que pretende reemplazar la acción penal», sino una medida de control para aquellas personas que suponen un peligro real para la seguridad del Estado (Pejic J., 2005, 361).

⁷ Comentario del Protocolo Adicional II... *Op. cit.*, punto 4363 «[...] el combatiente insurrecto no goza de inmunidad por haber tomado las armas, como ocurre con un miembro de las fuerzas armadas en un conflicto interestatal; al contrario, puede ser castigado por haber violado el derecho nacional».

⁸ Artículo 3 de los cuatro CG. *Op. cit.* «Además, las partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio».

⁹ Comentario del PII. *Op. cit.* punto 4507.

¹⁰ El término «internamiento» también engloba la noción de «residencia forzosa», a la que se aplican disposiciones idénticas del IV CG.

Una vez decidido el internamiento, «es necesario proteger a las personas civiles¹¹ frente a los abusos de la potencia en cuyo poder se encuentren, garantizándoles que serán tratadas con humanidad, lo que implica el reconocimiento de un conjunto de derechos ligados al respeto de la dignidad humana» (Jorge Urbina J., 2000).

Cuando nos referimos a las personas internadas por razón del conflicto, se trata de «una privación de libertad de carácter gubernativo o administrativo, sin límites temporales precisos» (Martínez Guillén, 2014, 118) y que puede decretarse tanto respecto de los extranjeros residentes en territorio de la potencia adversa¹², como respecto a personas protegidas en los territorios ocupados¹³.

En el caso de los CANI, en palabras de Salmón: «El tratamiento de las personas civiles detenidas resulta ser idéntico al del contendiente capturado quebrándose la distinción entre ellos» (Salmón E., 2012, 129), aplicándose las garantías mínimas recogidas en el artículo 3 común a los CG y lo establecido en los artículos 5 y 6 del PII.

En el caso de los CANI existe un problema adicional ya que una de las partes en conflicto no será un Estado sino grupos armados, que no siempre van a tener la voluntad de aplicar el DIH ya que al no ser un Estado tampoco será parte de los convenios que lo recogen. En otros casos, puede deberse a la falta de capacidad al no controlar de forma estable un territorio o al carecer de instituciones consolidadas. Ante esta situación, el CICR ha centrado sus esfuerzos en definir unas reglas básicas aplicables en cualquier caso, en aras de aplicar un trato humano y proteger la integridad de las personas privadas de libertad, estas normas mínimas se propusieron por el CICR en 2005 (Pejic J., 2005, 355-374) y se hicieron públicas en 2007 como anexo 1 al segundo informe del CICR sobre *El DIH y los desafíos de los conflictos contemporáneos* preparado para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (CICR, 2007).

Con arreglo a esos mínimos el internamiento o detención sería una medida de carácter excepcional que no supone una alternativa a la acción penal, solo podrá ordenarse caso por caso y sin ningún tipo de discriminación, habrá de cesar en cuanto cesen las causas que lo motivaron y se hará con arreglo al principio de legalidad y con ciertas garantías procesales, como son la asistencia jurídica, la comunicación con familiares, y la revisión de su causa (Pejic J., 2005, 355-374), entre otras.

¹¹ Cuando nos referimos a personas civiles lo hacemos en sentido negativo como aquellas que no son combatientes.

¹² Artículos 41 a 43, en relación con el artículo 4 IV CG.

¹³ Artículos 68 y 78, en relación con el artículo 4 IV CG.

Aunque el PII hace referencia al internamiento no contiene mayores pautas acerca de las garantías judiciales que se han de observar, lo que puede complementarse mediante el recurso a otros cuerpos de derecho, particularmente el DIDH y el derecho interno (CICR, 2010).

2.3 DETENCIÓN PREVENTIVA POR DELITOS COMUNES

En el trascurso de un CANI, además de actos relacionados con el propio conflicto que puedan considerarse peligrosos para la seguridad del Estado y den lugar a la privación de libertad de una persona ordenada por una autoridad administrativa, también pueden llevarse a cabo acciones delictivas comunes castigadas por la normativa penal interna del Estado y que dará lugar a la detención del individuo, si bien en este caso ordenada por una autoridad judicial.

En el caso de los CANI cuando los insurgentes o rebeldes se levantan en armas contra el gobierno legítimamente establecido no tienen el estatuto de prisionero de guerra, sino que son considerados delincuentes comunes, no obstante, no significa que estas personas detenidas por la comisión de delitos comunes no gocen de ninguna protección por el DIH, de ahí que la protección de los artículos 5 y 6 del PII sea aplicable a todas las personas privadas de libertad, y por eso el artículo 2.2 se refiere a una «privación o restricción de libertad», para que no haya lagunas en la protección. «Estas expresiones cubren todas las posibles formas de privación de libertad incluido el encarcelamiento» (Suárez Leoz D., 2017, 986).

2.4 DETENCIÓN POR FUERZAS MULTINACIONALES EN OPERACIONES DE PAZ. TRASLADO Y ENTREGA

En los últimos años, se ha visto un incremento en la cantidad de operaciones de paz llevadas a cabo por fuerzas multinacionales. Las operaciones de paz actuales muestran que, con frecuencia, las fuerzas multinacionales intervienen en un CANI preexistente brindando apoyo a las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto (CICR, 2015, 27-34), las funciones de apoyo, en ocasiones, pueden implicar la detención de personas civiles, pero dichas detenciones, que en ningún caso podrán ser arbitrarias y deberán llevarse a cabo conforme al derecho internacional aplicable, deberán respetar ciertas normas exis-

tiendo al respecto una fundamental aportación doctrinal contenida en el *Manual de Lovaina*¹⁴.

Así, el *Manual de Lovaina* establece una serie de normas mínimas que incluyen la necesidad de liberar al detenido una vez cesen las circunstancias que motivaron la detención; la sujeción a ciertas salvaguardas procedimentales como una revisión periódica adecuada, al menos cada seis meses, llevada a cabo en principio por un tribunal, o en todo caso por una autoridad independiente e imparcial; ser informadas de las razones de su detención; contar con asistencia legal si es posible; ciertas garantías procesales incluyendo el principio de legalidad y el de derecho a un juicio justo; acceso al CICR y otras organizaciones de derechos humanos; 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; contactar con sus familiares y presentar quejas o reclamaciones, entre otras (Manual Lovaina, 2017, 403).

2.5 LA DETENCIÓN DE COMBATIENTES EXTRANJEROS

El fenómeno de los denominados «combatientes extranjeros» (ciudadanos de un país que viajan al exterior para combatir junto a un grupo armado no estatal en el territorio de otro Estado) «ha tenido un crecimiento exponencial en los últimos años, pero no es un término específico del DIH. La aplicabilidad del DIH en especial de los artículos 2 y 3 comunes a los CG, dependerá de la existencia de una vinculación con un conflicto armado en curso» (CICR, 2015, 24).

Las acciones de los combatientes extranjeros se rigen por los mismos principios y normas del DIH que se aplican a cualquier otro beligerante. «La nacionalidad en la detención tiene incidencia en el estatuto de las “personas protegidas” en los CAI, pero no en los CANI». En cualquier caso, si un combatiente extranjero no puede gozar del estatuto de persona protegida de conformidad con el III o el IV CG por cuestiones de nacionalidad, de todos modos, podrá gozar de la «red de protección» que ofrece el artículo 75 del Protocolo Adicional I, como cuestión de derecho convencional y/o consuetudinario (CICR, 2015, 25). En los CANI «al no existir el estatu-

¹⁴ *Leuven Manual on the International Law applicable to Peace Operations* (Cambridge University Press, 2017), preparado por un Grupo Internacional de Expertos de la International Society for Military Law and the Law of War.

to de prisionero de guerra tendrán derecho a las garantías del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II, cuando este sea aplicable, así como a las salvaguardias que ofrecen las normas del derecho consuetudinario» (CICR, 2015, 26).

3. NORMATIVA APLICABLE

El DIH nació básicamente de la aceptación por parte de los Estados de los llamados usos y costumbres de la guerra que a través de la costumbre y de los tratados devinieron en normas jurídicas de carácter internacional, pero junto a estas fuentes existen las normas internas de los Estados que establecen reglas de conducta para sus fuerzas en los conflictos armados y aquellas que castigan los crímenes de guerra (Rodríguez- Villasante, 2017, 65).

3.1 INTERNACIONAL: D.º CONVENCIONAL Y D.º CONSUETUDINARIO

«La fuente más importante del DIH está formada por los tratados, convenios y acuerdos internacionales, así como sus protocolos de carácter complementario, con el mismo valor y eficacia» (Rodríguez- Villasante, 2017, 65).

Por lo que se refiere a la normativa de carácter convencional, aplicable a las personas privadas de libertad en poder de la parte adversa, aplicable a los CANI:

– Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

– Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

En este tipo de conflictos, es de suma importancia el derecho consuetudinario pues «si bien los Convenios de Ginebra gozan hoy de una adhesión universal, no sucede igual con otros importantes tratados, incluidos los protocolos adicionales» (Henckaerts J. M., 2007, XII). El derecho convencional obliga únicamente a los Estados parte, sin embargo, las normas del derecho consuetudinario son obligatorias para todos los Estados y en su caso, las partes en conflicto, sin necesidad de una adhesión oficial.

En 1995 el CICR recibió, tras la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, el encargo de preparar un informe

relativo a las normas consuetudinarias de DIH aplicables en los CAI y a los CANI, y a divulgarlo, el encargo dio su fruto en 2005, año en que se publicó por Henckaerts J. M. y Doswald-Beck L., *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge University Press, 2005), compuesto por dos volúmenes que contienen el conjunto de normas de DIH consuetudinarias derivadas del estudio, con los respectivos comentarios el volumen I, recogiendo el volumen II (en inglés) todas las referencias a la práctica recopilada en el ámbito del estudio.

Por lo que se refiere a la privación de libertad contiene con carácter genérico la norma 99: «Queda prohibida la privación arbitraria de la libertad» y dedica el capítulo 37 «Personas privadas de libertad», normas 118 a 128, la regulación de determinados aspectos (Henckaerts J. M., 2007, 485-510):

- Norma 118. «Se proporcionará a las personas privadas de libertad, alimentos, agua y ropa suficientes, así como un alojamiento y la asistencia médica convenientes».
- Norma 119. «Las mujeres privadas de libertad serán alojadas en locales separados de los ocupados por los hombres, excepto cuando estén recluidas con su familia como unidad familiar, y estarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres».
- Norma 120. «Los niños privados de libertad serán alojados en locales separados de los ocupados por los adultos, excepto cuando estén recluidos con su familia como unidad familiar».
- Norma 121. «Las personas privadas de libertad deberán estar recluidas en locales alejados de la zona de combate, en condiciones higiénicas y saludables».
- Norma 122. «Queda prohibido el pillaje de las pertenencias de las personas privadas de libertad».
- Norma 123. «Deberán registrarse los datos personales de las personas privadas de libertad».
- Norma 124. A. En los conflictos armados internacionales, se facilitará al CICR el acceso, con regularidad, a todas las personas privadas de libertad, a fin de verificar las condiciones de detención y de restablecer el contacto entre esas personas y sus familiares. B. En los conflictos armados no internacionales, el CICR puede ofrecer sus servicios a las partes en conflicto para visitar a todas las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto, a fin de verificar las condiciones de detención y de restablecer el contacto entre esas personas y sus familiares.

- Norma 125. «Las personas privadas de libertad estarán autorizadas a mantener correspondencia con sus familiares, con tal que se respeten las legítimas condiciones concernientes a su frecuencia y a la necesidad de censura por parte de las autoridades».
- Norma 126. «Los internados civiles y las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado no internacional serán autorizados, en la medida de lo posible, a recibir visitas, en particular de sus parientes cercanos».
- Norma 127. «Deberán respetarse las convicciones personales y las prácticas religiosas de las personas privadas de libertad».
- Norma 128. A. «Los prisioneros de guerra serán liberados y repatriados sin demora cuando hayan cesado las hostilidades activas». B. «Los internados civiles serán puestos en libertad tan pronto como dejen de existir los motivos de su internamiento, pero, en todo caso, lo antes posible tras el fin de las hostilidades activas». C. «Las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado no internacional serán liberadas tan pronto como dejen de existir los motivos por los cuales fueron privadas de su libertad. Si las personas mencionadas están cumpliendo una condena legalmente impuesta o si se han instruido diligencias penales contra ellas, podrá mantenerse su privación de libertad».

No podemos olvidar, dentro de este apartado, la aplicación de los principios generales del derecho de gentes aceptados por la comunidad internacional, y reconocidos expresamente en el artículo 2 del PI, así como la aplicación complementaria del DIDH que contiene una prohibición expresa de la detención arbitraria (Casalin, 2011, 746).

3.2 NACIONAL (REFERIDO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL)

Desde la aceptación de los CG y el PI, pesa sobre los Estados parte, la obligación incondicional e imperativa de respetar y hacer respetar en todas circunstancias dichos convenios y «de tomar las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales que correspondan a las personas que cometan o den orden de cometer las infracciones tipificadas como graves o crímenes de guerra en ellos recogidos» (Pignatelli, 2017, 1146).

Nuestro Código Penal (CP) de 1995¹⁵ tipifica los actos identificables como crímenes de guerra en sentido amplio, con independencia de su co-

¹⁵ LO 10/1995, de 23 de noviembre. *BOE* de 24 de noviembre de 1995.

misión en un contexto de CAI o CANI, y además «hace posible el castigo a los autores de dichos actos con independencia de su nacionalidad, condición civil o militar, que puedan quedar bajo la jurisdicción de los tribunales españoles» (Pignatelli, 2017, 1149).

Así el CP recoge como delitos contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado en los artículos 608 a 616, modificados por la Ley Orgánica 15/2003¹⁶ y la Ley Orgánica 5/2010¹⁷. Así mismo el Código Penal Militar (CPM) de 2015¹⁸ «contiene una remisión a dichos crímenes regulado en el CP cuando sean cometidos por militares con abuso de facultades o infracción de sus deberes» (Rodríguez-Villasante, 2017, 68).

También son muy importantes, desde la perspectiva del DIH otras disposiciones contenidas en normas como la Ley Orgánica 8/2014¹⁹, de 4 de diciembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (FAS), que sanciona la inobservancia por imprudencia de las normas humanitarias y el incumplimiento por el superior de su deber de garante de la conducta de sus subordinados, y en la misma línea las Reales Ordenanzas para las FAS aprobadas por Real Decreto 96/2009²⁰, de 6 de febrero (Pérez González, 2017, 1026-1027).

4. CONDICIONES MATERIALES DE LA DETENCIÓN

La privación de libertad en los conflictos armados es un hecho, pero la especial vulnerabilidad en que coloca a la persona detenida no debe verse agravada por circunstancias adicionales como las malas condiciones materiales en las que se desarrolle el internamiento, o la inseguridad que implica la inexistencia de normas que establezcan de forma clara e inequívoca las causas que pueden provocar la detención, así como la duración de esta (Aeschlimann, 2005, 78).

En cualquier caso siguiendo a Rodríguez Díaz:

«La autoridad detentora tiene la obligación en toda circunstancia de atender a las necesidades de los detenidos, y de proporcionarles un alojamiento adecuado y apropiado, alimentos, artículos y servicios necesarios para su salud y su dignidad. Tiene también la obligación de

¹⁶ BOE de 26 de noviembre de 2003.

¹⁷ BOE de 23 de diciembre de 2010.

¹⁸ BOE de 15 de octubre de 2015.

¹⁹ BOE de 5 de diciembre de 2015.

²⁰ BOE de 7 de febrero de 2009.

velar para que los detenidos sean tratados con humanidad, y, en particular, porque no reciban malos tratos» (Rodríguez Díaz, 2015, 49).

En el caso de los CAI el derecho de Ginebra dedica más de 175 artículos a la regulación de estos aspectos, pero no ocurre lo mismo en el caso de los CANI, cuyo régimen es mucho menos extenso (CICR, 2015, 10). «El DIH aplicable a los CANI contiene principios generales, pero es sucinto en cuanto a la situación, la organización y la gestión de los detenidos, el trato que se les da y las condiciones de la detención» (Aeschlimann, 2005, 105).

Las graves consecuencias humanitarias de la privación de libertad, la insuficiencia de la normativa a aplicar y ciertas incertidumbres planteadas en determinados contextos, no fueron razones suficientes para motivar el consenso en la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Rodenhäuser, 2017, 4), adoptando la Resolución sobre el Fortalecimiento del DIH que protege a las personas privadas de libertad, en la que en su punto 13 «invita al CICR a que presente un informe a la XXXIII Conferencia Internacional sobre las labores que se lleven a cabo de conformidad con la presente la resolución», Conferencia que se celebrará este año 2019²¹.

Con anterioridad a la citada resolución, el *Informe de CICR sobre el Fortalecimiento del DIH* que protege a las personas privadas de libertad, en el que afirmaba que el artículo 3 común y el Protocolo II ofrecen, «protecciones vitales a los detenidos, pero limitadas tanto en el ámbito como en la especificidad» y además, la «aplicabilidad y la adecuación del DIDH, los límites precisos del DIH consuetudinario, y la forma en que el derecho internacional puede influir en el comportamiento de las partes no estatales en un conflicto armado siguen siendo objeto de debate y disenso» (CICR, 2015, 11).

En el caso de los CANI, la falta de regulación, muchas veces agrava las necesidades humanitarias «independientemente de quién sea el actor que procede a la privación de libertad y del lugar de detención». «El riesgo de que se produzcan ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas o torturas y otros malos tratos aumenta considerablemente» (Rodenhäuser, 2016, 942).

Las condiciones del alojamiento pueden ser precarias, ya sea por falta de infraestructuras, ya sea por falta de voluntad de los detenedores, la

²¹ Resolución 32IC/15/R1. Fortalecimiento del DIH que protege a las personas privadas de libertad. Ginebra, Suiza. 8-10 de diciembre de 2015.

alimentación suele ser escasa y de mala calidad por los mismos motivos y lo mismo ocurre respecto a la ropa, la higiene o las condiciones sanitarias.

Muchas veces «no se registran debidamente los datos de las personas detenidas, o se les priva, además, de un contacto significativo con el mundo exterior», «estas circunstancias junto con la incertidumbre sobre los motivos y la duración de la detención, así como sobre los procedimientos judiciales que se van a aplicar, puede provocar profunda angustia a las personas privadas de libertad y a sus familiares» (Rodenhäuser, 2016, 942-943).

La inexistencia del estatuto de prisionero de guerra coloca a las personas que han participado en las hostilidades y que son privadas de libertad en una difícil posición, aunque en cualquier caso «es obligatorio cubrir las necesidades básicas de las personas que arrestan y detienen, y garantizarles un trato humano y digno» (Aeschlimann, 2005, 89).

El artículo 3 común a los CG protege en toda circunstancia a las personas que no hayan participado directamente en las hostilidades, miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y personas puestas fuera de combate, disponiendo que han de ser tratadas con humanidad y sin discriminación de ningún tipo, estableciendo una serie de conductas prohibidas que atentaría a ese trato humano exigido²².

Por su parte el PII añade a la lista de actos prohibidos según el artículo 3, la esclavitud y la trata de esclavos, las penas corporales, el pillaje, la violación, la prostitución forzada, los atentados al pudor y los actos de terrorismo (CICR, 2015, 12-13) y además, se refiere expresamente, en el artículo 4²³, a las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad o lo fueran después del conflicto, por motivos relacionados con aquel, hasta el término de esa privación o restricción, otorgándoles la protección prevista en los artículos 5 y 6.

Ahora bien, dichos preceptos únicamente hacen una referencia genérica al suministro de alimentos y agua, la salvaguardia de la salud y la higiene, y la protección contra los rigores del clima y los peligros del conflicto armado, en la misma medida que la población civil local. Contempla la posibilidad de autorizar a los detenidos a recibir socorros individuales o colectivos y a practicar su religión y, cuando así lo soliciten y proceda, recibir la asistencia espiritual y en caso de que deban trabajar, a que gocen de condiciones de trabajo y garantías análogas a aquellas de que disfrute la población civil local. El PII también aborda la ubicación de los estable-

²² Ver artículo 3 común CG.

²³ Ver artículo 4 PII.

cimientos de detención, los exámenes médicos y el envío y recepción de correspondencia, pero no contiene una regulación detallada²⁴.

4.1 PERSONAS CON NECESIDADES ESPECÍFICAS

4.1.1 Heridos y enfermos y náufragos

La regulación contenida al respecto en el PII es muy escasa. Según los Comentarios al PII en su párrafo 4637, la definición de heridos y enfermos que hay que tomar en consideración es la recogida en el PI:

«Se entiende por “heridos” y “enfermos” las personas, sean militares o civiles, que, debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental, tengan necesidad de asistencia o cuidados médicos y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Esos términos son también aplicables a las parturientas, a los recién nacidos y a otras personas que puedan estar necesitadas de asistencia o de cuidados médicos inmediatos, como los inválidos y las mujeres encintas, y que se abstengan de todo acto de hostilidad»²⁵.

La protección se extiende a todos los heridos, los enfermos y los náufragos, «hayan o no tomado parte en el conflicto armado». No hay ninguna distinción entre militares y civiles, ni según que la persona provenga de una o, de otra parte; la obligación de respeto y protección es general y absoluta²⁶.

El PII únicamente establece que sean respetados, protegidos y tratados con humanidad, recibiendo en toda la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado además de las protecciones genéricas que establece el artículo 5 para todas las personas privadas de libertad. Si bien hay que entender que, aunque recogidas con carácter general para todas las personas privadas de libertad, las prevenciones contenidas en los apartados d) y e) de dicho precepto toman mayor relevancia en el caso de los heridos y enfermos dada su situación física y de salud.

²⁴ Artículo 5 PII.

²⁵ Comentario PII. *Op. cit.*, párrafos 4636 y 4637.

²⁶ Comentarios PII. *Op. cit.*, párrafo 4642.

La privación de libertad de personas heridas o enfermas en el contexto de un CANI plantea problemas no resueltos por el DHI, ¿han de ser internados en lugares diferenciados del resto de los detenidos o personas privadas de libertad?, ¿deben existir instalaciones específicas semejantes a hospitales? La única prevención contenida, con carácter general para todas las personas privadas de libertad, es que los lugares de internamiento y detención no deberán situarse en la proximidad de la zona de combate debiendo ser evacuados si las condiciones de seguridad lo permiten, cuando queden expuestos a los peligros del conflicto²⁷. Lo que es claro es que «el grado de protección que los Estados pueden proporcionar con respecto a necesidades humanitarias especiales dependerá de las circunstancias operacionales en que tiene lugar la detención» (CICR, 2015, 27).

Si bien en algunos casos dichas circunstancias pueden propiciar una adecuada protección, en otros muchos casos gran parte de las detenciones pueden tener lugar en circunstancias sumamente difíciles. «La detención sobre el terreno» o la detención por fuerzas desplegadas que no tienen acceso inmediato a una base. «En estos casos las condiciones materiales de la detención pueden llegar a ser muy precarias, pero no por falta de voluntad del detenedor, sino por la falta de medios, existente incluso para las propias fuerzas detenedoras» (CICR, 2015, 28).

4.1.2 Personal médico y sanitario

La especial protección que precisan los heridos y enfermos lleva implícita la protección del personal sanitario que los atiende. Así el PII dedica los artículos 9 a 12 a establecer una serie de garantías, como la obligación de que sea respetado y protegido, así como, apoyado para que preste sus funciones, sin que se le pueda obligar a realizar tareas distintas a las que le corresponden, ni discriminación alguna en el tratamiento que proporcione a los heridos o enfermos que no obedezca a razones médicas. No se podrá castigar al personal médico por cumplir sus funciones con independencia de quien haya sido el beneficiario de esta²⁸, siendo su única obligación llevar el distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o el cristal rojo sobre fondo blanco²⁹.

²⁷ Artículo 5 del PII.

²⁸ Artículo 9 y 10 del PII.

²⁹ Protocolo III Adicional a los CG relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional. Ginebra 8 de diciembre de 2005.

El personal médico no solo precisa protección mientras presta sus servicios a los heridos o enfermos, «es precisamente después de prestados estos servicios cuando dicho personal tiene mayor riesgo, pues los grupos o autoridades rebeldes pueden calificar la misión médica en beneficio de la parte adversa como una colaboración con el enemigo», de ahí la prevención del artículo 10 PII proscribiendo el castigo al personal médico por prestar sus servicios (Mangas Martín, 1999, 106).

4.1.3 Periodistas

La presencia de los periodistas en un conflicto armado conlleva además de los peligros tradicionales de la guerra otros como «el riesgo imprevisible de atentados, a los que se suma, los armamentos cada vez más perfeccionados, frente a los cuales resultan ineficaces incluso la formación y la protección de los periodistas» (Balguy-Gallois, 2004, 35).

El creciente número de muertes durante el transcurso de conflictos armados llevó a Reporteros sin Fronteras a elaborar una «Declaración sobre la seguridad de los periodistas y de los medios de comunicación en situación de conflicto armado»³⁰. (Balguy-Gallois, 2004, 36).

A la vista de lo dispuesto en el artículo 13 del PII cabría su consideración como persona civil (Jar Couselo, 2017, 893-894). Por ejemplo, el conflicto de los Balcanes planteó situaciones problemáticas por el bombardeo de estaciones de radio y televisión por considerarlas como parte de las redes de transmisión del enemigo y por lo tanto un objetivo militar, sin embargo «generalmente se rechaza que la participación en las hostilidades de los periodistas sea directa ya que a lo sumo participan indirectamente al realizar funciones de propaganda y mantenimiento de la moral de los combatientes» (Rodríguez-Villasante, 2017, 786).

En el mismo sentido el derecho consuetudinario en su norma 34 establece que «los periodistas civiles que realicen misiones profesionales en zonas de conflicto armado serán respetados y protegidos, siempre que no participen directamente en las hostilidades». Las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales han condenado, en general, los ataques deliberados contra periodistas, independientemente de si el conflicto era internacional o no internacional, de hecho la mayoría de esas condenas

³⁰ El objetivo de esa Declaración es recordar los principios y las normas del DIH que protegen a los periodistas y a los medios informativos en situaciones de conflicto armado, y proponen a la vez mejoras del derecho para adaptarlo a las exigencias actuales.

se referían a conflictos armados no internacionales como los de Afganistán, Burundi, Chechenia, Kosovo y Somalia (Henckaerts y Doswald-beck, 2007, 129-130).

4.2 GRUPOS HUMANOS DE PERSONAS VULNERABLES

«Las normas del PII no son detalladas ni abordan directamente muchas cuestiones humanitarias urgentes» (CICR, 2015, 13). No siempre se satisfacen adecuadamente las necesidades específicas de ciertos grupos de detenidos, como los niños y las niñas, las mujeres o las personas mayores. Además, como señala Rodenhäuser:

«En conflictos recientes, las transferencias de personas detenidas de una autoridad a otra han puesto a algunos de los afectados en grave peligro de sufrir violaciones de sus derechos humanos fundamentales, desde persecución con diversos argumentos hasta torturas y privación arbitraria de la vida. En muchos casos, el desconocimiento de la legislación vigente o la incapacidad de aplicarla dan lugar a un trato inhumano de las personas detenidas» (Rodenhäuser, 2016, 943).

4.2.1 Mujeres

Si la privación de libertad en sí misma supone para la persona una situación de particular vulnerabilidad, que «acarrea la pérdida de todos los puntos de referencia y es un salto hacia un mundo desconocido, donde las reglas son diferentes y los valores no son los tradicionales (Aeschlimann, 2005, 78), esta situación puede verse agudizada, todavía más, en el caso de las mujeres por una serie de problemas específicos como ha puesto de manifiesto Rodríguez Díaz:

«La existencia de pocas cárceles para mujeres, y su ubicación alejada del hogar, familia y amistades; problemas relacionados con el cuidado de los menores dependientes que residen fuera de la cárcel; problemas para cuidar de sus hijos dependientes que residen en la cárcel; mayor vulnerabilidad de las mujeres a ser objeto de abusos psicológicos y físicos; retos particulares en torno a cubrir sus necesidades de salud y acordes a las características físicas; mayor vulnerabilidad en

las mujeres a la autolesión y el suicidio; desventaja económica y social, menor acceso a la justicia; y una mayor estigmatización por parte de sus propias familias» (Rodríguez Díaz, 2015, 62).

La preocupación por los efectos de los conflictos armados sobre las mujeres ya fueron manifestadas en la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja en la que el CICR «expresó su compromiso de promover en todas sus actividades el respeto debido a las mujeres y a las niñas» (Ojinaga Ruiz, 2017, 827).

En el contexto de un CANI, es indudable que las mujeres privadas de libertad se benefician de las garantías fundamentales del artículo 3 común a los CG, así como, en su caso, de las disposiciones contenidas en los artículos 4, 5 y 6 del PII. Además de la aplicación de las garantías mínimas recogidas en el artículo 4 PII consistentes en una serie de prohibiciones y que se aplicarán sin distinción por razón de sexo, el artículo 5 contiene una garantía específica para las mujeres, en forma de obligación activa al establecer en su punto 2. a) que «las mujeres estarán custodiadas en locales distintos de los destinados a los hombres y se hallarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres salvo cuando hombres y mujeres de una misma familia sean alojados en común». Si bien esta obligación es siempre en la medida de las posibilidades de los responsables del internamiento y dentro de los límites de su competencia³¹.

Este trato diferenciado obedece principalmete a su «especificidad fisiológica, a situaciones especiales como el embarazo, el parto o la maternidad, así como, la protección del honor y el pudor de la mujer» (Ojinaga Ruiz, 2017, 837). Si bien, no faltan las críticas al trato diferenciado basadas en que tal trato atentaría al principio de no discriminación, a este respecto Plattner zanja la cuestión afirmando que «la no discriminación se aplica en mayor medida a la relación con el individuo que a la relación con una colectividad» aunque las distinciones que se prohíben pudieran llevar a privilegiar a una colectividad (Plattner, 1996, 175).

El PII no recoge ninguna referencia específica para las mujeres encintas o su asistencia médica, ni en relación a la prioridad en cuanto a la liberación o repatriación de las mujeres privadas de libertad que se encuentren en estado de gravidez o tengan niños menores a su cargo. Únicamente el artículo 4.2 e) del PII prohíbe expresamente «los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor».

³¹ Artículo 5.2 PII.

El CICR en su *Informe de 2015*, al referirse a las mujeres como grupo especialmente vulnerable plantea una serie de aspectos cuyo tratamiento sería necesario abordar como por ejemplo la indeterminación de las condiciones de detención o los motivos y procedimientos para el internamiento, por sus necesidades específicas (CICR, 2015, 12-14) y propone una serie de de «elementos de protección»³² en su parte IV dedicando el punto 20 a las mujeres (CICR, 2015, 47-48).

Concretamente se refiere al alojamiento y supervisión separados, la atención de salud e higiene que tengan en cuenta las cuestiones de género, intervenciones de atención preventiva de la salud pertinentes a las mujeres, necesidades de higiene propias de las mujeres. En relación con las mujeres embarazadas y lactantes se refiere al asesoramiento médico y nutricional, el entorno de detención sano para las embarazadas, los bebés, los niños y las madres lactantes, lactancia natural en el lugar de detención, limitaciones en las sanciones de aislamiento y segregación disciplinaria respecto de las detenidas embarazadas, las detenidas con hijos de corta edad o a las madres en período de lactancia, o para las detenidas que estén por dar a luz o durante el parto o después de este.

También pone de manifiesto la necesidad de tomar en consideración las necesidades especiales en el caso de las detenidas menores de edad. y las detenidas menores de edad embarazadas.

Otra cuestión que se plantea es la de instalaciones especiales para las mujeres que están dando a luz, mujeres acompañadas o visitadas por niños, o la atención médica para los niños que acompañan a las madres en el lugar de detención o la conveniencia de debatir sobre la liberación preferencial de las mujeres.

4.2.2 Niños

Ni los CG ni los protocolos adicionales contienen una definición de niño, sino que otorgan una protección específica en función de la edad, que varía según la protección a otorgar. Por lo que respecta a los niños privados de libertad en el contexto de un CANI, nada contiene el PII sobre las condiciones materiales de su internamiento, únicamente el artículo 4.3 contiene disposiciones específicas para los niños en relación a los cuidados a recibir, educación, prohibición de ser reclutados si son menores de quince años, o para su traslado de la zona en que tengan lugar las hostilidades.

³² La frase «elementos de protección» se refiere a las categorías específicas de protección que deberían constituir el interés de los futuros debates; no contempla el contenido normativo de las protecciones.

Habrá que acudir al derecho consuetudinario para encontrar una disposición específica en la norma 120, «serán alojados en locales separados de los ocupados por los adultos, excepto cuando estén recluidos con su familia como unidad familiar» (Henckaerts J. M. y Doswald-Beck, 2007, 490), en cuyo caso las autoridades deben tomar las medidas oportunas para reunirlos (CICR, 2015, 13). Esta exigencia de que los adultos y los menores detenidos estén alojados por separado se establece también en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*³³ y en la Convención sobre los Derechos del Niño³⁴, la cual ha sido ratificada prácticamente por todos los países del mundo, excepto por Estados Unidos (Henckaerts J. M. y Doswald-Beck, 2007, 491).

Dicho informe propone como elementos de protección en relación a los niños cuestiones tales como la necesidad de notificación de la detención, contacto con sus familiares y acceso a asistencia jurídica, el alojamiento ha de estar en relación con el de los adultos, la necesidad de que los niños accedan a la escuela donde se les dé una educación de calidad, la toma en consideración de una nutrición adecuada y ejercicio físico procurando espacios adecuados para ello (CICR, 2015, 50-51).

En fechas más recientes la Resolución del Consejo de Seguridad 2427 relativa a la protección de los niños afectados por los conflictos armados, expresa su grave preocupación porque los niños detenidos sean utilizados con fines de reunir información e insta a los Estados miembros a que

«Consideren la posibilidad de adoptar medidas no judiciales como alternativa al enjuiciamiento y la detención, con relación a los niños que hayan estado vinculados con las fuerzas armadas o grupos armados, debiendo utilizarse la privación de libertad como último recurso y durante el período de tiempo más corto posible³⁵».

4.2.3 Extranjeros

El nivel general de estrés, que causa la detención en cualquier persona, puede verse agravado por la incertidumbre que provoca a un extranjero el desconocimiento de los procedimientos administrativos y judiciales del Estado o grupo armado en cuyo poder haya caído, a lo que se suma la alta probabilidad

³³ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966), art. 10.

³⁴ Convención sobre los Derechos del Niño (1989), art. 37, apdo. c).

³⁵ NNUU. Consejo de Seguridad. Res/ 2427/ (2018), de 9 de julio.

de que no conozcan a ninguna persona en dicho Estado o territorio controlado por el grupo rebelde en cuestión, o incluso no entiendan el idioma.

En este caso, la protección no se limita a velar por que la parte captora las trate de forma apropiada, es necesario además, salvaguardar su bienestar en el caso de que sean transferidas a otra autoridad, pues es posible, que en su país de origen fueran objeto de persecución por razones religiosas, políticas o étnicas, por lo que los riesgos que correrían en caso de devolución serían enormes (CICR, 2015, 15-16).

El DIH aplicable en los CANI no contiene disposiciones explícitas acerca de los motivos para excluir las transferencias o, acerca de los procesos para evaluar los riesgos a que hace frente un detenido después de la transferencia, lo que los hace especialmente vulnerables (CICR, 2015,16).

De ahí que el CICR en su *Informe de 2015*, propone como elementos de protección el agrupamiento de los detenidos y el acceso a las autoridades consulares y otras autoridades diplomáticas (CICR, 2015, 51).

Siguiendo a Pejic:

«Las autoridades nacionales del Estado al que pertenece la persona internada u objeto de detención administrativa han de ser informadas de esta medida, a menos que la persona en cuestión haya expresado un deseo contrario al respecto. A las autoridades diplomáticas o consulares pertinentes se les deberá permitir comunicar con sus nacionales y visitarlos (si es que existen dichas relaciones). Dicha comunicación podría realizarse a través del CICR» (Pejic, 2005, 366).

4.3 PROHIBICIONES

Además de las condiciones puramente materiales que han de acompañar a toda privación de libertad, el DHI establece una serie de garantías, en forma de prohibiciones, que han de respetarse en toda circunstancia, contenidas en el artículo 3 común a los CG y que amplía el artículo 4 del PII.

4.3.1 Ejecuciones sumarias y extrajudiciales

Como establece el artículo 3 común a los CG quedan prohibidos los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, ahora bien, siguiendo a Rodríguez-Villasante:

«Esta prohibición no es obstáculo para el uso de la fuerza letal en determinados casos y bajo determinadas circunstancias, como lo es un ataque a objetivos militares, pero si lo es para utilizar dicha fuerza letal de forma selectiva asesinando a determinadas personas o para llevar a cabo ejecuciones extrajudiciales» (Rodríguez-Villasante, 2017, 804).

Autores como Tom Ruys ponen de manifiesto el «creciente recurso al asesinato selectivo de personas previamente escogidas por las fuerzas armadas, por la policía o por los servicios de información» (Ruys, 2005, 15).

Rodríguez-Villasante define las ejecuciones extrajudiciales o selectivas, sin juicio previo como:

«Ataques letales contra las personas no combatientes, o en poder de la parte adversa, que se dirigen por el Estado o por los grupos no estatales en un conflicto armado no internacional, porque consideran que esa persona supone una amenaza grave y se decide utilizar la fuerza letal, con independencia de que se trate de un objetivo militar e incluso fuera del ámbito de los conflictos armados» (Rodríguez-Villasante, 2017, 810).

La prohibición de matar a personas civiles figuraba ya en el *Código de Lieber*³⁶. También se recogía el homicidio de civiles y prisioneros de guerra en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg como un crimen de guerra³⁷. El homicidio constituye también un crimen de guerra en virtud del ECPI, tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales³⁸, así como de los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia³⁹ y Ruanda⁴⁰, y del Tribunal Especial para Sierra Leona⁴¹ (Henckaerts y Doswald-beck, 2007, 355-357).

El homicidio de personas civiles y personas fuera de combate está también prohibido por el DIDH, aunque en términos distintos. Los tratados de derechos humanos estipulan que nadie puede ser «privado de la vida

³⁶ *Código de Lieber* (1863), arts. 23 y 44.

³⁷ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (1945), art. 6, párr. 2, apdo. b).

³⁸ Estatuto de la CPI (1998), art. 8, párr. 2, apdo. a), inciso i) y art. 8, párr. 2, apdo. c), inciso i).

³⁹ Estatuto del TPIY (1993), art. 2, párr. 1, apdo. a).

⁴⁰ Estatuto del TPIR (1994), art. 4, párr. 1, apdo. a).

⁴¹ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (2002), art. 3, párr. 1, apdo. a).

arbitrariamente»⁴², dicha prohibición es recogida por el derecho consuetudinario de los conflictos armados en su norma 89: «queda prohibido el homicidio» (Henckaerts y Doswald-Beck, 2007, 355).

Es por lo anterior, por lo que es tan importante que las personas que caigan en poder de la parte adversa y sean privadas de libertad tengan las garantías suficientes para que no sean ejecutadas sin un juicio previo, de ahí la necesidad de que dicha privación de libertad se produzca bajo el principio de legalidad, o que la detención sea inscrita en un registro y el lugar de internamiento o detención administrativa esté oficialmente reconocido. Así lo recoge el derecho consuetudinario en su norma 123 al disponer que «deberán registrarse los datos personales de las personas privadas de libertad».

4.3.2 Prohibición de la tortura, malos tratos y tratos humillantes

Los malos tratos constituyen un intolerable atentado contra la dignidad de la persona humana, además de una violación palmaria del DIH y del DIDH «no hay razón, sea esta de índole política, económica, de seguridad, cultural o religiosa, que pueda inducir a tolerarlos o justificarlos» (CICR, 2014, 1-2). No obstante, y a pesar de la prohibición expresa y en toda circunstancia que hace el artículo 3 común a los CG, dichas prácticas perviven.

Los elementos de los crímenes del Estatuto de la CPI⁴³ establecen que el crimen de guerra de la tortura consiste en infligir «grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales» para, por ejemplo, «obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo», por su parte definen el «trato inhumano»⁴⁴ como el hecho de infligir «grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales». El elemento que distingue el trato inhumano de la tortura es que no está presente el criterio de que el trato debe infligirse con una finalidad precisa.

⁴² *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)*. *Op. cit.*, art. 6, párr. 1; *Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)*, art. 4; *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)*, art. 4.

⁴³ Elementos de los crímenes de la CPI (2000). *Estatuto CPI*, art. 8, párr. 2, apdo. a), inciso ii) y art. 8, párr. 2, apdo. c), inciso i).

⁴⁴ Elementos de los crímenes. *Op. cit.*, art. 8, párr. 2, apdo. a), inciso ii).

Por último, se define en los elementos de los crímenes del ECPI la noción de atentados contra la dignidad personal⁴⁵ «como el hecho de someter a una persona a un trato humillante o degradante, o de atentar de cualquier otra forma contra su dignidad, en una medida tan grave que esté reconocido generalmente como atentado contra la dignidad personal» (Henckaerts y Doswald-Beck, 2007, 362-364).

También prohíbe el derecho consuetudinario estas conductas en su norma 90: «Quedan prohibidos los actos de tortura, los tratos crueles e inhumanos y los atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes».

Como señaló Wigger, en una entrevista realizada por el CICR el 25 de junio de 2013:

«Si bien la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes no pueden justificarse por ningún motivo, en los últimos años, sobre todo en el contexto de la llamada “guerra contra el terror”, muchos Estados han intentado justificar el empleo de métodos coercitivos para efectuar los interrogatorios, como método legítimo para proteger la seguridad nacional. La exigencia de responsabilidad penal a los autores es fundamental para la erradicación de estos métodos, así como que se promulguen y apliquen la legislación correspondiente a nivel nacional, a que quienes infrinjan esa legislación recurriendo a la tortura siendo enjuiciados y castigados. Por otro lado, el pleno respeto de las protecciones jurídicas fundamentales y de las garantías procesales de los detenidos ayuda no solo a prevenir abusos, sino también a mejorar las condiciones generales de detención» (Wigger, 2013).

No hay que olvidar que la obligación que incumbe a todas las partes en un conflicto de tratar humanamente o con humanidad a toda persona que se encuentre en su poder, constituye la base del DIH. «Ninguna guerra, ninguna imperiosa consideración de seguridad puede justificar el trato inhumano» (Droege, 2007, 2).

Existen además determinadas condiciones que favorecen la utilización sistemática de toda clase de tortura, como ha señalado el Comité contra la Tortura de la ONU:

«Así la detención en centros de detención secretos sin un proceso previo, o la detención en régimen de incomunicación absoluta por períodos prolongados pueden propiciar los interrogatorios mediante mé-

⁴⁵ Elementos de los crímenes. *Op. cit.* art. 8, párr. 2, apdo. b) inciso xxi) y art. 8, párr. 2, apdo. c), inciso ii).

todos brutales por parte de los funcionarios encargados de los centros de detención, o simplemente a intimidarle dado que saben que no están obligados a presentar al detenido en un plazo breve. También la Corte Internacional de Derechos Humanos ha manifestado reiteradamente la importancia de que los detenidos no se vean privados de ciertos recursos de protección como el *habeas corpus* o el recurso de amparo» (Costas Trascasas, 2008, 237).

4.3.3 Prohibición detención arbitraria

El artículo 6 del PII establece las garantías procesales que se aplicarán al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado, pero nada se dice sobre la prohibición de la detención arbitraria. No obstante, el derecho consuetudinario recoge en su norma 99 que «queda prohibida la privación arbitraria de la libertad», encuentra su base convencional en el artículo 3 común a los CG y en el PII, cuando exigen que todas las personas civiles y las personas fuera de combate sean tratadas con humanidad siendo la privación arbitraria de la libertad incompatible con esa exigencia (Henckaerts y Doswald-Beck, 2007, 392).

El requisito de una razón válida para la privación de la libertad se refiere tanto a la razón inicial que ha provocado esa privación de libertad como a la prolongación de la detención. «Una detención que se prolonga más de lo previsto por la ley constituye una infracción del principio de legalidad y equivale a una detención arbitraria» (Henckaerts y Doswald-Beck, 2007, 396-397).

En lo que respecta a las garantías contra la detención arbitraria «la jurisprudencia de los órganos internacionales no permite concluir una lista de garantías procesales inderogables», pero sí pone de manifiesto, que algunas medidas como el *habeas corpus* o recursos similares, así como limitar la aplicación del régimen de incomunicación o la práctica de detenciones por tiempo indefinido o limitar el tiempo máximo en que una persona puede permanecer detenida antes de pasar a disposición judicial, evitaría que se violasen los derechos fundamentales de los detenidos (Costas Trascasas, 2008, 239-240).

4.4 TRATO HUMANO

El PII dedica su título II al trato humano, según el artículo 4 del PII: «Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o

que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable», por su parte los artículos 5 y 6 amplían dichas garantías mínimas.

El principio de humanidad «supone imponer ante todo el respeto a la vida y a la integridad física de la persona lo que, además de restringir el uso ilegítimo de las armas de fuego», implica en especial «la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes que contienen todos los tratados de derechos humanos», prohibición que ni siquiera en el caso de la lucha contra el terrorismo pueden derogarse (Costas Trascasas, 2008, 486).

El principal problema consiste en definir el propio concepto de trato humano, pues para que un trato sea considerado inhumano en el sentido del artículo 3 común a los CG «debe alcanzar un nivel mínimo de severidad», lo cual ya es en sí mismo relativo, pues «dependerá de varios factores como la duración del tratamiento, la edad, el sexo, o el estado de salud de la víctima» (Costas Trascasas, 2008, 487).

En cualquier caso «los Estados tienen la obligación de proteger a las personas que tengan en su poder, siendo garante de su seguridad y responsable de que reciban un trato humano» (Rodríguez-Villasante, 2017, 71-72).

El principio de trato humano recogido en el artículo 3 común a los CG pertenece a la doble esfera del DHI y de los DIDH y contribuye a llenar posibles vacíos o lagunas en ausencias de derecho convencional sobre la base de la idea de humanidad.

En el caso de los CANI el principal obstáculo para preservar la vida, la salud y la dignidad de las personas detenidas es precisamente la escasez de normas jurídicas. Entre las principales carencias normativas destaca la falta de regulación de las condiciones de la detención, sobre todo en relación a determinados grupos de personas con necesidades específicas, o las garantías procesales, como puede ser la obligación de informar a los detenidos sobre las causas de su detención o las vías para poder recurrir dichas privaciones de libertad, entre otras (Pérez González, 2017, 761 -764).

Otra carencia se refiere a la actuación del CICR. Así como en el caso de los CAI se facilitará al CICR el acceso, con regularidad a todas las personas privadas de libertad, a fin de verificar las condiciones de detención y de restablecer el contacto entre esas personas y sus familiares, en el caso de los CANI el CICR solamente podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto. El propio derecho consuetudinario en su norma 124 establece tal diferencia (Henckaerts J. M. y Doswald-Beck, 2007, 500), «si bien para completar las lagunas originadas por la falta de regulación bien podría acudir a la normativa de DIDH» (Pérez González, 2017, 768).

La inclusión en el ECPI en su artículo 8.2.c) como crimen de guerra las violaciones graves del artículo 3 común a los CG, «no es más que la expresión del respeto del principio de trato humano a la población civil que no participa en las hostilidades y a los combatientes fuera de combate» (Pignatelli Meca, 2017, 1116).

5. GARANTÍAS PROCESALES

Por lo que se refiere a las garantías procesales en caso de privación de libertad de una persona en un CANI, el artículo 3 común a los CG solo habla expresamente del requisito del trato humano (Pejic, 2005, 358).

5.1 INTERNACIONAL: DERECHO CONVENCIONAL Y DERECHO CONSUECUDINARIO

En cuanto a los CANI el artículo 3 común a los CG y el PII determinan únicamente las normas mínimas que se han de aplicar en caso de internamiento. Si bien, en caso de acuerdos especiales las partes en conflicto pueden poner en vigor, todas o parte de las disposiciones del IV CG. Por su parte, el párrafo 2 del preámbulo del PII establece que «los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental» (Pejic, 2005, 360). El comentario del PII especifica que, la referencia a instrumentos internacionales incluye tratados adoptados por la ONU, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura, así como los tratados regionales de derechos humanos (CICR, 1998)⁴⁶.

Pejic, propone una serie de garantías procesales que han de aplicarse en todo caso, pero fundamentalmente a los CANI, donde las previsiones del DIH son mucho más escasas (Pejic, 2005, 365- 373):

Derecho a ser informado de los motivos del internamiento o detención administrativa, a ser inscrito en el registro y a permanecer en un lugar de internamiento o detención administrativa oficialmente reconocido. En caso de que el detenido sea extranjero habrá de informarse al Estado del que sea nacional. Derecho a impugnar, sin demora, la legalidad de su detención, al examen de la legalidad del internamiento o detención administrativa lo habrá de realizar un organismo independiente e imparcial, a la asistencia jurídica y a que su representante asista a las deliberaciones, a que se exami-

⁴⁶ CICR. Comentario del Protocolo II. *Op. cit.*, 1998, párrafo 4428.

ne periódicamente la legalidad del mantenimiento de la decisión de detención, a comunicarse con sus familiares, a presentar peticiones y quejas por lo que atañe al trato que recibe y a las condiciones de detención.

5.2 ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El artículo 9. 3.º de la Constitución (CE) garantiza el principio de la legalidad. Por su parte el artículo 25. 1.º de la CE establece, que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento» (Calaza López, 2011, 51).

El art. 24 CE, reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, y ha consagrado, entre otros, «los principios de contradicción e igualdad de armas, imponiendo la necesidad de que todo proceso esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción con la finalidad de que puedan defender sus derechos e intereses» (Calaza López, 2011, 54).

Establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)⁴⁷ en su artículo 1 que: «No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por juez competente». Consagra así el principio de legalidad, en su acepción más amplia, lo que supone que no hay delito ni pena sin ley previa que así lo establezca (Gómez Colomer, 1996, 66).

Respecto a las garantías procesales que amparan a los detenidos, nuestra legislación las recoge expresamente en el artículo 520 de la LECrim⁴⁸:

– La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma menos perjudicial para el detenido y con respeto a su honor, intimidad e imagen y libertad de información.

⁴⁷ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *BOE* n.º 260, de 17 de septiembre de 1882. Referencia: BOE-A-1882-6036.

⁴⁸ Este artículo fue redactado por la LO 14/1983 de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 17.3 de la Constitución, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso, y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para adaptarlo a la CE en desarrollo de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 17 y 24.2 de dicho texto constitucional.

Esta cautela implica, por ejemplo, que no han de difundirse imágenes del detenido esposado, ni exponerse a la curiosidad de la prensa, ni ante la presencia del público, en aplicación del principio de proporcionalidad (Marchena Gómez, 2015, 120).

- La detención, en cuanto medida excepcional durará lo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
- Toda persona detenida o presa será informada de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten, todo ello para evitar que se produzca indefensión. Dentro de sus derechos contempla el guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, a designar abogado, a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, a que se informe a algún familiar de su detención, a comunicarse telefónicamente, asistencia médica, ser visitado por las autoridades consulares de su país si es extranjero, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas, ser asistido gratuitamente por un intérprete, en su caso.
- El detenido designará libremente abogado y si no lo hace será asistido por un abogado de oficio, pudiendo entrevistarse reservadamente con él.
- Tras la reforma de los artículos 509 y 527 se modifica el régimen de la incomunicación que solo podrá durar el tiempo estrictamente necesario y como máximo cinco días, prorrogables por otros cinco días (Marchena Gómez, 2015, 131).

6. EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y MECANISMOS DE CONTROL

La eficacia de un sistema jurídico depende de su cumplimiento, por lo que es necesario que contenga una serie de «mecanismos que garanticen la correcta aplicación de sus normas en su triple vertiente; la prevención de las violaciones, el control del cumplimiento, y en caso de su incumplimiento la sanción o represión» (Pérez González, 2017, 995).

En la importante faceta de la prevención de las violaciones del DHI los Estados juegan un papel muy importante, adoptando medidas ya inclu-

so antes del conflicto, en tiempo de paz. En este sentido, en primer lugar los Estados tendrán la importante labor de promoción y difusión del DIH, entrenar a personal cualificado, adoptar las normas internas que correspondan para implementar en el ordenamiento interno las normas del DHI y traducir la normativa en vigor; por su parte los cometidos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, como importante actor en este sistema de eficacia, tendrá como funciones para la prevención de las violaciones del DHI, la promoción, difusión y desarrollo del DHI, así como la cooperación con los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones; por lo que se refiere al control del cumplimiento del DIH cobran relevancia instituciones como la Comisión Internacional de Encuesta; las Potencias Protectoras, la Organización de las Naciones Unidas y las instancias penales internacionales *ad hoc* o permanentes por lo que respecta a la represión de las infracciones y violaciones del DIH (Cáceres Brun, 2007, 932-938). Estos mecanismos en su mayoría son aplicables en el caso de los CANI, excepto el deber de tipificar como delitos las infracciones graves de los CG y PI y PII y otras normas de DIH.

Para cumplir la obligación de difusión del DHI, los Estados pueden disponer que su estudio se incorpore a los planes de estudio de las academias militares, disponer de asesores jurídicos en las fuerzas armadas para que asesoren a los comandantes militares o adoptar normas internas para asegurar el cumplimiento de las normas del DHI entre otras (Cáceres Brun, 2007, 934).

También el CICR juega un papel fundamental en esta fase, así encomienda a las delegaciones zonales el análisis de las situaciones, la anticipación de las crisis, la labor de formación y de comunicación en materia de DIH, así como la cooperación con las Sociedades Nacionales para prepararlas a la acción en caso de emergencia; el desarrollo y la participación activa del CICR en los trabajos jurídicos internacionales destinados a garantizar una mejor protección del ser humano y a prevenir el exceso de violencia y el uso de armas excesivamente crueles o cuyos efectos provocan sufrimientos inútiles; la formación en DIH, su enseñanza en muchos círculos, como fuerzas armadas, fuerzas policiales y de seguridad, escuelas y universidades; la organización de talleres sobre protección con representantes de ONG y de diversos órganos de las Naciones Unidas, el CICR procura así mismo compartir sus ideas con otros interesados, etc. (CICR, 2002, 170).

En nuestro ordenamiento jurídico con la inclusión en las Reales Ordenanzas⁴⁹ del excelente capítulo relativo a la ética de las operaciones milita-

⁴⁹ Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

res⁵⁰ que comprende los artículos 106 a 114, «se contribuye a una difusión de los principios del DIH y, con ello, se da abundante cumplimiento a lo previsto en los Convenios de Ginebra» (Eymar Alonso, 2009, 314).

A largo plazo, exige, reforzar las capacidades operativas locales, respaldar las iniciativas positivas en el seno de las comunidades y realizar una labor de integración, en particular de las minorías o grupos marginales. La consolidación de los elementos que garantizan una mayor seguridad para las personas y las colectividades contribuye a limitar los riesgos de violencia armada. Por último, y siempre respetando el principio de neutralidad que rige toda su actuación el CICR, puede instar a que los Estados tomen las medidas necesarias sobre el particular y, para ello «proporcionarles los elementos de información o de análisis que les permitan asumir esta responsabilidad con más pertinencia en el marco de una diplomacia humanitaria preventiva» (CICR, 2002, 172-174).

Como se ha dicho al comienzo de este epígrafe la eficacia de un sistema jurídico depende de su cumplimiento y por eso el control de dicho cumplimiento quizá sea la faceta más importante. Ahora bien, determinar quién y cómo se realiza dicho control no es tarea fácil en el caso de los CANI, solo el Comité de la Cruz Roja puede llegar a asumir un papel fundamental en caso de que las partes acepten el ofrecimiento de sus servicios.

Ni el artículo 3 común a los cuatro CG, que habilita al CICR a ofrecer sus servicios, ni el PII hablan de visitas a los detenidos ni de prerrogativas particulares del CICR respecto de este tema. Por lo tanto, desde el punto de vista jurídico, las partes no están obligadas a aceptar que el CICR visite a personas detenidas a causa de conflictos internos. Sin embargo, «esas visitas representan una práctica constante y son reconocidas en el plano internacional, la experiencia y la competencia profesional del CICR», así como el interés práctico que pueden tener sus visitas, sin olvidar que el hecho de «aceptar la intervención del CICR suele generar una imagen positiva contribuyen a tal aceptación» (Aeschlimann, 2005, 82- 84).

La preocupación fundamental del CICR es la de «mejorar el respeto del DIH buscando reforzar las estructuras de control existentes, sobre todo garantizando un mejor acatamiento por las partes en el caso de los CANI» (Pérez González, 2017, 2011). Así en 1981 el CICR aprobó unas directrices sobre las gestiones a realizar por el CICR en caso de violaciones del DIH, revisadas en 2005.

No obstante, hay que señalar que el derecho internacional consuetudinario sí establece en su norma 139 la obligación para las partes del conflic-

⁵⁰ Capítulo VI del título «De las operaciones». *Op. cit.*

to, ya tenga carácter internacional o no internacional, «de respetar y hacer respetar el DIH por sus fuerzas armadas, así como por otras personas y agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección o control». Se trata de un corolario de la norma 149, según el cual los Estados incurrir en responsabilidad internacional por los actos de esas personas o agrupaciones (Henckaerts y Doswald-beck, 2007, 560). En este sentido, en relación con crímenes de guerra cometidos, la norma 161 establece que «los Estados se esforzarán en cooperar todo lo posible entre ellos a fin de facilitar la investigación de los crímenes de guerra y el enjuiciamiento de los imputados».

El cómo conseguir un mayor cumplimiento del DIH es, por tanto, la principal preocupación del CICR, y debería serlo también para los Estados, por eso uno de los temas nucleares de la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 8-10 de diciembre de 2015) fue la presentación en el Comité de Redacción, del Proyecto de Resolución «Fortalecimiento del cumplimiento del DIH»⁵¹, «con el lamentable resultado de que los Estados no hayan logrado acuerdo para establecer un mecanismo para fortalecer el cumplimiento del DIH» (Rodríguez-Villasante, 2015, 164).

A la misma conclusión se llegó respecto a la necesidad de hacer mayores esfuerzos en profundidad sobre el fortalecimiento del DIH que protege a las personas privadas de libertad, así la resolución 1 de la XXXII Conferencia Internacional se centra explícitamente en las detenciones relacionadas con los conflictos armados⁵² y «se propone abordar los desafíos jurídicos y operacionales que son especialmente pertinentes en esas situaciones siendo la cuestión de las detenciones por parte de grupos armados no estatales un tema especialmente sensible» (Rodenhäuser, 2017, 944-959).

En lo que parece haber acuerdo es que los mecanismos de aplicación del DIH adolecen de falta de uso y eficacia, lo que suscita dudas sobre si «conviene su revitalización o por el contrario sería conveniente la creación de nuevos mecanismos, lo que no necesariamente implicaría una mayor eficacia del DIH» (Pérez González, 2017, 1014). En el marco de esta segunda opción se creó por ejemplo el «Mecanismo internacional, imparcial para ayudar en la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de

⁵¹ CICR. Resolución 32IC/15/R2 «Fortalecimiento del cumplimiento del DIH». XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

⁵² CICR. Resolución 32IC/15/R1 «Fortalecimiento del DIH que protege a las personas privadas de libertad». *Op. cit.*

los delitos de derecho internacional más graves cometidos en la República Árabe Siria desde marzo de 2011»⁵³.

7. CONSECUENCIAS DE LAS VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El derecho penal internacional se distingue del derecho penal nacional no solo en que su ámbito de aplicación es universal, sino también, porque «se limita a proteger los bienes jurídicos fundamentales de los individuos y de la comunidad internacional» (Ambos, 2003, 195).

El DIH aspira a proteger a la persona en toda situación de conflicto, sea internacional o interno, mediante el control jurídico del fenómeno bélico, tanto a nivel internacional como a nivel interno, siendo los crímenes de guerra los actos contrarios al DIH y al derecho internacional de los conflictos armados más graves. Dicho control se lleva a cabo, por tanto en un doble plano: interno e internacional (Pignatelli y Meca, 2017, 1030-1032).

7.1 PROTECCIÓN PENAL INTERNACIONAL

«Hasta 1998, con la creación de la CPI, el orden jurídico internacional ha carecido de un sistema represivo de los delitos internacionales de carácter permanente y con vocación de eficacia y universalidad» (Pignatelli y Meca, 2017, 1030).

Aunque la CPI es la primera jurisdicción internacional penal permanente, su creación cuenta con el antecedente de los tribunales penales internacionales en relación con los hechos acaecidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda creados por el Consejo de Seguridad. En ambos casos «su creación se debió a razones de extrema urgencia, para la represión de los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio producidos en el territorio de los Estados arriba mencionados» (Díez de Velasco, 2012, 979).

Las obligaciones cuyo incumplimiento o violación puede generar responsabilidad penal individual son las establecidas específicamente como infracciones graves en los cuatro CG de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977; la Convención IV de la Haya de 18 de octubre de 1907 y su reglamento anejo; la Convención de la Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y

⁵³ NN. UU. Asamblea General RES/71/248 de 21 de diciembre de 2016.

su Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999; y la Convención para la prevención y Sanción del delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948 (Pignatelli y Meca, 2017, 1033), la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 30 de noviembre de 1973, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, o la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre 2006.

El Estatuto de la CPI sistematiza los crímenes de guerra en cuatro categorías dentro del apartado 2 del artículo 8, siendo la principal novedad las letras c) y e) referidas específicamente a los conflictos sin carácter internacional, lo que constituye un notable avance en orden a proteger a las víctimas de estos conflictos armados (Pignatelli y Meca, 2017, 1111).

Así establece expresamente el apartado c) del citado artículo que:

«c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; iii) La toma de rehenes; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

Conteniéndose en los cuatro subapartados citados, que lo componen, el principio de trato humano a la población civil que no participa en las hostilidades y a los combatientes fuera de combate (Pignatelli y Meca, 2017, 1116).

Siguendo a Martínez Alcañiz, podemos definir los crímenes de guerra como todo «acto u omisión doloso, cometido con ocasión de un conflicto armado, que vulnera gravemente una norma esencial del DIH que tiene por finalidad la protección de determinados bienes jurídicos y que genera responsabilidad penal con base en el derecho internacional» (Martínez Alcañiz, 2012, 228). Por lo que cualquier conducta que atente a dicho prin-

cipio que se realice respecto a las personas detenidas, podría calificarse de crimen de guerra.

El apartado e) contiene quince subapartados que incriminan prescripciones del PII así como otras infracciones relativas a la utilización de medios de combate proscritos en el derecho de La Haya (Pignatelli y Meca, 2017, 1116). Los subtipos del art. 8.2.e) parecen exigir que además del carácter no internacional del conflicto armado, este tenga también un carácter prolongado, «mientras el artículo 1 del PII no incluye esta posibilidad dentro de su noción de conflicto armado de carácter no internacional, la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones de los Tribunales *ad hoc* desde la decisión jurisdiccional en el caso Tadic así lo ha aceptado expresamente» (Olásolo, 2005, 118)⁵⁴.

Por último, el artículo 8.2.f) introduce una especie de *tertius genus* de los CANI al referirse al conflicto armado prolongado entre grupos armados organizados. Por lo demás «los apartados c) y e) no son aplicables a las situaciones de tensiones internas ni disturbios interiores, lo cual no afecta a la obligaciones de los Estados de mantener o restablecer el orden público del Estado o defender su integridad territorial» (Pignatelli y Meca, 2017, 1117).

«La inclusión en el Estatuto de la CPI de los apartados c) y e) en el artículo 8 supone un gran avance respecto a la eliminación de la distinción entre si las violaciones graves del derecho de Ginebra se cometen en el contexto de un CAI o un CANI» (Costas Trascasas, 2008, 47).

Por lo que se refiere a la competencia subjetiva de la CPI se establece el principio de responsabilidad penal individual de alcance universal, por el que la CPI «es competente para enjuiciar a cualquier persona mayor de dieciocho años que haya cometido un crimen de competencia de la Corte, sin que sea relevante el hecho de que la persona en cuestión desempeñe o haya desempeñado un cargo oficial». Lo que no significa que el desempeño de un cargo oficial sea completamente irrelevante para determinar la responsabilidad penal de los presuntos autores de crímenes de competencia de la Corte pues en determinados casos es el elemento que genera la responsabilidad penal (Escobar Hernández, 2003, 16)⁵⁵.

Señalar, por último, que «no todo delito cometido durante una contienda armada puede ser considerado como crimen de guerra, para que sea considerado como tal ha de existir un nexo entre el crimen en sí y el con-

⁵⁴ Ver *Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72*, 2 October 1995, párrafo 70.

⁵⁵ Artículo 28 del Estatuto de Roma.

flicto armado». Este nexo imprescindible, se contiene en los «elementos de los crímenes» relativos a los tipos penales de crímenes de guerra del Estatuto de la CPI. De no existir ese nexo los comportamientos delictivos podrán ser delitos ordinarios, pero en ningún caso crímenes de guerra» (Martínez Alcañiz, 2012, 239).

7.2 PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL

La creación de la CPI no afecta al papel principal de las jurisdicciones nacionales en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de guerra, sino que por el contrario lo refuerza en la medida que requiere la adopción en las legislaciones internas de los tipos penales contenidos en el Estatuto, «no pretende en ningún caso sustituir a las jurisdicciones nacionales en la sanción de los crímenes de guerra, sino que por el contrario las complementa» (Olásolo, 2005, 145). Así, la ratificación del Estatuto de la CPI por los Estados ha implicado un proceso de adaptación de las legislaciones internas al Estatuto, tanto en el ámbito de las normas sustantivas como en el ámbito de las normas procesales, en el caso de España ha supuesto la modificación del Código Penal (CP)⁵⁶, la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como «la promulgación de una Ley Orgánica de Cooperación con la CPI que permita la interrelación y el apoyo necesario entre los órganos de nuestro sistema y los pertenecientes al sistema jurisdiccional de la CPI» (Quesada Alcalá, 2005, 364).

Para adaptar nuestra legislación en materia de crímenes de guerra nuestro Código Penal ha sido extensamente modificado, primero por la Ley Orgánica 15/2003⁵⁷, y posteriormente, a la vista de las deficiencias de dicha reforma, por la Ley Orgánica 5/2010⁵⁸ (Pignatelli y Meca, 2017, 1153), ley, esta última que ha supuesto, siguiendo a Rodríguez Villasante «una incriminación modélica», de los delitos contenidos en el libro II, capítulo III del título XXIV, es decir: los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (Rodríguez-Villasante y Prieto, 2010, 150)⁵⁹.

⁵⁶ LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵⁷ LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE* 283, de 26 de noviembre.

⁵⁸ LO 5/2010, de 22 de junio *BOE* de 23/6/2010, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

⁵⁹ La última reforma del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo no afectó al capítulo III del título XXIV.

«El CP de 1995 incorporó por primera vez en los artículos 608 al 614 bis, el castigo de las infracciones del DIH y del derecho internacional, pues hasta entonces se regulaban en el derecho penal militar, tanto la tipificación como la sanción de los crímenes de guerra» (Pignatelli Meca, 2017, 1161).

Destacar, además, que la regulación contenida en el libro II, capítulo III del título XXIV, es aplicable, sin distinción a los CAI y a los CANI, es por tanto la situación de conflicto armado, con independencia de su carácter interno o no, lo que dará lugar a la aplicación de los preceptos contenidos en nuestro CP.

El legislador español «yendo más allá de las obligaciones exigidas convencionalmente optó por considerar al ser humano como objeto de protección privilegiada, en toda circunstancia, y ello conforme al preámbulo y el artículo 10 de nuestra Constitución», lo cual está en plena consonancia con la consideración de crímenes de guerra que el Estatuto de la CPI contiene en el ya mencionado artículo 8.2 en sus apartados c) y e) (Pignatelli Meca, 2017, 1165).

Por lo que se refiere a la privación de libertad, objeto de estudio del presente trabajo, el CP castiga con la pena de prisión de diez a quince años «a quien obligue a un prisionero de guerra o persona civil a servir, en cualquier forma, en las fuerzas armadas de la parte adversa, o les prive de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente» (artículo 611.3º), así como «a quien deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga o confine ilegalmente a cualquier persona protegida o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa» (artículo 611.4º). Castigando con igual pena a quien «realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal» (artículo 611.6º) o «a quien impida o demore, injustificadamente, la liberación o la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles» (artículo 611.7º).

Las conductas anteriormente citadas son contrarias a los mínimos contenidos en el artículo 3 común a los cuatro CG y en el caso del atentado al derecho a ser juzgado regular e imparcialmente es una garantía procesal consagrada para los CANI en el apartado 1.d) del artículo 3 común y en el artículo 6. 2 del PA II y en el artículo 8.2. c) iv).

El derecho a ser juzgado regular e imparcialmente «es una garantía fundamental reconocida en los artículos 24 y 25.1 de nuestra Constitución que ni siquiera con la declaración de los estados de sitio o excepción puede ser suspendida» (Pignatelli Meca, 2017, 1185).

En el caso de la demora injustificada de la liberación de las personas privadas de libertad es necesario recordar que la previsión contenida en el PA II en su artículo 5.4 contiene un cierto margen de discrecionalidad al establecer textualmente que «si se decide liberar a personas que estén privadas de libertad, quienes lo decidan deberán tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de tales personas».

Por su parte el artículo artículo 612 establece la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos «a quienes despoje de sus efectos a un prisionero de guerra o persona civil internada».

Señalar que, con las mismas penas responderá, en virtud de lo establecido en el artículo 615 bis, «la autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título».

CONCLUSIONES

La guerra o conflicto armado como se le denomina en la actualidad es una lacra que arrastra la humanidad desde sus orígenes, con independencia de su legitimidad o no, lo que es un hecho evidente es que, además de incontables daños materiales para todas las partes participantes, causa innumerables sufrimientos personales. A la destrucción de territorios, hogares y medios de subsistencia se une la pérdida de seres queridos, niños huérfanos, viudas, excombatientes mutilados que probablemente no puedan encontrar un medio de vida en el futuro.

Ante esta realidad el DHI es un intento valiosísimo de paliar estas consecuencias mediante la aplicación de sus normas a la conducción de las hostilidades, en el caso de los CAI, como ha quedado expuesto, existe un amplio desarrollo de las normas que protegen a las personas que por cualquier razón se ven privadas de su libertad y en poder de la parte adversa y además contiene unos principios inestimables que han de inspirar la actuación de los Estados en los casos no regulados o previstos expresamente en ellos, principios que como afirma Pictet, «expresan la sustancia del tema» y «sirven de líneas directrices en los casos no previstos», lo que no obsta para que en muchas ocasiones se incumplan sus preceptos y las operaciones militares se realicen al margen de los principios contenidos en sus normas reguladoras.

Sin embargo, la realidad muestra la tendencia a la desaparición de este tipo de conflictos y el aumento de los CANI con una creciente complejidad como consecuencia de la fragmentación de los grupos armados y los enfrentamientos asimétricos; la regionalización de los conflictos; los retos que suponen las guerras que ya llevan décadas; la ausencia de mecanismos eficaces de resolución de conflictos internacionales; y el derrumbamiento de los sistemas nacionales. La mayoría de las veces, los civiles son quienes sufren las consecuencias de las hostilidades, miles de personas son detenidas, con frecuencia al margen de todo marco jurídico vigente, y sometidas a malos tratos o condiciones inhumanas de detención.

La parquedad de las normas que regulan este tipo de conflictos, en especial en lo relativo a la privación de libertad, coloca a la persona en una situación de indefensión y desamparo, aunque el artículo 3 común a los cuatro CG contiene unos principios y normas que constituyen unos mínimos a respetar por los Estados parte, hay que recordar que en el caso de los CG su ratificación por parte de los Estados es prácticamente universal, la normas contenidas en el PII son a todas luces insuficientes y aunque podemos invocar las normas de DIDH como complementarias, no llenan todos los vacíos, no son aplicables en todos los casos, y cuando la parte adversa en cuyo poder se encuentran las personas privadas de libertad son grupos armados no estatales, la cuestión aún se complica más.

Cuando una persona es privada de su libertad y cae en poder de la parte adversa, las condiciones materiales en las que puede estar internado o detenido pueden llegar a ser absolutamente precarias, a ello se suma la incertidumbre de su futuro inmediato, el no ser informado de los motivos de su detención, el que no se le ponga a disposición de una autoridad judicial o al menos un órgano objetivo e independiente, la no comunicación con sus familiares, la separación de otros miembros de su familia, supone un estrés añadido al sufrimiento que ya de por sí implica verse privado de libertad.

En los CANI la intervención de grupos armados no estatales puede suponer que tengan distintos niveles de organización, y por lo tanto de capacidades a la hora de facilitar determinados mínimos en cuanto a las condiciones materiales de la detención, por ejemplo, instalaciones separadas para hombres y mujeres, establecimientos con condiciones higiénicas y sanitarias adecuadas, también es difícil que cuenten con órganos judiciales o al menos independientes y objetivos que pudieran realizar una revisión de las causas o motivos de la detención, o garantizar la asistencia de un letrado. Por otra parte, la preocupación por la posibilidad de que la regulación de las detenciones por parte de los grupos armados pudiera legitimarlos

conforme al derecho internacional, parece frenar la voluntad de los Estados a la hora de establecer instrumentos jurídicos vinculantes.

No obstante, el derecho internacional consuetudinario supone una contribución muy positiva, pues sus normas se aplican tanto a los CAI como a los CANI, siendo fuente del DIH.

Un problema especialmente delicado es el referido a la transferencia de los detenidos, en especial si intervienen varios Estados en coaliciones multinacionales, la falta de un régimen legal de DIH puede producir un trato diferente en función del Estado en cuyo poder se encuentre la persona detenida, o al cual se le transfiera.

En este contexto la labor que lleva a cabo el CICR como impulsor del desarrollo del DIH es inestimable, pero tampoco es desdeñable el papel que podrían jugar terceros Estados que no son parte en el conflicto ejerciendo su influencia y alentando a las partes a que respeten el DIH.

La aplicación analógica a los CANI de mecanismos previstos para los CAI como la Comisión Internacional de Encuesta, el establecimiento de una figura semejante a la de la potencia protectora, entre otros, supone un mayor respeto para las normas humanitarias por las partes en conflicto.

Llegados a este punto el CICR, como principal actor a la hora de velar por el cumplimiento del DIH, plantea como afrontar estos desafíos de los conflictos contemporáneos, si bien la opción de negociar y adoptar un tratado internacional vinculante sería la opción más eficaz, esta opción no es posible al no existir el apoyo político de los Estados, por lo tanto sería más realista la opción de aprobar un instrumento no vinculante *soft law*, pero que sin embargo, contribuiría a la mejora de la protección de las personas detenidas.

A nuestro juicio esta opción es insuficiente aun cuando se acompañe de herramientas e instrumentos complementarios que lo desarrollen. La persona privada de libertad ha de gozar de la misma protección con independencia del tipo de conflicto en el cual se vea inmersa, pues sus necesidades serán las mismas, su situación de desamparo será idéntica, con independencia de que el conflicto sea internacional o interno, pero la gran preocupación de los Estados por mantener a cualquier precio el no reconocimiento de los grupos armados como parte en un conflicto, no sea que esto implique el reconocimiento de facto de los grupos insurgentes, lleva a que sea el individuo el que al final sufra las consecuencias.

Por último, señalar que la inclusión en el Estatuto de Roma de de los apartados c) y e) en el artículo 8, ha supuesto un gran paso en orden a difuminar la distinción entre si las violaciones graves del DIH se cometen en el contexto de un CAI o un CANI, si bien habrá que esperar al resultado

de su aplicación. Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, la regulación contenida en el CP (en los artículos 609, 611, 612, 613, 614 y 615 bis, y en particular los apartados que protegen específicamente a las personas privadas de libertad) no distingue entre si los delitos se cometen en marco de un CAI o un CANI lo cual hay que reconocer como un importante acierto del legislador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AESCHLIMANN, A. «La protección de los detenidos: la acción del CICR tras las rejas». *Revista Internacional de la Cruz Roja* 857. 2005, pp. 77-122.
- ALONSO PÉREZ, F. «La protección de la población civil». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 725-756.
- AMBOS, K. «Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional». *Revista de derecho penal y criminología*, 12. 2003, pp. 191-211.
- BORELLI, S. «Echar luz sobre un vacío jurídico: el derecho internacional y las detenciones extraterritoriales en el marco de la “guerra contra el terrorismo”». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 857. 2005, pp. 43-78.
- BALGUY-GALLOIS, A. «La protección de los periodistas y de los medios de comunicación en situaciones de conflicto armado». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 853. 2004, pp. 35-61.
- CÁCERES BRUN, J. «El sistema de eficacia del derecho internacional humanitario». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (2.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2007, pp. 931-952.
- CALAZA LÓPEZ, S. «Principios rectores del proceso judicial español». *Revista de Derecho UNED*, 8. 2011, pp. 49-84.
- CASALIN, D. «Toma de prisioneros: examen de las disposiciones del derecho internacional humanitario relacionadas con la privación de libertad por grupos armados de oposición». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 883. 2011, pp. 743-757.
- CASTILLO DAUDÍ, M. «Los campos de detención de la base naval de Guantánamo: aspectos de derecho internacional humanitario». *Revista Española de Derecho Internacional*, LXVI. 2014, pp. 159-179.
- CICR. «Prevención: comprensión del concepto y deficiencia del papel del CICR en la prevención de los conflictos armados. Directrices

- generales». *Revista Internacional de la Cruz Roja* 162. 2002, pp. 170-174.
- CICR. «Las gestiones del Comité Internacional de la Cruz Roja en caso de violaciones del derecho internacional humanitario o de otras normas fundamentales que protegen a las personas en situación de violencia». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 858. 2005, pp. 377-384.
- COSTAS TRASCASAS, M. *Violencia interna y la protección de la persona, una laguna en el derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch 2008.
- DAVID, E. *Introduction au droit international humanitaire*. Collegium (N.º 21-IX), 16. 2001.
- DÍEZ DE VELASCO, M. «Los tribunales penales internacionales». En *Instituciones del Derecho Internacional Público* (18.ª ed.). Madrid: Tecnos 2012, pp. 979-989.
- DÖRMANN, K. «La situación jurídica de los combatientes ilegales/ no privilegiados». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 85. Marzo de 2003, pp. 849.
- DROEGE, C. «El verdadero Leitmotiv: la prohibición de la tortura y otras formas de malos tratos en el derecho internacional humanitario». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 867, 2007, pp. 515-541.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. «La Corte Penal Internacional. Un instrumento al servicio de la paz». *Revista Internacional de Filosofía Política*, 21. 2003, pp. 5-35.
- EYMAR ALONSO, C. «El título IV de las Reales Ordenanzas a la luz del derecho militar operativo». *Revista Española de Derecho Militar*, 93, 2009, pp. 287-320.
- FALK R. «Informe del relator especial, sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967». NN. UU., Asamblea General, A/61/470, 2006.
- GÓMEZ COLOMER, J. *Constitución y proceso penal. Análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el nuevo Código Penal de 1995*. Madrid: Tecnos, 1996.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. «El derecho internacional humanitario y los conflictos armados internos». *Revista Española de Derecho Militar*, 68. 1996, pp. 13-36.
- HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L. «Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario». Volumen 1. CICR, 2007.
- JAR COUSELO, G. «Periodistas y guerra: una perspectiva desde el derecho internacional humanitario». En J. L. Rodríguez-Villasante

- y Prieto (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 881-911.
- JORGE URBINA G. «La protección de las personas civiles en poder del enemigo y el establecimiento de una jurisdicción penal internacional». *Revista Internacional de la Cruz Roja*. 2000. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdp9s.htm>.
- Leuven Manual on the International Law applicable to Peace Operations*. Prepared by an International Group of Experts at the Invitation of the International Society for Military Law and the Law of War. Cambridge: Cambridge University Press 2017.
- MANGAS MARTÍN, A. *Conflictos internos y derecho internacional humanitario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999.
- MARCHENA GÓMEZ, M. *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2015.
- MARTÍNEZ ALCANIZ, A. «Crímenes de guerra y justicia universal». *Revista Española de Derecho Militar*, 99. 2012, pp. 221-269.
- MARTÍNEZ GUILLÉN, R. *La detención operativa en la frontera entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos*. Ministerio de Defensa 2014.
- OJINAGA RUIZ, M. R. «La protección de la mujer en el derecho internacional humanitario». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 827-866.
- OLÁSULO, H. «Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional». *Revista Española de Derecho Militar*, 86. 2005, pp. 107-152.
- Orientaciones. El derecho de los conflictos armados*. Tomo I. OR7-004 (2.^a ed.). Resolución 552/07352/07. Mando de Adiestramiento y Doctrina. Dirección de Doctrina, Orgánica y Materiales. Ministerio de Defensa 2007.
- PEJIC J. «Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 858. 2005, pp. 355-376.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. «Fundamentos del derecho internacional humanitario». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 77-117.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. «La protección de las personas privadas de libertad en poder de la parte adversa». En J. L. Rodríguez-Villasante

- y Prieto (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 757-777.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. «El sistema de eficacia del derecho internacional humanitario. En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.) *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 995-1028.
- PIGNATELLI Y MECA, F. La punición de las infracciones del derecho internacional humanitario. En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp.1029-1087.
- PIGNATELLI Y MECA, F. «La Corte Penal Internacional». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *El Derecho Internacional Humanitario*. 2017, pp. 1089-1144.
- PIGNATELLI Y MECA, F. «Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 1145-1230.
- PLATTNER, D. «La neutralidad del CICR y la neutralidad de la asistencia humanitaria». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 134. 1996, pp. 173-193.
- QUESADA ALCALÁ, C. «La Corte Penal Internacional y derecho interno: el impacto del Estatuto de Roma en la legislación española». *Revista Española de Derecho Militar*, 86. 2005, pp. 363-417.
- RODENHÄUSER, T. «Fortalecimiento del derecho internacional humanitario que protege a las personas privadas de libertad: principales aspectos de las consultas y los debates desde 2011». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 903. 2016, pp. 941-959.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, P. *La protección de las mujeres privadas de libertad en los conflictos armados*. UNED (IUGM) 2015.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. «La modificación del Código Penal español por LO 5/2010 en materia de crímenes de guerra, un paradigma en la protección penal de las víctimas de la guerra». *Revista Española de Derecho Militar*, 95 y 96. 2010, pp. 149-174.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L. «La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades». *Cuadernos de Estrategia*, 160. 2013, pp.165-208.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. «La muerte del ornitorrinco: un paso atrás en el cumplimiento del derecho internacional humanitario». *Revista Española de Derecho Militar*, 104. 2015, pp. 163-184.

- RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. «Fuentes del derecho internacional humanitario». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *El Derecho Internacional Humanitario*. 2017, pp. 53-75.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *El Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 779-801.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. «Ataques letales selectivos y ejecuciones extrajudiciales». En Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 803-827.
- RUYS, T. «License of kill? State sponsored assassination under international law». *Revista de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra*, 44. Vols. 1 y 2. 2005.
- SALMÓN E. *Introducción al derecho internacional humanitario*. CICR, Instituto de Democracia y Derechos Humanos 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. «Asesinatos selectivos en la “guerra punitiva” contra el terrorismo». *Revista para el Análisis del Derecho* (1). Barcelona: Universidad Pompeu Fabra 2017.
- SUÁREZ LEOZ, D. «Conflictos armados sin carácter internacional y derecho internacional humanitario». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *Derecho internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo blanch 2017, pp. 971-993.
- VITÉ, S. «Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 873. 2009, pp. 69-94.

Anexo bibliográfico

- CICR. Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). 1998.
- CICR. El derecho internacional humanitario y los desafíos en los conflictos armados contemporáneos. Anexo 1: *Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna*. Documento preparado para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja celebrada del 26-30 de noviembre. Ginebra 2007.

- CICR. Documento de opinión. 2008. Recuperado el 3 de enero de 2019, de <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>.
- CICR. *Desafíos contemporáneos del DIH: la detención por razones de seguridad*. 2010. https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/contemporary-challenges-for-ihl/security-detention/overview-security-detention.htm_
- CICR. Doctrina aprobada por el Consejo de la Asamblea del CICR el 9 de junio de 2011 respecto de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes infligidos a las personas privadas de libertad. 2011.
- CICR. «Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados». XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. 2011.
- CICR. *Informe el Derecho Internacional Humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, elaborado para la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, disponible en línea en <http://rcrcconference.org/32nd-international-conference/conference-documents/?lang=es>. 2015.
- CICR. Informe *Fortalecimiento del derecho internacional humanitario que protege a las personas privadas de libertad* elaborado para la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. 2015.
- WIGGER, A. «Tortura: una afrenta a la humanidad». Entrevista CICR, consultada en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/interview/2013/06-26-torture.htm>. 2013.

**EL CRIMEN DE AGRESIÓN: ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS
DEL DELITO, SU REVISIÓN PARA UN EFICAZ EJERCICIO
DEL *IUS AD BELLUM***

Carlos Javier Troyano Pino
Teniente coronel del Ejército del Aire

Resumen

Desde la aprobación de su definición en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala (2010), la integración del crimen de agresión en el cuerpo normativo de la Corte Penal Internacional ha supuesto un gran avance en el lento proceso de «internacionalización» de la justicia penal internacional. El presente trabajo trata sobre dicha figura penal y su eficacia como mecanismo de salvaguarda de la paz y seguridad internacionales. A partir del análisis de los elementos del delito, se pretende responder a la cuestión de si la configuración actual del crimen de agresión resulta adecuada para regular eficazmente el uso de la fuerza en los conflictos armados contemporáneos.

Palabras clave: crimen y acto de agresión, derecho internacional, derecho consuetudinario, *ius ad bellum*, empleo de la fuerza.

Abstract

Since the adoption of its definition at the Review Conference of the Rome Statute held in Kampala (2010), the integration of the crime of aggression into the normative body of the ICC has brought about a great progress in the slow process of “internationalization” in international cri-

minal justice. This paper deals with this crime and its effectiveness as a mechanism for safeguarding international peace and security. Based on the analysis of the elements of the crime, the aim is to answer the question of whether the current configuration of the crime of aggression is appropriate to effectively regulate the use of force in contemporary armed conflicts.

KEYWORDS: Crime and act of aggression, International Law, Customary Law, *ius ad bellum*, use of force.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Hipótesis de estudio. 3. Definición del crimen: desde los antecedentes de los tribunales militares internacionales a la resolución 3314. 4. La definición del crimen de agresión tras las conferencias de Kampala. 4.1. La naturaleza dual del crimen de agresión. 4.2. La cláusula de umbral en el crimen de agresión. 4.3. Los elementos constitutivos de la conducta del Estado. 4.4. La criminalización de los actos preparatorios. 4.5. El elemento individual: la agresión como delito especial y la cláusula del liderazgo. 4.6. El elemento subjetivo del crimen de agresión. 4.7. La relación de actos constitutivos de agresión del artículo 8 bis (2). 5. El crimen de agresión y el empleo de la fuerza en los nuevos conflictos. 5.1. El crimen de agresión frente a las nuevas formas de violencia. 5.2. La prohibición en el empleo de la fuerza y su relación con el crimen de agresión. 5.2.1. La legítima defensa y el crimen de agresión. 5.2.2. Participación de actores no estatales en actos de agresión. 5.2.3. La intervención humanitaria. 5.2.4. Nuevas formas de enfrentamiento armado: ciberguerras. 5.3. Propuestas de redefinición del crimen de agresión. 6. El crimen de agresión como mecanismo de salvaguarda de la paz y seguridad. 6.1. El rol de la Corte Penal Internacional frente al Consejo de Seguridad. 6.2. El rol del ECPI frente a la agresión en el marco del Derecho Internacional Humanitario. 7. Hacia una posible evolución del delito. 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La «violencia, el conflicto y su grado supremo de expresión, la guerra» han acompañado la existencia del hombre desde sus inicios. En este sentido, el establecimiento de regulaciones sobre su declaración, conducción y finalización ha representado, en términos históricos, un hecho decisivo en la evolución de la humanidad, que culminó en 1945 con la prohibición del recurso a la guerra como medio legítimo de resolución de los conflictos internacionales mediante la firma de los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas¹.

¹ GARCÍA PICAZO, P. *La guerra y la paz, en teoría*. Madrid: Tecnos 2016, p. 17.

A pesar de ello, en numerosos estudios se ha señalado la guerra como una realidad que persiste y se impone de forma tenaz, incluso en nuestros días, a una paz siempre frágil². En este contexto, el crimen de agresión y el extenso debate abierto en torno a su tipificación debe entenderse, como han subrayado algunos autores, como el resultado tanto de la experiencia histórica derivada de la Segunda Guerra Mundial y su posterior resolución, como de una realidad internacional caracterizada hoy por una creciente interdependencia mundial en una multitud de niveles (político, militar, económico, etc.). Por ello, puede afirmarse que con «la penalización del crimen de agresión se perfecciona y refuerza el principio de ilegitimidad de la guerra y la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza en las relaciones internacionales»³.

El crimen de agresión o crimen contra la paz constituye el crimen internacional por excelencia al implicar, por un lado, la necesaria violación de la paz internacional y, por otra parte, estar intrínsecamente vinculado con un conflicto interestatal⁴.

Su origen hay que situarlo en el derecho que regula los conflictos armados, cuyas normas conforman el denominado *ius ad bellum* o derecho a la guerra en contraposición a aquellas otras normas que rigen el comportamiento dentro de la guerra o *ius in bello* cuya infracción constituye los «crímenes de guerra». Uno y otro, el crimen contra la paz internacional y los crímenes de guerra, junto con el genocidio y los crímenes contra la humanidad forman parte de los ilícitos internacionales reconocidos y castigados actualmente por la Corte Penal Internacional (CPI)⁵.

Sin embargo, el crimen de agresión ha recibido una particular y exhaustiva atención por parte de juristas y expertos en derecho internacional como lo atestigua la vasta relación de investigaciones, estudios y debates de los que ha sido objeto, pues no en vano el crimen contra la paz es el que más dificultades ha planteado para consolidarse como «categoría penal autónoma»⁶.

El ilícito de trascendencia internacional objeto de análisis en el presente trabajo tiene sus antecedentes normativos más inmediatos en el Estatuto

² *Ibid.*, pp. 18-19.

³ SALMÓN, E. y BAZAY, L. *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los Estados y lucha contra la impunidad*. Lima: ideh@pucp.edu.pe, 2011, p. 9.

⁴ MACULAN, E. «El crimen de agresión». En A. Gil Gil y E. Maculan, (eds.). *Derecho penal internacional*. Madrid: Dykinson 2019, p. 473.

⁵ Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, entró en vigor el 1 de julio de 2002, art. 5.

⁶ MACULAN. *Op. cit.*, p. 473.

del Tribunal Militar Internacional (TMI) de Núremberg⁷, donde por primera vez la guerra «injusta» es calificada como ilícito penal que conlleva por tanto una sanción penal para el individuo responsable, pena derivada directamente del derecho internacional. No obstante, en un plano teórico, sus antecedentes pueden remontarse a las antiguas doctrinas del derecho de la guerra surgidas en el siglo XVI del pensamiento de autores como Francisco de Vitoria, de Suárez o Grocio, en lo referente al desarrollo del *ius ad bellum*, y principalmente en relación con la doctrina sobre la guerra justa⁸. La característica de derecho consuetudinario del crimen se encuentra por tanto fuera de toda discusión⁹.

Como han señalado diversos especialistas, conviene recordar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) nació en 1998 sin una definición del crimen de agresión, pese a contemplar en su artículo 5 la competencia de la Corte sobre dicho crimen¹⁰. Hubo que esperar así más de diez años, hasta la celebración de las Conferencias de Revisión del Estatuto de Roma de la CPI en Kampala (Uganda) a partir del 31 de mayo de 2010, para alcanzar un acuerdo sobre la definición y la competencia respecto del crimen de agresión¹¹.

A lo largo del proceso que ha permitido regular finalmente el crimen de agresión en las disposiciones estatutarias de la Corte, algunos autores han argumentado que la definición de la agresión como nuevo delito internacional no ha suscitado tanta controversia como el ejercicio de su competencia¹².

Otros especialistas como Gil y Maculan han resaltado en cambio el retraso en la definición de la agresión como crimen bajo la jurisdicción de la CPI, como consecuencia del complejo entramado político y diplomático

⁷ «El crimen de agresión fue objeto de enjuiciamiento penal por primera vez como un “crimen contra la paz” por los tribunales de Núremberg y Tokio, que lo definieron como la planificación, preparación, inicio o libramiento de una guerra de agresión, o una guerra en violación a tratados, acuerdos o seguridades internacionales...». AMBOS, K. *El crimen de agresión después de Kampala*. Madrid: Dykinson 2011, p. 17.

⁸ PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos 1996, p. 649.

⁹ AMBOS. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁰ MACULAN. *Op. cit.*, p. 476.

¹¹ AMBOS, *Op. cit.*, p. 15.

¹² «Una de las cuestiones que menos problemas suscitaron durante la Conferencia de Kampala fue la definición del crimen de agresión, dato notable si se tiene en cuenta la peculiar naturaleza de este crimen, ligado íntimamente a las complejidades del *ius ad bellum* y al papel del Consejo de Seguridad en materia de paz y seguridad internacionales, de conformidad con lo previsto en el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas». VAL GARIJO, F. «El nuevo crimen de agresión». En Panella, L. y Spatafora, E. (eds.). *Studi in onore di Claudio Zanghì, Volume I, Diritto Internazionale*. Torino: Giappichelli 2011, pp. 621-637.

que origina su determinación al estar «indefectiblemente vinculado a un ilícito de un Estado», señalando en este sentido al crimen de agresión como paradigma de la confluencia entre el derecho penal internacional (DPI) y el derecho internacional público¹³.

El presente trabajo gira en torno al crimen de agresión y la eficacia de los elementos del delito como mecanismo de salvaguarda de la paz internacional. Se parte de la cuestión clave sobre si la normalización del crimen de agresión, de acuerdo con la redacción actual de sus elementos, resulta pertinente para aplicar eficazmente el *ius ad bellum* en los conflictos armados contemporáneos. A partir de aquí la exposición se organiza en tres partes.

En una primera, se tratan los elementos centrales en la definición del delito, realizando un análisis crítico sobre su idoneidad, las dificultades y controversias que ha suscitado su aplicación.

En una segunda parte se realiza una reflexión sobre la eficacia de las disposiciones sobre el ilícito en el Estatuto de Roma como mecanismo regulador del empleo ilegítimo de la fuerza en los conflictos actuales, abordando entre otras cuestiones, la esencia del crimen y la naturaleza del bien jurídico protegido.

Por último, se estudiará, partiendo del rol actual del crimen de agresión en el contexto de los sistemas de salvaguarda de la paz, de la prevención de conflictos armados y de la protección de las víctimas establecidos en el orden internacional, la posible evolución del crimen en el cuerpo normativo del Estatuto de la CPI.

2. HIPÓTESIS DE ESTUDIO

La hipótesis principal de estudio que se plantea en el presente trabajo podría expresarse a partir de la siguiente observación: los elementos que integran la definición del crimen de agresión, según el artículo 8 bis de la CPI, responden a un mecanismo de regulación del *ius ad bellum* en el actual escenario internacional cuya eficacia es tan solo parcial, dadas las características de los conflictos armados surgidos tras el fin de la Guerra Fría. Ello sin detrimento del hecho de que la delimitación actual del crimen de agresión cumple de forma razonable con las expectativas con las que

¹³ «Por otra parte, puede afirmarse que este crimen es el que más refleja la estrecha vinculación entre el DPI y el derecho internacional público, pues la definición del crimen de agresión, tal y como la recoge el Estatuto de Roma, se arraiga en el acto de agresión, que pertenece a la esfera de actuación de los Estados». MACULAN. *Op. cit.*, p. 473.

inicialmente ha sido previsto y tipificado en el DPI, esto es, como prevención al recurso a la guerra entre los Estados.

Como hipótesis secundaria, podría cuestionarse si se considera viable, a la luz del actual orden internacional, así como del papel que la CPI ha desempeñado hasta el momento en la regulación del derecho penal internacional, una adaptación de los elementos que componen la actual definición del crimen de agresión para poder ser aplicado en el caso de que el ilícito sea cometido por actores no estatales.

3. DEFINICIÓN DEL CRIMEN: DESDE LOS ANTECEDENTES DE LOS TRIBUNALES MILITARES INTERNACIONALES A LA RESOLUCIÓN 3314

La guerra de agresión fue considerada por primera vez como ilícito penal en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, donde fue calificada como un delito que comportaba una sanción penal para el individuo responsable, derivada directamente del derecho internacional.

Tanto el Estatuto de Núremberg como el de Tokio contemplaban, entre los ilícitos sobre los que tenían jurisdicción cometidos durante la guerra, los «crímenes contra la paz» definiéndolos como: el «planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o de una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o promesas internacionales, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes» (art. 6.a del Estatuto de Núremberg y art. 5.a del Estatuto de Tokio)¹⁴.

No obstante, tanto la persecución penal como la condena por el crimen de agresión levantaron desde un principio una gran controversia por vulnerar supuestamente el principio de irretroactividad. Aunque el TMI de Núremberg intentó buscar su justificación en el pacto Kellogg-Briand que establecía una prohibición de la guerra como instrumento de resolución de las diferencias entre los Estados¹⁵, lo cierto es que este no se refería expre-

¹⁴ MACULAN. *Op. cit.*, p. 474.

¹⁵ «Los Aliados incluyeron ese delito en la jurisdicción del Tribunal de Núremberg a pesar de que, en ese momento, existían considerables dudas sobre la base consuetudinaria de los cargos por guerra de agresión. El Tribunal rechazó el argumento de la posible retroactividad y se esforzó por demostrar que los crímenes contra la paz habían sido parte del derecho internacional consuetudinario desde antes de 1939. Enfatizó la naturaleza preexistente del delito como reflejo de las normas convencionales que surgieron luego de la Primera Guerra Mundial, incluyendo el pacto Briand-Kellogg y la calificó como un “crimen internacional supremo”. SALMÓN Y BAZAY. *Op. cit.*, p. 20.

samente a la agresión, ni la contemplaba como crimen, por lo que puede considerarse que no existía un instrumento internacional que definiese tal ilícito con anterioridad a los hechos juzgados en Núremberg¹⁶.

La mayoría de los autores están hoy de acuerdo en señalar que la definición del crimen contra la paz expuesta en Núremberg no era muy precisa, e incluso que con el enjuiciamiento de los hechos se pudo infringir el principio de legalidad¹⁷, al imponerse sanciones penales no previstas con anterioridad a la comisión de los hechos. El contenido normativo del crimen de agresión resultaba en fin impreciso, pues además seguía sin estar clara la noción de guerra injusta.

Como ya se ha comentado, el concepto de agresión paralizó los trabajos relativos a la elaboración de un código penal internacional durante más de veinte años. En 1974 se alcanzó un importante hito en el debate sobre el concepto de agresión cuando por parte de la Asamblea General se aprobó una Resolución¹⁸ en la que se definía el acto de agresión (artículo 1 del Anexo a la Resolución)¹⁹. Además, se describía en la misma una serie de conductas que eran consideradas actos de agresión, como el bombardeo aéreo, el bloqueo de los puertos o el envío de bandas armadas por un Estado o en su nombre; la simple declaración de guerra no estaba contemplada entre tales actos (artículo 3). Finalmente se especificaba que esta relación de conductas no se consideraba un listado cerrado, pudiendo el Consejo de Seguridad determinar otras acciones que entrasen en la definición (artículo 4)²⁰.

La Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General ha supuesto el punto de partida para el desarrollo posterior de la definición del crimen de agresión. No obstante, no ha estado exenta de controversia siendo, incluso hoy en día, discutida en su utilización para definir el citado crimen. En general, distintos estudiosos y especialistas han estado divididos entre los que pensaban que la adopción combinada de los artículos 1 y 3 de la Resolución 3314 para definir el ilícito era controvertida y difícilmente aceptable, prefiriendo en su lugar una definición autónoma y genérica del acto

¹⁶ MACULAN. *Op. cit.*, p. 474.

¹⁷ Actualmente reconocido en el Estatuto de la CPI a través de la cláusula *nullum crimen sine lege*: «Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte» (ECPI, art. 22.1).

¹⁸ NN. UU. Asamblea General. Res. 3314 (XXIX). Definición de la agresión, 14 de diciembre de 1974.

¹⁹ «La Resolución 3314 (XXIX) de 1974 define como “acto de agresión”: el uso de la fuerza armada por parte de un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas (art. 1 del Anexo a la Resolución)». MACULAN. *Op. cit.*, p. 475.

²⁰ *Ibid.*, p. 475.

de agresión, y aquellos para los que la citada Resolución ofrecía a tal fin la gran ventaja de que ya existía, estaba aceptada por la mayoría de Estados, e incluso exhibía cierta autoridad al haber sido acordada en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas y aplicada en varias ocasiones²¹. A pesar de todo ello, autores como Kai Ambos han criticado con agudeza el problema principal que representa el recurso a dicha normativa al aplicarse al campo del DPI, cuando inicialmente había sido acordada en el ámbito del derecho internacional y concebida como herramienta del Consejo de Seguridad para dirimir los casos de uso no legítimo de la fuerza entre los Estados en cumplimiento del artículo 39 de la Carta²². Así, dicho autor argumenta que la resolución equipara a la “agresión” con el “uso de la fuerza”, y que sus artículos 2 y 4 confieren al Consejo de Seguridad «facultades especiales de definición que son incompatibles con el régimen de derecho penal “autónomo” del Estatuto de Roma», según el cual, conforme con el principio de legalidad, «no se puede establecer la responsabilidad penal *ex post facto* y las definiciones de los delitos deber ser interpretadas de forma estricta»²³.

Por otro lado, también ha sido objeto de debate el hecho de si la lista de conductas constitutivas de actos de agresión que se incluían en el artículo 3 de la mencionada resolución, luego incorporadas en el ECPI en la redacción del artículo 8 bis (2) sobre el crimen de agresión, representaba una lista abierta o exhaustiva; así mismo, se ha puesto en duda que algunos de los actos enumerados en la mencionada lista, como los de los apartados c) y e) de la Resolución (consistentes, respectivamente, en el bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado y en la utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentra en el territorio de otro con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo), representasen *stricto sensu* un uso de la fuerza de acuerdo con el umbral de gravedad señalado en el mencionado artículo 8 bis (1) del ECPI. Además, los últimos apartados f y g confunden, desde la perspectiva del derecho penal, el uso propio de la fuerza (en el sentido de autoría) con la asistencia al empleo de la fuerza por parte de otro Estado (apdo. f) o de actores no estatales (apdo. g)²⁴.

²¹ AMBOS. *Op. cit.*, pp. 43-44.

²² Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

²³ AMBOS. *Op. cit.*, p. 44.

²⁴ *Ibid.*, pp. 44-45.

Por último, ha sido más extensamente criticado que el valerse de la Resolución 3314 para conceptualizar el crimen de agresión ha resultado en una definición del ilícito estrictamente centrada en el Estado, y que por ello no ha permitido integrar en esta figura delictiva de la CPI otras formas de agresión más modernas protagonizadas por actores no estatales²⁵.

Por su relevancia, estas y otras críticas serán tratadas más adelante con mayor profundidad.

4. LA DEFINICIÓN DEL CRIMEN DE AGRESIÓN TRAS LAS CONFERENCIAS DE KAMPALA

Tras muchos años de trabajo preparatorio en la compleja discusión sobre el crimen de agresión se llegó en 2010 a la Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI celebrada en Kampala, entre el 31 de mayo y el 11 de junio, que estuvo organizada en torno a dos períodos o etapas; en la primera semana el trabajo estuvo dedicado al debate general sobre las disposiciones del Estatuto, mientras que en la segunda se puso el énfasis en el crimen de agresión. En opinión de la mayoría de los autores, en estas sesiones se puso de manifiesto, desde las primeras intervenciones de los Estados, que la adopción de una definición para el ilícito analizado conforme a la mencionada Resolución 3314 no iba a representar la mayor controversia en comparación con la cuestión, más compleja, que representaba el posible ejercicio de la competencia por la CPI sobre dicho delito²⁶. No obstante, la dificultad que entrañó una adecuada definición de la agresión con anterioridad a los acuerdos de Kampala, y la repercusión que incluso sobre la evolución de la propia CPI en sus primeros años de existencia tuvo la falta de consenso en la conceptualización de dicho crimen, hacen recomendable un análisis detallado de la problemática surgida en torno a la misma.

4.1. LA NATURALEZA DUAL DEL CRIMEN DE AGRESIÓN

El crimen de agresión tiene una naturaleza dual o, como han descrito algunos autores, «una estructura de doble nivel» puesto que implica en primer lugar un acto de agresión atribuido a un Estado y que constituye un

²⁵ *Ibíd.*, p. 45.

²⁶ QUESADA ALCALÁ, C. «La agresión: un crimen “cierto” de futuro “incierto”». En J. Cardona (ed.). *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. Valencia: Tirant lo Blanch 2012, pp. 1072-1073.

ilícito internacional en virtud de lo contemplado en la ya citada Resolución 3314/1974 de la Asamblea General de la ONU, art. 5(2). Sobre este primer nivel se considera un segundo determinado por la responsabilidad penal individual, imputable en este caso al sujeto o grupos de individuos implicados en la realización del delito al más alto nivel, siendo el comportamiento de estas personas conducente hacia la materialización del acto de agresión lo que finalmente cristaliza en la comisión del crimen²⁷.

Fernando Val ha resaltado cómo la definición adoptada en Kampala se basa en «dos conceptos interrelacionados: el crimen de agresión, cometido por un individuo o individuos, y el acto de agresión, cometido por un Estado»²⁸. Mientras que el crimen de agresión genera responsabilidad penal individual de sus autores, el acto de agresión comporta la responsabilidad internacional del Estado que lo lleva a cabo. Por ello concluye que pese a que dichos ilícitos afectan a ámbitos jurídicos distintos (derecho penal versus derecho internacional), a la postre ambos afectan a intereses esenciales para la comunidad internacional²⁹.

Kai Ambos establece la distinción entre el «nivel macro del acto de agresión estatal» y el «nivel micro del crimen individual de agresión», que resulta fundamental para determinar la responsabilidad penal individual de los involucrados en un acto de este tipo, señalando como la propia Resolución 3314 distinguía entre un acto de agresión³⁰ y una guerra de agresión³¹, calificando solo a esta última como un crimen contra la paz internacional y marcando en este punto una diferencia de criterio en la categorización del delito con respecto a sus antecedentes en las sentencias de los TMI de Núremberg y Tokio³².

²⁷ MACULAN, *Op. cit.*, pp. 478-479.

²⁸ VAL GARIJO, *Op. cit.*, p. 624.

²⁹ «Ambas categorías operan en planos distintos: el crimen de agresión, en el del derecho penal, al ser una conducta individual; el acto de agresión en el de las relaciones interestatales, reguladas necesariamente por el derecho internacional, al ser concebido como un acto estatal. Pero tanto la norma de derecho internacional penal como la de derecho internacional interestatal tutelan intereses esenciales para la comunidad internacional» (Ibíd., p. 624).

³⁰ «La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición» (Resolución 3314 AG de NN. UU. de 14 de diciembre de 1974, art. 1).

³¹ «La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional». Ibíd., art. 5(2).

³² «De allí se desprende que la existencia de un acto (ilícito) de agresión como el definido por el artículo 8 bis (2) en base a la resolución 3314 no implica automáticamente la responsabilidad penal individual de las personas involucradas en ese acto. Si bien esta no ha sido la postura del derecho de Núremberg que se basa esencialmente en la prohibición

4.2. LA CLÁUSULA DE UMBRAL EN EL CRIMEN DE AGRESIÓN

El crimen de agresión, al igual que el resto de crímenes internacionales de los que pueda conocer la Corte, está sujeto ya a un primer nivel de umbral en virtud de lo estipulado en el preámbulo y en el artículo 1 del Estatuto de Roma, que establece la actuación de la Corte únicamente con respecto de «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», dicho umbral, como recuerdan algunos autores, constituye «un filtro para evitar que situaciones casuales sean juzgadas por la CPI»³³. Pero en el caso del ilícito estudiado, la concreción de la naturaleza del acto de agresión constituye una de las principales características que lo diferencian del resto, al precisarse que este constituya «una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas»³⁴. Para Salmón y Bazay este requisito es «una especie de salvaguarda» que impide trasladar a la CPI los casos controversiales como serían las intervenciones humanitarias o por referir algunos hechos concretos históricos, la invasión norteamericana de Irak en 2003 o los bombardeos de la OTAN durante la guerra de Kosovo en 1999³⁵. Por su parte, Ambos señala cómo esta diferencia «cualitativa» del crimen de agresión respecto a otros actos estaba ausente de la Resolución 3314 al centrarse esta en el nivel macro, definiendo «el acto de agresión estatal colectivo» y no en la concreción de unos criterios cualitativos por los que un acto meramente ilícito pudiera considerarse «un crimen que diera lugar a responsabilidad penal individual»³⁶. La cláusula de umbral del artículo 8 bis (1) se expresa mediante la expresión «acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas», en la que para autores como Kress el término «manifiesto» junto con el de «características» (*character*) indica la diferencia cualitativa, mientras que «gravedad y escala» marcan la diferenciación cuantitativa, resultando no obstante los primeros más ambiguos o menos claros en este respecto³⁷. Numerosos especialistas como Paulus, Wilmhurst, Salmón y Bazay han señalado la vaguedad y ambigüedad de

del pacto de Kellogg-Briand de criminalizar la guerra de agresión nazi, la propia resolución 3314 distingue entre un acto de agresión y una «guerra de agresión», y califica solo a la última como un «crimen contra la paz internacional». AMBOS, *Op. cit.*, p. 39.

³³ SALMÓN y BAZAY. *Op. cit.*, p. 48.

³⁴ ECPI, art. 8 bis (1).

³⁵ SALMÓN Y BAZAY. *Op. cit.*, p. 48.

³⁶ AMBOS. *Op. cit.*, p. 39.

³⁷ KRESS, C. «Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus». *The European Journal of International Law*. Vol. 20. N.º 4. 2009, p. 1138.

la cláusula de umbral³⁸. Ambos, aun reconociendo dicha crítica, argumenta primero como en un principio el Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión de la Comisión Preparatoria constituido entre 1999 y 2002 había adoptado un enfoque subjetivo en la determinación del umbral, aludiendo a una especie de intención o propósito específico de agresión (*animus aggressionis*) pero que dicha propuesta no prosperó y finalmente fue descartada por el Grupo Especial sobre el crimen de agresión. Para el autor este hecho ya demostraba que pese a haberse estudiado con anterioridad otras alternativas, no resultaba nada fácil expresar la cláusula de umbral en términos más precisos³⁹. Ambos acepta, así mismo, la validez de críticas como las de Paulus, quien atendiendo a la imprecisión y ambigüedad de la fórmula adoptada en la mencionada cláusula argumenta que «cualquier buen abogado podrá hallar razones por las cuales casi todo es legal o ilegal bajo las circunstancias adecuadas», pero a pesar de ello, expone que en su opinión, independientemente de la solución que se alcance, siempre existirá una cierta incertidumbre jurídica y que no puede pensarse «en ninguna definición objetiva que enuncie la sustancia de la cláusula de umbral con mayor precisión»⁴⁰.

Por último, y a pesar de la conclusión anterior, Ambos parece defender que en la definición del artículo 8 bis (1) sobre este crimen se hubiese incluido, como umbral adicional, el ya comentado requisito subjetivo *animus aggressionis* pese a su problemática probatoria, en el entendimiento de que «la combinación de un umbral objetivo-subjetivo hace más sencillo decidir los casos más difíciles por el simple hecho de que se tiene a disposición no solo un calificativo (objetivo), sino dos»⁴¹.

Otra cuestión que ha suscitado desde el inicio numerosos debates ha sido la valoración de los elementos de la segunda parte de la cláusula: características, gravedad y escala: ¿los tres componentes deben ser concurrentes o basta con que uno o dos de esos tres elementos se encuentren

³⁸ «No obstante, a pesar de que este umbral ha sido utilizado en otras ocasiones, la frase “violación manifiesta” no ha dejado de ser vaga e incierta, pues nunca había sido utilizada en el contexto del crimen de agresión, lo que dificulta una visión clara de su significado». SALMÓN Y BAZAY. *Op. cit.*, p. 49.

³⁹ «Tengo mis serias dudas de que hubiese sido posible alcanzar mayor precisión, y esas dudas se confirman por el hecho de que los críticos no proponen nada más preciso (quizá porque, tal como se sugirió anteriormente, en primer lugar, se oponen a la empresa en sí misma». AMBOS. *Op. cit.*, p. 41.

⁴⁰ «Creo que es necesario un umbral alto, tal como surge del término “manifiesto”, entendido de manera objetiva, y de la existencia combinada de las características, gravedad y escala [...] para marcar la diferencia entre el acto y el crimen de agresión, y para evitar su trivialización». *Ibid.*, pp. 41-42.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 42-43.

presentes? La cuestión ha sido objeto de numerosos debates y durante las Conferencias de Kampala la delegación norteamericana, que sostuvo que la definición del crimen contenía «déficits considerables», trató de aclarar la problemática sobre el umbral de gravedad con los entendimientos 6 y 7. Aunque sin resolver todas las dudas, y añadiendo en parte más confusión, la principal conclusión que parece derivarse de los mismos es la idea de que «los tres elementos tienen que concurrir para que se haya producido una violación manifiesta»⁴². En esta misma línea se orienta lo argumentado por otros autores como Maculan al sostener que en la valoración del requisito de «violación manifiesta» han de tenerse en cuenta los tres criterios señalados en la disposición, matizando que mientras la «gravedad» expresa el aspecto cualitativo y la escala el criterio cuantitativo del acto de agresión, las «características» se refieren en cambio a los «objetivos detrás del uso de la fuerza» y que la aplicación de los tres criterios debe hacerse de forma conjunta⁴³.

Finalmente, como ha señalado dicha autora, es el desarrollo que podrá darse en un futuro en la práctica judicial de la CPI sobre el crimen de agresión el que mostrará la interpretación más usual y acorde con el espíritu de la norma que dicho organismo judicial otorgue a la determinación de los casos de agresión⁴⁴.

4.3. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA CONDUCTA DEL ESTADO

El acto de agresión conforme ha quedado definido y regulado en la redacción del artículo 8 bis del Estatuto de la Corte, debe ser atribuido a un Estado, esto es, aunque la responsabilidad penal recaiga de forma individual en la persona o personas que han cometido las conductas constitutivas del crimen, se asume que su actuación forma parte de un acto colectivo, el acto de agresión, realizado por o en nombre de un Estado. En este sentido se enuncia en el artículo 8 bis (2) que «por “acto de agresión” se entiende el uso de la fuerza armada por un Estado» e igualmente se reitera la participación del Estado como requisito necesario en cada uno de los hechos constitutivos de “actos de agresión” listados en los apartados a) - g) de la mencionada disposición⁴⁵.

⁴² SALMÓN Y BAZAY. *Op. cit.*, p. 51.

⁴³ MACULAN. *Op. cit.*, p. 482.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 482.

⁴⁵ REISINGER, A. y WRANGE, P. «The Specificity of the Crime of Aggression». En C. Kress y S. Barriga, (eds.). *The crime of Aggression: A commentary, Volume I*. Cambridge:

La existencia de un acto de agresión como conducta de un Estado ha sido referida como condición *sine qua non* para la inculpación individual por crimen de agresión y el requerimiento de la implicación estatal se ha convertido así en una particularidad exclusiva que distingue al ilícito estudiado del resto de crímenes internacionales bajo la competencia de la CPI. Como destacan algunos especialistas, dicho crimen es el único, bajo el derecho internacional, que requiere la comisión de conductas criminales en el ámbito internacional atribuidas a un Estado⁴⁶.

El crimen de agresión es, por consiguiente, portador de una serie de elementos constitutivos de la conducta de un Estado. Esta característica específica lo «aisla» en cierto modo del resto de crímenes bajo la competencia de la Corte: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, pues solo el primero regula el *ius ad bellum*.

De este modo, ha sido adoptada una definición “estatocéntrica” del crimen de agresión considerada por la mayoría de autores como conservadora pues ensalza principalmente el principio de prohibición del uso de la fuerza en defensa de la soberanía de los Estados, en línea con la tradición del derecho internacional consuetudinario y de la Carta de Naciones Unidas⁴⁷. Esta concepción conservadora ha sido objeto de críticas por quienes consideran que con ello se excluye de la posible condena por agresión aquellas acciones que forman parte hoy día de la realidad internacional, argumentando por ejemplo que los ataques contra Estados realizados por actores no estatales como los grupos armados terroristas, los movimientos de liberación, o los grupos insurgentes, no están contempladas en el artículo 8 bis⁴⁸.

El acto colectivo constitutivo de agresión no solo requiere ser atribuido a un Estado, sino que debe ir dirigido además contra un Estado⁴⁹, como aparece redactado en el listado de «actos de agresión» mencionado supra y contenido en el artículo 8 bis (2) del Estatuto, en sus apartados a) - g).

El propósito principal de las disposiciones estatutarias concernientes al crimen de agresión es, por tanto, proteger la base o fundamento del principio de prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, tal y como se expresa en el artículo 2 (4) de la Carta de Naciones Unidas y en el derecho internacional consuetudinario. Por tanto, el bien jurídico

Cambridge University Press 2017, p. 312.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 312.

⁴⁷ *Ibíd.*, pp. 312-313.

⁴⁸ VAL GARIJO. *Op. cit.*, p. 627.

⁴⁹ «The collective act must also target another state, by constituting the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence or another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations». REISINGER Y WRANGE. *Op. cit.*, pp. 317-318.

esencial a salvaguardar mediante la criminalización del delito lo constituye la soberanía e integridad territorial de los Estados⁵⁰ y, por extensión, el mantenimiento de la paz y seguridad internacional que se instituye en el artículo 1 (1) de la Carta de Naciones Unidas como el primero de sus propósitos fundamentales⁵¹.

Desde una perspectiva menos estatocéntrica, Kress recuerda que bajo el principio de soberanía estatal no debe entenderse tan solo la autoridad sobre el territorio sino que en una acepción amplia y más acorde con la visión moderna del Estado como protector de los derechos y bienes de sus ciudadanos, el bien jurídico protegido mediante la criminalización del acto de agresión incluiría además la comunidad representada por la población afectada y sus intereses, así como la preservación de la vida de sus miembros⁵².

Con argumentos similares algunos especialistas como Mégret señalan que tanto la soberanía del Estado como la paz y seguridad internacionales comprenden la protección de la población del Estado víctima de la agresión y, por ende, la protección de la vida y bienestar del conjunto de la población mundial⁵³.

Estas últimas interpretaciones ciertamente serían discutibles al poder suponer una errónea identificación del bien jurídico protegido con el objeto del delito. Los autores señalados encuentran no obstante su justificación en el reconocimiento de que, al menos de forma indirecta, la criminalización de los actos de agresión protege también a las colectividades de individuos o poblaciones que integran los Estados⁵⁴.

⁵⁰ KRESS, C. «The State Conduct Element». En C. Kress y S. Barriga, (eds.). *The crime of Aggression: A commentary. Volume I*. Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 412.

⁵¹ «Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz». Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, entró en vigor el 24 de octubre de 1945, art. 1 (1).

⁵² KRES., *Op. cit.*, p. 419.

⁵³ *Ibid.*, p. 420.

⁵⁴ «This indirect protection of individual goes back to the doctrinal foundation of international criminal law. As the criminal law of the international community as a whole, international criminal law protects *ultima ratio* the highest values of this community». REISINGER y WRANGE. *Op. cit.*, p. 318.

4.4. LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS ACTOS PREPARATORIOS

El crimen de agresión comporta, en virtud de lo establecido en el artículo 8 bis (1) del ECPI, además del acto de agresión atribuible al Estado, una serie de conductas subyacentes por parte del perpetrador o perpetradores del crimen que, recogiendo «básicamente por motivos históricos»⁵⁵ la tradición del crimen contra la paz juzgado en el Tribunal de Núremberg contempla la «planificación, preparación, inicio o realización» del acto de agresión. El Estatuto configura de este modo, en palabras de Maculan, un «tipo mixto alternativo», esto es, un delito que se comete al incurrir en cualquiera de las conductas señaladas⁵⁶.

Lo característico del crimen de agresión en este caso reside en la circunstancia de que la simple acción de preparar y planificar (el «acto de agresión») constituyen ya de por sí conductas delictivas que permiten incriminar al autor de acuerdo con la tipificación del ilícito en el mencionado artículo 8bis (1).

La única exigencia adicional para realizar tal imputación es que el acto colectivo de agresión realmente tenga lugar, por consiguiente, no se contempla la posibilidad de incriminar a aquel que haya planificado o preparado el acto de agresión si este finalmente no se ha producido y el hecho no ha superado el estadio de un simple plan.

En cambio, como argumenta la misma autora, el «iniciar un “acto de agresión” sí que podría castigarse» al ser de aplicación lo regulado en el artículo 25.3.f) del Estatuto de la CPI que establece que podrá ser penado quien «intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución», por ser la tentativa uno de los grados de comisión de un delito previstos en el Estatuto para poder atribuir la responsabilidad penal individual, según lo prescrito en el artículo 25.3.c).

Ambos resalta que la criminalización de estos actos claramente preparatorios con la consiguiente aplicación temprana del derecho penal resulta problemática, por un lado por el principio del daño que exige que efectivamente se inflija un daño o se cometa una violación a un interés jurídicamente protegido⁵⁷. Por otra parte, argumenta este autor, «el estado

⁵⁵ AMBOS. *Op. cit.*, pp. 50-51.

⁵⁶ MACULAN. *Op. cit.*, p. 481.

⁵⁷ «El principio de daño o “*Rechtsgutslehre*”». AMBOS. *Op. cit.*, p. 51. La argumentación de Ambos en este punto puede resultar un tanto frágil, pues otros autores como Maculan consideran que «la definición del crimen incluye al mismo nivel actos preparatorios y ejecutivos del acto de agresión, aun cuando los primeros no se castigan si no se ha realizado efectivamente el acto de agresión». MACULAN. *Op. cit.*, p. 263. Además, conviene tener

actual del derecho consuetudinario internacional [...] solo da sustento a la criminalización de la preparación de la agresión, a lo sumo, si las hostilidades efectivamente se iniciaron». Por tanto, con relación al acto colectivo de agresión, en opinión de Ambos⁵⁸, el artículo 8 bis (1) exige «algo más que un mero intento o amenaza» pues parece ser que los redactores se centraron en determinar que el «acto de agresión» debiese ser efectivo descartando cualquier acción preliminar como la mera amenaza de cometer el acto, exigencia que fue recogida por los elementos de los crímenes (artículo 8 bis, elemento 3 EC).

Por último, como ha evidenciado Maculan, un asunto también irresuelto lo constituye si a las conductas de preparación, planificación o inicio, se les puede aplicar la regulación de tentativa recogida en el artículo 25.3.f), lo que de facto equivaldría a juzgar una «tentativa de tentativa»⁵⁹. Para Ambos ello supondría la «criminalización de la tentativa de los actos preparatorios», en el caso de la «planificación» y la «preparación», o de la «tentativa tentada» en el caso de la conducta de «inicio», y por consiguiente una «sobrecriminalización» de estas conductas subyacentes al acto de agresión con la que dicho autor no se muestra de acuerdo⁶⁰. La razón de su negativa reside en que dicha criminalización resulta difícilmente justificable por implicar una posible vulneración del principio de lesividad o daño que se ha expuesto supra y por no representar además en la práctica ninguna utilidad tangible.

4.5. EL ELEMENTO INDIVIDUAL: LA AGRESIÓN COMO DELITO ESPECIAL Y LA CLÁUSULA DEL LIDERAZGO

Sin duda alguna, otra especificidad del crimen de agresión es que los posibles inculpados son los sujetos que estén «en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado»⁶¹. Diversos autores se refieren a dicha circunstancia como la cláusula «de mando» o «de liderazgo», destacando que la misma es consecuencia de la naturaleza colectiva del crimen de agresión que solo puede ser cometido por

en cuenta que en la mayor parte de los códigos penales nacionales se contempla la punición de los actos preparatorios.

⁵⁸ *Ibíd.*, pp. 51-52.

⁵⁹ MACULAN. *Op. cit.*, p. 481.

⁶⁰ «Desde una perspectiva basada en principios jurídicos y en intereses políticos-criminales uno se pregunta si la intervención anticipada que lleva a cabo el nuevo derecho penal internacional de la agresión tiene algún sentido». AMBOS. *Op. cit.*, p. 53.

⁶¹ MACULAN. *Op. cit.*, p. 482.

el(los) líder(es) del Estado agresor actuando de forma colectiva⁶². Maculan recuerda así mismo que ya «desde sus orígenes en el Estatuto del TMI el crimen de agresión siempre se ha interpretado como un delito especial propio», es decir, un delito que solamente pueden cometer aquellos «sujetos que detentan la posición y el poder en el aparato estatal», capaces por tanto de «determinar la acción del Estado»⁶³. La idea ha sido recogida en el artículo 25.3 bis del ECPI al disponer que la responsabilidad por el crimen de agresión pueda exigirse a aquellas «personas en condición de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado». El término “efectivamente” induce a pensar que la determinación de los individuos que reúnen esta característica no se basa en el cargo formalmente ocupado, sino en su capacidad efectiva de ejercer el control, lo que permitiría incriminar por tal delito no solo a aquellas autoridades que conformen la cúpula política o militar de un Estado, sino también a actores económicos, líderes religiosos, dirigentes influyentes, etc. que posean un control de facto sobre la actividad política o militar del Estado pero dejando fuera a los meros instrumentos sin capacidad de liderar la acción estatal⁶⁴.

A pesar de esta conclusión, Maculan argumenta por un lado que, frente a la jurisprudencia sentada en Núremberg a este respecto, la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial se muestra contradictoria a la hora de definir a los «líderes»⁶⁵.

Mientras que Ambos reconoce así mismo que la característica de mando deja la cuestión sin esclarecer del todo, al no determinar quién pertenece realmente al círculo de poder con capacidad para dirigir la acción política del Estado (*intranei*) y no resolver tampoco sobre la responsabilidad penal atribuible a las personas fuera de dicho círculo (*extranei*)⁶⁶. El autor evidencia de este modo que la imputación de responsabilidad penal debiese justificarse por algo más que por ejercer la mera influencia o disponer de autoridad y poder de decisión y que en este sentido, con la limitación expresada en el citado artículo 25.3 bis, que convierte a este delito en un crimen «especial»⁶⁷, se criminaliza por agresión exclusivamente a los *intranei* y se proclama la impunidad de los *extranei*. Además, el autor cuestiona este concepto de mando basado en una concepción «weberiana-prusiana»

⁶² AMBOS. *Op. cit.*, p. 46.

⁶³ MACULAN. *Op. cit.*, p. 261.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 262 y pp. 482-483.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 262.

⁶⁶ AMBOS. *Op. cit.*, pp. 46-47.

⁶⁷ «Esta delimitación del sujeto activo del delito nos indica que nos encontramos ante un delito especial, es decir, que solo puede ser cometido por unos sujetos que posean ciertas condiciones especiales» SALMÓN y BAZAY. *Op. cit.*, p. 41.

del Estado, donde se reconoce con claridad una jerarquía y una cadena de mando en contraposición a otras formas de organización política más modernas no centradas exclusivamente en el Estado, lideradas por entidades o dirigentes no estatales y frente a las cuales el crimen de agresión no podría aplicarse de acuerdo con los criterios expuestos⁶⁸. En este mismo sentido, Maculan observa que la disposición citada en el ECPI «limita el alcance de la responsabilidad por el crimen de agresión a los líderes estatales» y ha sido objeto de críticas «por no comprender a los líderes de agrupaciones no estatales, como grupos guerrilleros y terroristas», que son los protagonistas más frecuentes de los conflictos armados actuales⁶⁹.

Por lo demás, la cláusula de liderazgo se aplica a todos los modelos de intervención delictiva previstos en el Estatuto, esto es, tanto a los casos de autoría como a los de participación que aparecen contemplados en el artículo 25.3 de la Corte⁷⁰.

4.6. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL CRIMEN DE AGRESIÓN

En la definición del crimen de agresión, como sucede en todos los crímenes internacionales, hay que distinguir, además de los llamados elementos objetivos o materiales del crimen abordados en los epígrafes anteriores (que integran el denominado «tipo objetivo del crimen» o *actus reus*)⁷¹, la concurrencia de determinados elementos subjetivos que constituyen el conocido como «tipo subjetivo» o *mens rea*. Estos últimos representan «el contenido de la mente del sujeto al actuar (*mens rea*) e incluyen, entre otras intenciones o finalidades ulteriores, la conciencia y voluntad del sujeto (dolo) de realizar los elementos objetivos del crimen»⁷².

⁶⁸ AMBOS. *Op. cit.*, pp. 46-49.

⁶⁹ MACULAN. *Op. cit.*, p. 263.

⁷⁰ «En suma, los líderes de facto pueden castigarse por cualquiera de los modelos de intervención del art. 25.3, mientras que los *extranei*, es decir, todos aquellos que no ostentan el control efectivo sobre las políticas estatales, no pueden ser declarados responsables por el crimen de agresión». *Ibid.*, p. 483.

⁷¹ «Los elementos objetivos o materiales del crimen son los que configuran la parte externa del hecho (esto es, la acción, omisión, el resultado delictivo, etc.) y la relación de causalidad entre la conducta y el resultado o consecuencia. Pueden ser a su vez descriptivos (requieren de los sentidos) o normativos (necesitan para su comprensión de la realización de un juicio de valor, acudiendo a otras normas jurídicas, conceptos sociales, etc.). GIL GIL, A. «El elemento subjetivo de los crímenes (*mens rea*)». En A. Gil Gil y E. Maculan (eds.). *Derecho penal Internacional*. Madrid: Dykinson 2019, pp. 209-231, p. 209.

⁷² *Ibid.*, p. 209.

Gil constata que, como regla general, los crímenes internacionales son dolosos, lo que implica que el sujeto realiza con plena conciencia y voluntad los elementos objetivos que definen el crimen⁷³.

En el caso particular del crimen de agresión, según las disposiciones del Estatuto, el elemento subjetivo o *mens rea* del dirigente que incurre en el ilícito no aparece individualizado por lo que para el mismo resultaría de aplicación, de manera general, lo prescrito en su artículo 30 sobre el elemento de intencionalidad, como sucede con los otros graves crímenes bajo la competencia de la Corte. De este modo «las conductas de planificación, preparación, inicio o realización del acto de agresión han de cometerse con dolo, y el sujeto activo tiene que ser consciente del acto de agresión que se va a llevar a cabo, así como de que su cargo o posición le permite dirigir o controlar las políticas estatales»⁷⁴.

Kai Ambos señala, sin embargo, que contrariamente a lo previsto con los otros crímenes contemplados en el Estatuto, esta conciencia por parte del sujeto inculpatado no supone necesariamente una comprensión jurídica de los elementos legales por los que un determinado uso de la fuerza podría constituir o no un acto estatal contrario a derecho, o incluso convertirse en un crimen de agresión⁷⁵.

Dicha conciencia, en palabras del autor, presupone más bien un «conocimiento efectivo o de los hechos» que se sobrepone al «conocimiento de la ley»; la preferencia por el conocimiento de los hechos sobre el conocimiento de la ley lleva a que, en principio, para Ambos «solo un error de hecho⁷⁶ sea relevante, mientras que el error de derecho estaría precluido *in limine*, a no ser que haga desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen» (de acuerdo con lo previsto en la segunda frase del artículo 32.2 del ECPI)⁷⁷. Este podría ser el caso «si el error se refiere a los elementos normativos del tipo objetivo, esto es, *in casu*, a los términos “manifiestos” o “uso de la fuerza”»⁷⁸.

⁷³ *Ibid.*, pp. 209-210.

⁷⁴ MACULAN. *Op. cit.*, p. 483.

⁷⁵ AMBOS. *Op. cit.*, pp. 54-55.

⁷⁶ «El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen» (art. 32.1 ECPI).

⁷⁷ «El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto» (art. 32.2 ECPI).

⁷⁸ AMBOS. *Op. cit.*, pp. 54-55.

Esta argumentación, no obstante, resulta controvertida para algunos autores que señalan que sí se debería exigir conciencia de que el acto es contrario al derecho internacional pues al encontrarnos ante un elemento normativo del tipo, de desconocerse por el autor, estaríamos ante un error de derecho que excluye el dolo. Lo que sucede es que, como en todos los elementos normativos, no se exige una conciencia exacta de las normas, sino lo que se conoce como una «valoración paralela en la esfera del profano», esto es, que no resulta necesario que el sujeto conozca las normas exactas sobre el uso de la fuerza, sino que, es suficiente con que sepa que lo que está haciendo es contrario al derecho internacional⁷⁹.

En esa línea, Maculan recuerda que también en los «elementos de los crímenes» (EC) se contempla el requisito de que el sujeto activo sea consciente tanto «de las circunstancias fácticas por las cuales el uso de la fuerza armada es contrario a la Carta de Naciones Unidas (art. 8 bis elemento 4)», como de las que «definen el acto en concreto como una violación manifiesta de la Carta (art. 8 bis elemento 6)» y cómo dichos EC inciden en la regulación del error prevista en la mencionada disposición 32.2 del ECPI⁸⁰.

4.7. LA RELACIÓN DE ACTOS CONSTITUTIVOS DE AGRESIÓN DEL ARTÍCULO 8 BIS (2)

Ya se ha comentado cómo, consecuencia de la utilización del contenido de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, la naturaleza abierta o cerrada de la lista de conductas identificadas como actos de agresión que figura en la mencionada disposición del Estatuto de Roma ha sido objeto de controvertidos debates. La cuestión reviste

⁷⁹ El dolo o *mens rea* implica la conciencia y voluntad del sujeto de realizar los elementos objetivos del crimen, que pueden ser tanto descriptivos como normativos. El ECPI solo otorga en principio relevancia al error de derecho cuando este recae sobre los elementos normativos de un crimen (de entre los previstos en el ECPI). No obstante, es comúnmente reconocido que el ECPI excluye la relevancia penal de aquel error de derecho o error de prohibición (según la doctrina jurídica continental moderna), que se refiere a la antijuridicidad de las conductas. OLLÉ SESÉ, M. «Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes». En A. Gil Gil y E. Maculan, (eds.). *Derecho penal Internacional*. Madrid: Dykinson 2019, pp. 306-307.

⁸⁰ «Estas normas repercuten en la regulación del error (art. 32.2 ECPI), pues indican que un error sobre la ilegalidad manifiesta del uso de la fuerza no constituye una base válida para excluir la responsabilidad penal [...] Así mismo, los EC afirman que no se requiere probar que el sujeto haya analizado desde una perspectiva normativa estos dos elementos, ello es, la contrariedad al uso de la fuerza respecto de la Carta de Naciones Unidas y su carácter de violación manifiesta». MACULAN, *Op. cit.*, pp. 483-484.

especial relevancia por cuanto incide tanto en la adecuada tipificación del ilícito como en la posibilidad de una evolución futura en su definición.

En opinión de Maculan dicha relación debiera considerarse exhaustiva, entre otras razones, porque considerar «esa enumeración como abierta pondría en entredicho el principio de legalidad en sus vertientes de taxatividad y determinación, que la norma estatutaria debería respetar al tratarse de norma penal y no internacional»⁸¹.

En este parecer coincide con Ambos quien sostiene que la lista de actos contenida en el artículo 8 bis (2) no puede ser abierta ni «semiabierta», sino que debe ser considerada exhaustiva, pues una interpretación semiabierta en el sentido de aceptar otros actos no enumerados en la lista pero que encuadran en la definición genérica de los actos existentes, solo podrá ser compatible con el principio de legalidad si el artículo 8 bis (2) estableciera esa «extensión» al referirse a otros actos similares, tal como hace el artículo 7(1)(k) del mencionado Estatuto al entender sobre los «crímenes de lesa humanidad»⁸².

Para otros autores como Rodríguez-Villasante la «reproducción» del antiguo listado contenido en la Resolución de 1974 se identifica con una «restrictiva interpretación del acto de agresión», que se explica por la adopción en Kampala de un principio de legalidad propio del sistema jurídico romano-germánico que bajo el aforismo de *Nullum crimen sine lege* que corona al artículo 22 del ECPI, establece en su apartado 2 que la definición de todo crimen de la competencia de la Corte «será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía»⁸³.

Sin embargo, el argumento sobre la taxatividad que obliga a una interpretación cerrada de la lista resulta discutible pues no debemos olvidar que la misma disposición 8 bis (2) del ECPI contiene en su primera parte una descripción de la conducta típica del acto de agresión al que define, en general, como cualquier forma de uso de la fuerza por parte de un Estado

⁸¹ *Ibíd.*, p. 480.

⁸² AMBOS. *Op. cit.*, p. 44.

⁸³ «Resulta curioso que frente a la clásica y amplia interpretación del principio de legalidad propia del sistema anglosajón (*Common Law*), que predominó en los albores (Tribunales de Núremberg, Tokio y la ex Yugoslavia) de la represión de los crímenes internacionales [...] en la Conferencia Diplomática de Roma (a iniciativa de los Estados Unidos de América) se consagró en el Estatuto el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad (propio del sistema romano-germánico o *Civil Law*), que ahora aflora en Kampala con la reproducción del antiguo listado elaborado en 1974». RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L. «Nota sobre la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala (Uganda) 2010». *Revista Española de Derecho Militar* 85-86. 2010, pp. 463-472, p. 466.

contraria a la Carta de Naciones Unidas⁸⁴. Esta misma definición de acto de agresión se replica así mismo en los elementos de los crímenes (art. 8 bis, elemento 3).

En este sentido, la enumeración de conductas consideradas actos de agresión correspondería más bien a ejemplos de formas de cometer el ilícito analizado y bajo una interpretación menos restrictiva de la norma, permitiría incluir nuevos modos de empleo de la fuerza que no se hallen autorizados según la Carta de Naciones Unidas.

5. EL CRIMEN DE AGRESIÓN Y EL EMPLEO DE LA FUERZA EN LOS NUEVOS CONFLICTOS

Tras el fin de la guerra fría numerosos autores sostienen que asistimos a la aparición de un cambio sustancial en la naturaleza de los conflictos armados. Podría cuestionarse si el «crimen de agresión» denunciado durante los juicios de Núremberg y Tokio, y codificado tras mucho trabajo y esfuerzo en el artículo 8 bis del Estatuto de Roma, tiene cabida en los casos más frecuentes de empleo de la fuerza armada producidos en el siglo XXI.

En el panorama estratégico internacional se ha producido una reordenación en el equilibrio de poder entre las distintas potencias, basculando desde el orden bipolar existente durante el período de confrontación entre los bloques soviético y estadounidense hacia un mundo unipolar con Estados Unidos como una única superpotencia. Frente a dicho poder, asistimos al progresivo ascenso de nuevas potencias emergentes encabezadas por Rusia y China, que aprovechan el declive general de hegemonía norteamericana de los últimos años (pese a que el país conserva aún intacta su indudable superioridad militar) en una especie de resurgir del bloque asiático frente a la hasta ahora tradicional dominancia político-económica de Occidente.

Junto con esta evolución geopolítica otros fenómenos como la globalización, el desarrollo acelerado de las nuevas tecnologías, principalmente las relacionadas con la información y la comunicación y su rápida implantación en nuestras sociedades, y en general las innovaciones tecnológicas, han contribuido igualmente a introducir cambios notables en el mapa de los conflictos armados del siglo XXI. Han surgido así nuevas características

⁸⁴ «A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas» (art. 8 bis (2) del ECPI).

en la conflictividad armada de la posguerra fría, destacando un auge de los conflictos internos o civiles frente a los clásicos conflictos interestatales. En los conflictos armados modernos la violencia se manifiesta con diversos rostros, hablándose de la intervención de nuevos actores, estatales y no estatales, constituyendo la población civil en muchas ocasiones tanto un participante activo como una víctima de la confrontación armada.

Estos conflictos internos han proliferado frecuentemente en el seno de Estados en crisis o fallidos, y han tenido una amplia repercusión internacional debido a razones geopolíticas, o por existir en juego el control sobre recursos económicos valiosos o por la repercusión internacional de las atrocidades sufridas por la población. En estos casos ha sido frecuente la intervención militar de países occidentales, participación que ha evolucionado en los últimos años desde el intervencionismo por razones humanitarias en operaciones de construcción del Estado, bajo un enfoque integral, a operaciones militares más puntuales y limitadas en el tiempo, con mayor predominio de acciones de contrainsurgencia e información llevadas a cabo por fuerzas especiales.

En este contexto, Mary Kaldor y otros autores acuñaron a final de la década de los noventa el concepto de «nuevas guerras»⁸⁵ para explicar la influencia de los fenómenos citados y las motivaciones de los nuevos actores de la violencia (milicias, grupos insurgentes, señores de la guerra, etc.) en los conflictos armados actuales en los que parece haber desaparecido la clara distinción que existía en las guerras clásicas entre personal combatiente y el no combatiente⁸⁶. Algunos especialistas han caracterizado la tendencia actual en la evolución de la conflictividad con la expresión «guerras híbridas» o ambiguas, cuyas manifestaciones incluirían, junto a las intervenciones militares convencionales, conflictos sociales internos, guerras civiles internacionalizadas, pugnas geopolíticas y terrorismo global⁸⁷; también viene siendo frecuente caracterizar la aparición de esas nuevas formas de amenaza y la creciente complejidad de los retos de seguridad y

⁸⁵ KALDOR, M. «Old Wars, Cold Wars, New Wars and the War of Terror». *Lecture given by Professor Mary Kaldor to the Cold War Studies Centre, London School of Economics*. February 2005, p. 3.

⁸⁶ Siendo ahora secundaria la ocupación del territorio, la violencia premeditada contra civiles se convierte en una de las características de los «nuevos conflictos», en los que ya no existen batallas propiamente dichas, sino que se busca principalmente el control de la población. QUIÑONES DE LA IGLESIA, F. J. «Examen de las causas profundas de los conflictos de la posguerra fría: Malí, marco jurídico y enfoque de la UE». *Documento de opinión IEEE*, n.º 88. 2017, p. 18.

⁸⁷ LABORIE IGLESIAS, M. «La guerra ambigua del futuro». *Revista Ejército* n.º 883. 2014, pp. 17-20.

defensa a las que nuestras sociedades han de hacer frente actualmente con el término de «amenazas híbridas», entendido como una combinación de métodos militares tradicionales con otros tales como ciberataques, elementos de presión económica y financiera, subversión y manipulación informativa en ámbitos diversos⁸⁸.

5.1. EL CRIMEN DE AGRESIÓN FRENTE A LAS NUEVAS FORMAS DE VIOLENCIA

Como se ha señalado en anteriores epígrafes, actualmente la definición del acto de agresión queda exclusivamente centrada en el Estado de acuerdo con una interpretación *stricto sensu* de las correspondientes disposiciones en el ámbito de Naciones Unidas (Resolución 3314) y del Estatuto de Roma.

En opinión de diversos especialistas dicha conceptualización no resulta capaz de captar las nuevas manifestaciones de la violencia a las que se ha hecho referencia al hablar de los conflictos armados modernos. Así, por ejemplo, son frecuentes hoy día formas modernas de agresión ejercidas por actores no estatales en conflictos asimétricos.

La observación de que la presente formulación del crimen de agresión en virtud del mencionado artículo 8 bis del ECPI no resulta adaptada a la realidad actual de los conflictos armados e incluso, en un plano más general, al uso de la fuerza entre diversos actores en el orden internacional, ha sido resaltada desde distintas posiciones académicas y por diversos especialistas.

Rodríguez-Villasante enumera así en uno de sus artículos una relación de posibles «nuevas formas de agresión» que quedarían excluidas de la definición del ilícito prevista en el Estatuto de Roma⁸⁹:

«De seguirse esta restrictiva interpretación del “acto de agresión”, identificado con el contenido de la mencionada Resolución 3314, se produciría la impunidad de conductas integrantes de modernas formas de agresión, como la guerra cibernética (ataques contra las redes informáticas de la parte adversa), el bloqueo de las comunicaciones de un

⁸⁸ SUBERVIOLA GILABERT, J. R. «Aspectos jurídicos de las respuestas ante las amenazas híbridas». *Revista Española de Derecho Militar* 109-110. enero-diciembre 2018, pp. 103-146, pp. 104 y 106.

⁸⁹ RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L. «Nota sobre la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala (Uganda) 2010». *Revista Española de Derecho Militar* n.ºs 85-86. 2010, pp. 463-472, p. 466.

Estado (desde redes de control y mando militar a emisiones de radio y televisión), las demostraciones navales o el despliegue aeronaval en el mar territorial de otro Estado, la denegación de los vuelos militares (establecimiento de una zona de exclusión aérea o *deny fly*) en el territorio de otro Estado, el empleo de aviones de combate no tripulados (los *drones*) con fines de información (o “inteligencia”) violando las fronteras de otro Estado o la utilización de aeronaves de guerra electrónica operando desde el espacio aéreo internacional.

Las nuevas «formas de agresión» planteadas por el autor abren primeramente la cuestión de si encajarían en la definición del término «agresión» (Resolución 3314 de la Asamblea General, art. 1), del «acto de agresión» (en el contexto señalado en el art. 39 de la Carta de Naciones Unidas) o al menos en el del concepto de «ataque armado» (art. 51 de la Carta). En este sentido, Kress ha observado que el concepto de «ataque armado», atendiendo al menos a su *ratione materiae*, no ha sido definido por la Corte Internacional de Justicia⁹⁰. Tampoco la Carta contiene entre sus disposiciones una definición específica sobre el término más amplio de «empleo de la fuerza» en las relaciones internacionales, aunque como este mismo autor señala, la jurisprudencia del mencionado órgano judicial de la ONU sí ha establecido un umbral de gravedad al distinguir entre las «más graves formas del uso de la fuerza» las cuales conformarían el concepto de «ataque armado»⁹¹.

En mi opinión, las actividades señaladas por Rodríguez-Villasante como ejemplos de nuevas formas de agresión o de ataque entre Estados, sí podrían considerarse, al menos por su naturaleza coercitiva en mayor o menor grado, como casos de empleo de la fuerza. Quedaría por interpretar si, como establece la Resolución 3314, traspasan además el umbral de gravedad que permita categorizarlas entre las «formas más graves y peligrosas de uso ilegítimo de la fuerza», y por ende, como constitutivas de actos de agresión. En este punto, dado que ninguna de ellas encajaría con facilidad en la relación de conductas de los apartados a) - g) del art. 3 de dicha Resolución, la cuestión quedaría pendiente de la determinación de lo que en cada caso dispusiese el Consejo de Seguridad, a tenor de lo prescrito en el art. 4.

⁹⁰ KRESS, C. The International Court of Justice and the ‘principle of non-use of force’. En M. Weller, (ed.). *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford: Scholarly Research Reviews 2015, pp. 581.

⁹¹ *Ibid.*, p. 581.

Pero además, la posibilidad de incriminación del autor o autores responsables de emprender contra un Estado algunas de estas acciones debería dilucidarse posteriormente examinando si es posible su tipificación como delito internacional de agresión de acuerdo con las disposiciones previstas en el art. 8 bis del ECPI.

Se vuelve así a la controversia que suscita la definición actual del crimen internacional por excelencia en su confrontación con las nuevas formas de ejercer la violencia en los conflictos actuales. Al hilo de dicha problemática juristas como Koran han realizado una evaluación crítica de la definición del crimen de agresión acordada en Kampala insistiendo en aspectos muy similares a los señalados por el profesor Rodríguez-Villasante⁹².

A partir de estas consideraciones se han formulado propuestas razonadas de proceder a una redefinición del ilícito en el seno de las disposiciones del Estatuto de Roma, que recoja la realidad del uso de la violencia en la escena internacional, tanto por parte de Estados como de entes no estatales, permitiendo así dotar a la comunidad internacional de un instrumento más eficaz en la prevención de los conflictos y en la preservación de la paz y seguridad.

Han sido abordados de este modo diferentes aspectos en el empleo de la fuerza y su repercusión en el crimen de agresión.

5.2. LA PROHIBICIÓN EN EL EMPLEO DE LA FUERZA Y SU RELACIÓN CON EL CRIMEN DE AGRESIÓN

El principio de prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales ha alcanzado hoy en día un estatus consolidado. A pesar de ello, autores como Kress hablan de una zona gris en el derecho internacional donde todavía, bajo una cierta ambigüedad legal, se recurre al empleo de la fuerza como medio de resolver los conflictos o diferencias que surgen en el orden internacional. El autor se refiere así a casos como el uso preventivo de la fuerza frente a un ataque inminente, el empleo de la fuerza en el territorio de otro Estado para repeler ataques armados por parte de

⁹² «... the definition adopted by consensus among the state parties at Kampala failed to address possible aggression by or against non state actors or any other non traditional form of aggression such as cyber crime or crimes committed by organized groups». KORAN, S. «The International Criminal Court and Crimes of Aggression: Beyond the Kampala Convention». *Houston Journal of International Law*. Vol. 34:2, 2012, pp. 231-288, pp. 233-234.

actores no estatales, en las misiones de rescate en ambiente hostil o en las intervenciones de tipo humanitario⁹³.

Esta norma esencial de prohibición de la fuerza que quedó establecida firmemente en las relaciones internacionales a partir de 1945 se ve sin embargo constreñida cuando los Estados han de recurrir a la fuerza como único medio de responder a diversas amenazas dirigidas contra su territorio o intereses soberanos⁹⁴.

En los apartados siguientes se abordan algunas de estas cuestiones en relación con el empleo de la fuerza, las nuevas formas de conflicto armado y su posible impacto en la concepción actual del crimen de agresión.

5.2.1. La legítima defensa y el crimen de agresión

El derecho al uso de la fuerza como legítima defensa está específicamente reconocido en la Carta de Naciones Unidas⁹⁵. Plasmado en el artículo 51 de la misma, este concepto jurídico aparece como excepción a la prohibición sobre el empleo de la fuerza en la comunidad internacional establecido en el artículo 2 (4) del Tratado.

En la práctica, la legítima defensa ha sido invocada repetidas veces por algunos Estados para intentar justificar jurídicamente sus intervenciones armadas en los casos en los que estos, por diversas razones, se veían impelidos a recurrir al empleo de las armas sin haber obtenido la preceptiva autorización del Consejo de Seguridad. Así mismo, bajo el paraguas de este mismo concepto se han suscitado cuestiones controvertidas como la defensa preventiva, su recurso como mecanismo de protección de nacionales o frente al terrorismo internacional.

⁹³ «The existence of this grey area, which the ICJ has, to date, not had the occasion to eliminate, forms an important part of the background against which the states parties to the Statute of the International Criminal Court have qualified the act of aggression for the purposes of the definition of the crime of aggression..... It remains to be seen how the ICJ in the future deals with a case of anticipatory self-defence, a cross-border use of force in defence of a non-state armed attack, a forcible rescue mission abroad, and a use of force to avert an impending humanitarian catastrophe». KRESS, 2015, pp. 509-600.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 602-603.

⁹⁵ «Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales...». Carta NN. UU., art. 51.

En relación con la agresión, algunos autores han planteado qué sucede cuando una acción de legítima defensa por parte de un Estado para repeler un atacante traspasa el umbral establecido en el crimen de agresión⁹⁶.

La práctica legal y correcta del derecho a la legítima defensa por parte de un Estado se encuentra sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos establecidos tanto en el artículo 51 de la Carta como en las normas del derecho consuetudinario⁹⁷.

De este modo, en virtud de dicha disposición se han señalado expresamente cuatro requisitos para el ejercicio del derecho de legítima defensa: «Debe existir un ataque armado previo, la legítima defensa ha de ser provisional y subsidiaria a la acción del Consejo de Seguridad y el Estado que la ejerza tiene la obligación de informar al Consejo de las medidas tomadas». Pero, además, el derecho internacional consuetudinario ha establecido como condiciones para dicha práctica que las acciones emprendidas respondan a los principios de proporcionalidad y necesidad, como ha recordado en repetidas ocasiones la Corte Internacional de Justicia⁹⁸.

Siendo la agresión «la forma más grave y peligrosa de uso ilegítimo de la fuerza»⁹⁹ como queda expresado en la misma Resolución 3314, el recurso a la misma en defensa propia frente a cualquier acto de agresión se encuentra amparado por la Carta. Sin embargo, cumplida la condición de necesidad, el principio de proporcionalidad obliga al Estado atacado que responde frente a una agresión a obedecer o respetar unos límites, pues de no hacerlo, el posible exceso de fuerza empleada podría incurrir en un incumplimiento del artículo 2 (4). Dicha transgresión podría derivar finalmente en un acto de agresión (recíproca) de emprenderse bajo alguna de las acciones enumeradas en el artículo 3 de la mencionada Resolución.

En 1981 Israel, invocando un muy cuestionable derecho de legítima defensa preventiva, sobrevoló y atacó territorio iraquí para destruir el reactor nuclear de Osiraq. El Consejo de Seguridad adoptó una resolución por la que condenaba el ataque perpetrado por Israel al haber puesto en peligro la paz y seguridad internacional, mientras que la Asamblea General

⁹⁶ Esta situación ocurrió por ejemplo en 1981 cuando Israel atacó un reactor nuclear iraquí y el Consejo de Seguridad adoptó una resolución por la que condenaba la acción de Israel, al haber puesto en peligro la paz y seguridad internacional. KORAN. *Op. cit.*, p. 278.

⁹⁷ REGUEIRO DUBRA, R. *La legítima defensa en derecho internacional*. Madrid: IUGM 2012, p. 131.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 93 y p. 104.

⁹⁹ Resol. 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974. Anexo «Definición de la agresión», párrafo 5.

también adoptó una resolución firme advirtiendo solemnemente contra la repetición de este tipo de acciones¹⁰⁰.

Como ha señalado Koran refiriéndose a esta acción: «The above statement and conclusion of the Security Council makes it abundantly clear that if the use of force crosses the threshold of an act of aggression, the aggressor is accountable for the same»¹⁰¹.

Finalmente, el mismo autor ha observado que el derecho de legítima defensa frente a cualquier tipo de ataque armado dirigido contra un miembro de Naciones Unidas está contemplado de tal forma en el artículo 51 de la Carta que permite su aplicación con independencia de la entidad (estatal o no estatal) del actor atacante¹⁰².

5.2.2. Participación de actores no estatales en actos de agresión

El carácter consuetudinario del crimen de agresión está hoy fuera de toda duda¹⁰³. En uno de sus artículos Antonio Remiro realiza una reflexión sobre la evolución seguida por el crimen de agresión desde que al término de la Segunda Guerra Mundial se juzgase a los autores de «planificar, preparar, iniciar o emprender una guerra de agresión» en los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio. Según su razonamiento, por lo que respecta a la guerra de agresión, cabe sostener que «la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza proclamada por la Carta de las Naciones Unidas» ha extendido dicho crimen a «otras formas de agresión incorporadas en normas de derecho internacional consuetudinario»¹⁰⁴.

En la conclusión expuesta por dicho autor ha influido la propia naturaleza dual del crimen de agresión, característica que como se ha comentado supra, lleva implícito que el bien jurídico protegido en este caso no recae solamente en la soberanía, integridad territorial e independencia del Estado agredido, sino también en la protección de la vida de los ciudadanos que lo componen pues los dos bienes constituyen «intereses esenciales para la comunidad internacional»¹⁰⁵. Dicha circunstancia, como argumenta Ambos, resulta en que «la esencia del crimen [...] no está determinada tanto

¹⁰⁰ REGUEIRO DUBRA. *Op. cit.*, p. 166.

¹⁰¹ KORAN. *Op. cit.*, p. 278.

¹⁰² «There is absolutely nothing in the language of article 51 that holds that the right of self defense is restricted to armed attacks by a state». *Ibid.*, p. 277.

¹⁰³ AMBOS. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁴ REMIRO BRÓTONS, A. «Crimen de agresión, crimen sin castigo». *Agenda Internacional*. Año XII. N.º 23. 2006, pp. 11-37, p. 35.

¹⁰⁵ VAL GARIJO. *Op. cit.*, p. 5.

por el actor sino por el daño del acto» y en este sentido, atendiendo a los intereses y valores a proteger frente a un crimen de agresión «moderno» la definición del crimen debería poder interpretarse con la suficiente amplitud que permitiese abarcar completamente su referida esencia¹⁰⁶.

En virtud de este razonamiento, Ambos sostiene que a la hora de determinar la responsabilidad penal individual del ilícito estudiado un enfoque del derecho penal internacional orientado al ser humano debería contemplar, cuando correspondiese, la inclusión de los actores no estatales en la comisión del crimen de agresión¹⁰⁷.

Por otro lado, otros autores como Larry May analizan las posibles similitudes entre Estados y grupos terroristas (entre otros actores no estatales) en cuanto a la interpretación de sus actividades en el orden internacional, abordando cuestiones polémicas como la legitimidad de los segundos para librar guerras de acuerdo con las normas del *ius ad bellum*¹⁰⁸.

May propone igualmente tratar a los actores no estatales como si fuesen Estados si se comportan como tales, mostrándose favorable a poder enjuiciar por el crimen de agresión a grupos insurgentes, terroristas, etc., que lleven a cabo acciones de fuerza armada contra un Estado siendo capaces de sostener guerras, incluso una guerra de agresión¹⁰⁹.

De este modo, por ejemplo, los ataques sufridos por Malí en 2012 a cargo de diversas facciones de grupos yihadistas hubieran podido ser incluidos en la categoría de actos constitutivos de formas «modernas» de agresión.

También el profesor Jordan Paust¹¹⁰, citado por Koran, ha analizado el rol de los actores no estatales en la esfera internacional y se ha mostrado muy crítico con una teoría estatocéntrica de las relaciones internacionales a la que tacha de alejada de la realidad.

A pesar de ello, como reconoce el propio Ambos, de la redacción actual de la norma sobre el crimen de agresión según el artículo 8 bis del ECPI

¹⁰⁶ AMBOS. *Op. cit.*, p. 45.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 45.

¹⁰⁸ «The central question of these early sections of the chapter is whether terrorists can wage aggressive war and whether terrorists can rightfully be prosecuted for such international crimes. This issue arises because today it has become common to say that terrorists can only be confronted as common enemies of humanity, and if they wage war it is always illegitimate war». MAY, L. *Aggression and Crimes against Peace (Philosophical and Legal Aspects of War)*. Cambridge: Cambridge University Press (vers. Kindle), 2008, pp. 297-318, p. 306.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 298 y pp. 306-307.

¹¹⁰ PAUST, J. «Non state Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion». *Virginia International Journal of Law*. Vol. 51. N.º 4; citado por KORAN. *Op. cit.*, p. 275.

resultaría muy difícil, si no imposible, dictaminar actos de agresión para los casos analizados. Además, prosigue este mismo autor, dicho articulado en su primera parte ya se refiere a la intervención del Estado en el uso de la fuerza armada como elemento necesario en el acto de agresión¹¹¹.

No obstante, enlazando de nuevo con el razonamiento expuesto al inicio del epígrafe algunos juristas han llegado a la conclusión de que si bien la definición actual del crimen de agresión, de acuerdo con el Estatuto de Roma, no contempla los actos cometidos por actores no estatales, ello no debiese ser óbice para que dichos actores puedan ser juzgados por infringir una norma del derecho internacional consuetudinario. En este sentido, se ha argumentado que la agresión constituye también un crimen desde dicho derecho, y que como tal, puede ser perseguido de acuerdo con los ordenamientos jurídicos tanto nacionales como de la comunidad internacional¹¹².

Los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 supusieron un duro golpe no solo para Estados Unidos sino para la paz y la seguridad internacional en su conjunto. A partir de entonces, este tipo de terrorismo «global» se ha convertido en la principal amenaza para la comunidad internacional. La posterior resolución emanada del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas reconocía el derecho inherente a la legítima defensa y llamaba a los Estados a cooperar para detener y llevar a los perpetradores a la justicia¹¹³.

Tales ataques, pese a no reunir los requisitos fijados en la definición del crimen de agresión según las disposiciones del Estatuto de la CPI, en especial los elementos constitutivos de la conducta de Estado, sí que pueden considerarse no obstante actos de agresión y sus autores ser declarados responsables, ante el ordenamiento jurídico internacional, de un crimen contra el derecho internacional consuetudinario, como ha expresado el mencionado jurista indio¹¹⁴.

5.2.3. La intervención humanitaria

En relación con la definición del crimen de agresión resulta obligado considerar el papel jugado por las llamadas, en palabras de algunos ana-

¹¹¹ AMBOS. *Op. cit.*, p. 46.

¹¹² KORAN. *Op. cit.*, p. 277.

¹¹³ *Ibid.*, p. 279.

¹¹⁴ «The exclusion of ICC jurisdiction for such heinous crime is unrealistic. Again, in the matter of a crime of aggression committed by an organized group, if the organizers are nationals of state parties, they are liable under the international law». *Ibid.*, pp. 279-280.

listas, guerras «humanitarias». El recurso a la fuerza para prevenir o poner fin a las violaciones de derechos humanos cometidos en un determinado país constituye una cuestión controvertida que ha sido objeto de frecuentes debates.

Por un lado, hay autores que consideran este tipo de intervenciones armadas conformes o dentro del marco normativo del *ius ad bellum*.

Pero, por otra parte, otros analistas consideran que las intervenciones humanitarias constituyen, *prima facie*, una violación clara del artículo 2 (4) de la Carta de Naciones Unidas que estipula para los miembros de dicha Organización el abstenerse, en sus relaciones internacionales «de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas».

En este contexto ha sido repetidamente referido el caso de Nicaragua de 1986, en el que la Corte Internacional de Justicia de Naciones Unidas dictaminó contra las acciones de minado de puertos de este país llevadas a cabo por la Administración norteamericana, por medio de la CIA y con apoyo de «la Contra» nicaragüense, en su lucha contra el gobierno sandinista de los años ochenta¹¹⁵.

Sin embargo, otras acciones controvertidas como los bombardeos aéreos realizados por algunos países de la OTAN sobre Kosovo en 1999 para impedir a las fuerzas de Milosevic continuar la limpieza étnica contra la población kosovar en la provincia de Serbia, pese a no contar con el respaldo de una autorización expresa del Consejo de Seguridad de la ONU, no recibieron este mismo dictamen, sino que más bien, fueron consideradas justificadas desde el punto de vista humanitario.

Desde la noción de intervención o injerencia humanitaria, concepto jurídico indeterminado con aspectos éticos y jurídicos no claramente diferenciados entre sí¹¹⁶, algunos autores han tratado de establecer las condiciones o requisitos para que el uso de la fuerza en el marco de una intervención humanitaria sea considerado legítimo y no se convierta en acto de agresión. Así Fernando Pignatelli ha expresado que:

«La situación sea la de grandes violaciones de los derechos humanos que comporten la muerte de cientos de víctimas inocentes y cons-

¹¹⁵ «In the Nicaragua case, for instance, the Court held that “use of force is not the appropriate mechanism to prevent human right violations in another state”». KORAN, *Op. cit.*, p. 280.

¹¹⁶ PIGNATELLI y MECA, F. «La intervención armada por razón de humanidad». *Cuadernos de Estrategia*. N.º. 116. 2002, pp. 93-142.

tituyan crímenes contra la humanidad; que exista prueba de que las autoridades son incapaces de poner fin a aquellas violaciones o no han cooperado con las Naciones Unidas u otras organizaciones internacionales a tal efecto; que el Consejo de Seguridad no sea capaz de adoptar medidas para detener las masacres; que se hayan agotado todas las vías pacíficas; que un grupo de Estados, y no un Estado hegemónico, decida intentar detener las atrocidades, con el apoyo, o la falta de oposición, de la mayor parte de los Estados miembros de las Naciones Unidas; y que el uso de la fuerza armada se limite a detener las atrocidades y a restaurar el respeto a los derechos humanos y sea proporcionado a las necesidades derivadas de este objetivo»¹¹⁷.

Otros autores han señalado que se deben dar asimismo unas condiciones previas a la acción, entre las que además del estado de necesidad de actuar, urgencia por una situación de violación grave de los derechos humanos fundamentales y una autorización previa del Consejo de Seguridad, se contempla el fracaso de otros medios de protección de los derechos fundamentales de modo que la acción armada constituya realmente el último recurso. A continuación, también se consideran una serie de criterios para el ejercicio de este tipo de acciones, citando entre otros que la intervención debe ser imparcial, que la motivación principal de las mismas debe obedecer a razones humanitarias, y que el Consejo de Seguridad debe ser informado sobre su ejecución por el Estado o los Estados que desarrollan la intervención¹¹⁸.

A pesar de todas estas prevenciones, lo cierto es que dada la alta probabilidad de que se produzcan bajas entre la población civil como consecuencia de una intervención humanitaria, este tipo de acciones armadas continúan siendo problemáticas desde el punto de vista moral y legal.

Se produce así una clara división de opiniones y de interpretaciones en la justificación de las intervenciones armadas con fines humanitarios, lo que explica el hecho de que lo que para algunos constituye, según la definición actual del ilícito, actos de agresión llevados a cabo por un Estado sobre el territorio de un segundo Estado¹¹⁹, para otros se trate no solo

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 116.

¹¹⁸ REGUEIRO DUBRA. *Op. cit.*, p. 78.

¹¹⁹ De este modo, May se refiere a la postura de Ian Brownlie en 1963 sobre la doctrina de la intervención humanitaria en los siguientes términos: «Brownlie points to the fact that even when discussions “in the Sixth Committee of the General Assembly” in the 1960s considered “whether action taken by a state to prevent genocide against a racially related minority in a neighboring state” would be aggression, many of the delegates said that it would». MAY, *Op. cit.*, pp. 275-276.

de acciones justificadas desde el punto de vista legal, sino que además se encuentran en sintonía con la principal razón de ser de Naciones Unidas como organismo garante del mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales¹²⁰.

Este debate se ha complicado aun más con la aparición del principio de «responsabilidad de proteger» (R2P), norma surgida en la Cumbre del Milenio de Naciones Unidas celebrada en marzo de 2005 y que para muchos autores constituye una superación del concepto tradicional de intervención humanitaria. En línea con este último, la responsabilidad de proteger defiende el principio de que para proteger a la población es posible, entre otras medidas, una intervención militar multilateral con uso de la fuerza, incluso sin el consentimiento del Estado infractor. El matiz que diferencia ambos conceptos se basa, esencialmente, en que la responsabilidad de proteger exige una autorización mucho más explícita o expresa del Consejo de Seguridad y en que se fundamenta en un compromiso político-ético por parte de los Estados de no permanecer pasivos ante la comisión de crímenes concretos contra el derecho internacional humanitario¹²¹.

En la actualidad una mayoría de autores coinciden, no obstante, en admitir que resulta muy difícil considerar estas intervenciones, ya sea en el marco de uno u otro concepto, como actos de agresión ante la imposibilidad de probar tanto el *mens rea* de los líderes estatales que intervienen como los mismos elementos constitutivos de la conducta del Estado presuntamente agresor¹²², o incluso argumentar de forma consistente que tales intervenciones por su carácter, gravedad y escala constituyen una violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas¹²³.

Lo relevante en el marco del presente trabajo es que, como resaltan algunos autores, también en este contexto la definición del crimen de agre-

¹²⁰ KORAN. *Op. cit.*, p. 282.

¹²¹ La Comisión Internacional sobre la Intervención y Soberanía de los Estados (2001), liderada por Canadá y promotora del principio R2P, consideraba entonces importante impulsar el término «responsabilidad» sobre el de «intervención humanitaria», argumentando que se trataba «de pasar de un hipotético derecho a intervenir dónde y cuándo ciertos Estados quieran, a la responsabilidad de proteger a las poblaciones en peligro o amenazadas o a aquellas que ven en peligro su seguridad humana, con criterios claros y preestablecidos». REY MARCOS, F. «La gestión de crisis humanitarias». En Vega, E., (ed.). *Realidades y perspectivas de la gestión internacional de crisis*. Madrid: IUGM, 2007, pp. 325-326.

¹²² De nuevo, en palabras de May: «The State aggression element is of course also very hard to prove in cases of humanitarian intervention. And because humanitarian intervention does not look like normal cases of State aggression, it will be harder for the prosecution to prove the State aggression element in such cases, just as it is also harder than normal to prove *mens rea* and *actus reus*». MAY, *Op. cit.*, p. 295).

¹²³ KORAN. *Op. cit.*, p. 282.

sión consensuada en Kampala no consiguió evitar la problemática expuesta al no prever este tipo de intervenciones como excepción de una acción militar externa de un Estado sobre otro que no constituye, *per se*, un crimen de agresión¹²⁴.

5.2.4. Nuevas formas de enfrentamiento armado: ciberguerras

Para algunos especialistas los ataques en o por medio del ciberespacio jugarán un papel fundamental en el futuro orden internacional. Eventos como los ataques cibernéticos sufridos por el gobierno de Georgia en 2008 en el marco del breve conflicto armado sostenido entre este país y la Federación Rusa por el contencioso sobre Osetia del Sur, o el ataque mediante el virus *stuxnet* que en 2010 contaminó equipos industriales de todo el mundo pero que se cree tenía como blanco las instalaciones industriales de Irán (en especial una planta nuclear en el sur del país), han puesto de manifiesto que las amenazas en el ciberespacio ya son de hecho una realidad y constituyen actualmente motivo de preocupación de la mayor parte de los gobiernos y organismos regionales e internacionales.

Las nuevas estrategias de seguridad y defensa de la mayoría de los países desarrollados contemplan los ciberataques como una de las principales amenazas para el normal funcionamiento de sus instituciones, centros y agencias estatales, incluidos sus sistemas de defensa y sus fuerzas armadas. Algunos hablan ya de una «guerra cibernética» llamada a convertirse en una nueva forma de empleo de la fuerza por parte de Estados agresores o de actores no estatales, ya sea actuando en pequeños grupos o de forma individual. De hecho, en los casos detectados de posibles ataques contra infraestructuras y servicios de un país, las investigaciones se han dirigido prominentemente hacia las acciones de *hackers* y entidades no estatales¹²⁵.

La limitada definición del crimen de agresión desde un enfoque reducido que se centra en la concepción tradicional de lo que constituía en el pasado una clásica guerra de agresión, excluye una realidad en la que numerosos actores, principalmente no estatales, utilizan el ciberespacio como

¹²⁴ «Yet, while adopting the definition of a crime of aggression, the drafters failed to consider possible humanitarian intervention and did not include it as an exemption». *Ibíd.*, p. 282.

¹²⁵ «Cyber attacks represent a new form of disaggregated warfare substantially conducted by non state collectives. Although cyber warfare will probably not displace traditional, kinetic warfare, it will become an increasingly important weapon in the arsenals of nation-states». *Ibíd.*, p. 283.

medio para llevar a cabo ataques que constituyen hoy en día nuevas formas de agresión¹²⁶.

5.3. PROPUESTAS DE REDEFINICIÓN DEL CRIMEN DE AGRESIÓN

Ya se ha señalado que Ambos y otros autores consideran la definición sobre el crimen de agresión alcanzada en Kampala excesivamente centrada en la concepción tradicional de Estado. Esta aproximación estatocéntrica en la configuración del ilícito contemplada en las disposiciones del ECPI impide la competencia de la jurisdicción de la Corte sobre nuevas formas de agresión protagonizadas frecuentemente por actores no estatales.

Autores como Noah Weisbord y Philip Bobbitt sugieren, con objeto de superar las limitaciones de tal definición, establecer una concepción más dinámica del término «Estado» que permitiese incluir a actores no estatales en el ámbito de jurisdicción de la Corte¹²⁷, lo que haría posible por ejemplo considerar a Al Qaeda y grupos afines susceptibles de ser juzgados por dicho tribunal por actos de agresión. Para sostener esta dudosa argumentación recurren a la evolución experimentada por los Estados a lo largo de la historia, razonando que el hecho de que dicha categoría pudiese abarcar en un futuro otro tipo de entidades que no reúnen las características reconocidas a los Estados actuales representaría una transformación más del concepto.

No obstante, la ampliamente aceptada definición de Estado dispuesta en la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados (artículo 1)¹²⁸, hace muy complicado la aceptación de la aproximación propuesta por ambos autores.

Además, otros expertos como Paust alertan sobre el riesgo que comportaría una interpretación demasiado amplia del concepto «Estado» que llevase a otorgar esta categoría a organizaciones terroristas como la mencionada. Toda entidad reconocida como Estado recibe por parte de la comunidad internacional, entre otros reconocimientos, el del derecho a protegerse y asegurar su propia defensa en virtud del artículo 51 de la Carta

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 284.

¹²⁷ «Philip Bobbitt argued to approach and interprets the term State in a dynamic way when he asserted that the “state has undergone many transformations in the constitutional order. Now it is about to undergo another”». *Ibíd.*, p. 284.

¹²⁸ «El Estado como persona de derecho internacional debe reunir los siguientes requisitos: 1. Población permanente; 2. Territorio determinado; 3. Gobierno y 4. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados». Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados. Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo – 1933.

de Naciones Unidas. Se debe evitar por tanto toda posibilidad de conceder a organizaciones criminales o terroristas, algunas de ámbito internacional como Al Qaeda en función del alcance de sus actividades y de la extensión de sus células y recursos, las atribuciones y autoridad con los que se inviste a cualquier Estado. Por ello dicho autor se esfuerza en negar a la citada organización, no solo el estatus de Estado, sino incluso otras cualidades como «nación», «belligerentes» o «insurgentes»¹²⁹.

Es por ello que otros especialistas abogan mejor por acometer una redefinición del crimen de agresión que permita contemplar los actos de agresión perpetrados por tales grupos (los cuales podrían abarcar un espectro amplio de actores, desde organizaciones terroristas a grupos rebeldes, insurgentes, guerrilleros o de bandas criminales).

De este modo, desde otro enfoque, el mismo Weisbord y también Koran sugieren una modificación en la definición del ilícito para incluir, junto al término Estado, la expresión «grupo» para referirse cuando sea necesario al actor agresor¹³⁰.

6. EL CRIMEN DE AGRESIÓN COMO MECANISMO DE SALVAGUARDA DE LA PAZ Y SEGURIDAD

En el «lento proceso de internacionalización de la justicia penal internacional»¹³¹ la integración plena del crimen de agresión, entre los ilícitos de competencia de la CPI que tuvo lugar en la Conferencia de Revisión de Kampala en 2010, ha supuesto un paso decisivo hacia «un sistema permanente de responsabilidad penal internacional»¹³². Este se encuentra orientado básicamente hacia la aplicación de la norma fundamental que rige la convivencia pacífica de los pueblos: la prohibición del uso ilegal de la fuerza en virtud de lo establecido en el mencionado artículo 2 (4) de la Carta.

A continuación, se examina el papel de la CPI y las disposiciones de su Estatuto en relación con el crimen de agresión en el contexto del Con-

¹²⁹ PAUST, J. «Responding Lawfully to Al Qaeda». *Catholic University Law Review*. Vol. 56. 2007. pp. 760-761.

¹³⁰ KORAN. *Op. cit.*, pp. 285-286.

¹³¹ RODRÍGUEZ-VILLASANTE. *Op. cit.*, p. 464.

¹³² INSTITUTO DE LIECHTENSTEIN. *Manual de ratificación e implementación de las enmiendas de Kampala al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Princeton: Universidad de Princeton 2012, p. 4.

sejo de Seguridad de Naciones Unidas y del derecho internacional de los conflictos armados.

6.1. EL ROL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL FRENTE AL CONSEJO DE SEGURIDAD

El crimen de agresión entiende de cuestiones íntimamente relacionadas con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. En la Conferencia de Kampala la configuración del ilícito con vistas a ejercer por la CPI la jurisdicción sobre el mismo, hubo de hacer frente a las llamadas «cuestiones de procedibilidad». Estas son las condiciones previas que deben cumplirse para posibilitar por parte de la CPI tal jurisdicción¹³³. Se plantearon así serias dificultades en este campo dada la conexión citada del crimen de agresión con la principal área de responsabilidad y actuación del Consejo de Seguridad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 24 (1) de la Carta de Naciones Unidas, sin olvidar además que el artículo 39 del mismo Tratado confiere a dicho órgano el rol de determinar la existencia de toda amenaza a la paz, incluido el acto de agresión. Como señala Quesada: «La mayor dificultad estribaba en lograr la compatibilidad del Estatuto de Roma con la Carta de las Naciones Unidas, habida cuenta de la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad respecto del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales»¹³⁴. Sin pretender profundizar en la problemática previa a los acuerdos alcanzados en Kampala en relación con la competencia de la Corte para juzgar el ilícito estudiado, asunto que escapa al objetivo central de este trabajo, se puede destacar los siguientes aspectos:

En primer lugar, como ha expresado la citada autora, en dicha Conferencia de Revisión se consiguió un delicado equilibrio entre el papel de la CPI y el del Consejo de Seguridad en relación con la agresión y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. El rol de la Corte se vio parcialmente reforzado en esta cuestión asumiendo una cierta independencia, aunque limitada, respecto al Consejo. El principal logro lo constituye «la atribución al fiscal de la CPI de la capacidad de seguir adelante con un procedimiento de investigación referente a un crimen de agresión en ausencia de una determinación previa por el Consejo de Seguridad»¹³⁵.

¹³³ QUESADA ALCALÁ, C. «El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global». *Cuadernos de Estrategia*. N.º 160. 2013, pp. 77-116, p. 83.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 83.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 110.

También cabría citar entre los aspectos positivos para la autonomía de la Corte en la consideración del delito, a pesar de que otros autores como Ambos han puesto el énfasis en la observación contraria, el hecho de que en la tipificación de este finalmente adoptada en el artículo 8 bis del Estatuto se recurrió a una utilización parcial de los términos incluidos en la Resolución 3314 sobre la definición de la agresión (lista de actos de su artículo 3). Se hizo de este modo una referencia «modulada», no completa, a la citada resolución, evitando el artículo 4 que hubiera supuesto un rol decisivo del Consejo de Seguridad en la determinación de la existencia de otros actos de agresión diferentes a los listados en el artículo 3¹³⁶.

Por otra parte, se incluyó, sin embargo, una serie de condicionamientos por los que la competencia de la Corte para juzgar los crímenes contra la paz se veía sometida a la autorización previa de la Sala de Cuestiones Preliminares, por los que se establecía «un juego de consentimientos estatales que impide se vean afectados Estados no partes en el Estatuto»¹³⁷.

Así, por ejemplo, en las situaciones remitidas por los Estados partes o *proprio motu*, se impide que aquellos Estados que hayan manifestado expresamente su no aceptación de las enmiendas sobre el crimen de agresión se vean afectados (art. 15 bis, párr. 4) o directamente se imposibilita ejercer la competencia sobre el delito respecto a Estados no partes en el Estatuto (art. 15 bis, párr. 5). Quesada destaca de este modo que los principales obstáculos para que la Corte conozca de un asunto relativo a un crimen de agresión se hallan principalmente en los artículos 15 bis y 15 ter¹³⁸, cuyos párrafos 2 y 3 establecieron una serie de plazos para la adopción y entrada en vigor de dichas enmiendas¹³⁹.

¹³⁶ «La ventaja con esta fórmula, por un lado, es que se define el acto de agresión de acuerdo con un parámetro interpretativo garantista, y por otro, que se evita la aplicación del art. 4 de la mencionada resolución que permite la discrecionalidad del Consejo de Seguridad [...]. Una referencia a la Resolución 3314 en su totalidad hubiera garantizado el papel predominante del Consejo de Seguridad en la determinación y calificación de un acto de agresión, lo que hubiera satisfecho las pretensiones de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad». *Ibid.*, p. 89.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 111.

¹³⁸ Los artículos 15 bis y 15 ter del ER establecen, respectivamente, las condiciones de ejercicio de la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión en los casos remitidos por los Estados partes (*proprio motu*) y por el Consejo de Seguridad.

¹³⁹ En estas disposiciones se limitaba la competencia de la CPI a los crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados partes (párr. 2, art. 15 bis y 15 ter), y se establecía, además, la condición de que se adoptase una decisión después del 1 de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto (párr. 3, art. 15 bis y 15 ter del ECPI).

Hasta la fecha, un total de 39 de los 123 Estados signatarios han ratificado dichas enmiendas¹⁴⁰ mientras que en la 16.^a Asamblea de Estados partes que tuvo lugar el pasado 15 de diciembre de 2017 se acordó que la CPI tuviese competencia para juzgar el delito de agresión a partir del 17 de julio de 2018, con lo que al menos estas dos últimas condiciones se han visto así cumplidas¹⁴¹.

No obstante, el hecho de que grandes potencias mundiales y regionales como Estados Unidos, Rusia, China o Israel entre otros, no hayan ratificado el Estatuto supone un claro desafío a la histórica «activación de la jurisdicción del crimen de agresión en la CPI» de la que se hacían eco algunos medios, además de implicar «percepciones negativas de justicia selectiva y un doble estándar»¹⁴². Se confirma así la impresión expresada por Quesada en su artículo cuando vaticinaba que «el consentimiento del Estado va a seguir jugando un papel fundamental respecto de este crimen de líderes»¹⁴³, a lo que podría añadirse la influencia más atemperada pero igualmente patente del Consejo de Seguridad a través de sus Estados miembros permanentes.

6.2. EL ROL DEL ECPI FRENTE A LA AGRESIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

La criminalización de la agresión bajo la jurisdicción del Estatuto de Roma presenta una serie de aspectos que aproximan este tipo penal al ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario (DIH), así como otras características en las que divergen.

¹⁴⁰ THE GLOBAL CAMPAIGN FOR RATIFICATION AND IMPLEMENTATION OF THE KAMPALA AMENDMENTS ON THE CRIME OF AGGRESSION (2018). 21 OCT 2019: Ecuador 39th State to ratify Kampala Amendments, <https://crimeofaggression.info/>. Consultado por última vez el 31 de diciembre de 2019, 19:30 horas.

¹⁴¹ *Ibid.*: «17 JUL 2018. ICC jurisdiction over the Crime of Aggression activated: On this day the International Criminal Court can finally begin exercising jurisdiction over the crime of aggression. We now have, for the first time in history, a permanent international court with jurisdiction over the crime of aggression – the worst form of the illegal use of force». <https://crimeofaggression.info/>. Consultado por última vez el 31 de diciembre de 2019, 19:30 horas.

¹⁴² MORALES URBANEJA, D. «La CPI activa una limitada jurisdicción por delito de agresión entre Estados». *La Vanguardia*. 17 de julio de 2018. <https://www.lavanguardia.com/politica/20180717/45948887935/la-cpi-activa-una-limitada-jurisdiccion-por-delito-de-agresion-entre-estados.html>.

¹⁴³ QUESADA ALCALÁ. *Op. cit.*, p. 111.

Por un lado, como ha sido defendido por muchos juristas, dicho crimen se encuentra en la actualidad contemplado en la esfera del derecho internacional consuetudinario desde los tiempos de los juicios de Núremberg, al igual que sucede con el extenso cuerpo normativo que integra una parte del mencionado DIH.

Así mismo, examinando los ámbitos de aplicación *ratione materiae* de cada uno, frente al DIH centrado esencialmente en «la protección de las víctimas de los conflictos armados (y de aquellos bienes culturales e indispensables para la supervivencia de la población civil y el medio ambiente natural)», cuyos principios y normas limitan el uso de la fuerza en la guerra estableciendo derechos y deberes entre los que participan en un conflicto armado y conformando el *ius in bello*¹⁴⁴, la criminalización de las conductas constitutivas de actos de agresión supone la posibilidad de castigar «la violación suprema del *jus ad bellum*, el cual se relaciona directamente con la legitimidad del uso de la fuerza»¹⁴⁵.

De este modo, la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión queda diseñada, entre otros propósitos, para disuadir el uso ilegal de la fuerza, contribuyendo «visiblemente al Estado de derecho a nivel internacional y a la paz y la seguridad internacionales». Indirectamente, además, sirve a la protección de los derechos humanos, ya que típicamente los actos de agresión conllevan la comisión de innumerables violaciones de estos derechos humanos y del derecho internacional humanitario, afectando especialmente a las poblaciones más vulnerables en situaciones de conflicto, como son los colectivos de mujeres y niños¹⁴⁶.

Por ello conviene recordar que la CPI forma parte de los llamados mecanismos del «sistema de eficacia» de esa parte esencial del derecho internacional aplicable a los conflictos armados. La Corte se encuentra estrechamente ligada así al DIH cuando establece su competencia sobre los crímenes de guerra. Pero, además, cuando la misma entiende sobre el crimen por excelencia del derecho penal internacional, en cierto modo contribuye a cerrar una «laguna jurídica» al proteger el derecho a la vida de cada soldado, pues en la actualidad «ni la vida de los combatientes que son enviados ilegalmente a la guerra, ni el derecho a la vida de los soldados del Estado atacado» se encuentran protegidos de acuerdo con el derecho internacional. Como han observado algunos juristas desde la perspectiva

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L. «Fuentes del derecho internacional humanitario». J. L. Rodríguez-Villasante, y J. López, (eds.). *Derecho Internacional Humanitario*, 3.^ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, p. 57.

¹⁴⁵ INSTITUTO DE LIECHTENSTEIN. *Op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 4.

del DIH, estos son blancos legítimos que puedan ser atacados y destruidos a voluntad, siempre y cuando se observen las normas pertinentes relativas a la conducción de las hostilidades¹⁴⁷.

7. HACIA UNA POSIBLE EVOLUCIÓN DEL DELITO

La configuración actual del crimen de agresión, según las disposiciones del artículo 8 bis del Estatuto, no permite incriminar ni las conductas de agresión protagonizadas por actores no estatales, ni nuevas formas de violencia o empleo de la fuerza que no tengan cabida o sean asimilables a la relación de conductas del artículo 8 bis (2) del ECPI.

Por ello, a lo largo de los epígrafes anteriores se ha señalado cómo diversos autores (May, Koran, Rodríguez-Villasante, Weisbord, incluso Ambos, entre otros) han considerado, en diferente medida o bajo diversos matices, la necesidad de que se produzca una adaptación de la definición del delito de agresión para acomodar el ilícito a la realidad de los casos de agresión más frecuentes que se pueden dar en el escenario internacional actual.

A la vista de las disposiciones estatutarias sobre el crimen de agresión y de la realidad actual de los conflictos armados se podrían vislumbrar dos líneas de posible evolución en la definición del ilícito: por una parte que se contemplase el uso de la fuerza armada por actores no estatales y, por otro lado, una ampliación de la lista de conductas caracterizadas como actos de agresión según los apartados a) - g) del mencionado artículo 8 bis (2) del ECPI, que superase el concepto tradicional de uso de la fuerza.

En mi opinión esa posible evolución del delito de agresión sería factible si, admitiendo la nueva casuística que formaría parte del ilícito, se conservase la esencia actual del crimen a partir de sus características centrales ya señaladas: sus dos planos de responsabilidad (colectiva e individual, ambos bajo ámbitos jurídicos distintos y autónomos), su carácter especial de crimen de líderes, la cláusula de umbral y su elemento subjetivo. Así mismo, en la línea defendida por Ambos, se debería conservar la esencia representada por el daño infligido o dirigido contra los bienes jurídicos que se pretende proteger: por un lado, como principal bien jurídico a salvaguardar, el mantenimiento de la paz y seguridad internacional; por otro lado, la preservación de la vida y demás derechos fundamentales de la población del Estado afectado.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, pp. 4-5.

En primer lugar, se trataría de responder a la pregunta: ¿sería factible enjuiciar los actos de agresión cometidos por actores no estatales? La experiencia de acontecimientos tan graves como los ataques terroristas cometidos el 11 de septiembre de 2001, las acciones de fuerzas yihadistas en territorio maliense en 2012 o la campaña de combates y atentados, con ocupación y control de territorio protagonizados por el Estado Islámico sobre Siria e Iraq pocos años después ofrecen ejemplos para reflexionar sobre la cuestión. Desde el punto de vista del autor, todas estas acciones reúnen la característica de representar una amenaza muy grave tanto para la soberanía del Estado víctima, su población e incluso, dada la repercusión internacional de las acciones, para la estabilidad regional o mundial, cumpliéndose el criterio del daño infligido. También se atisba la característica de mando o liderazgo, aunque este pueda encontrarse repartido entre diversos señores de la guerra, líderes insurgentes o cabecillas como ocurrió entre los distintos grupos terroristas que amenazaron con invadir la capital de Malí. Así mismo, se constatan la cláusula de umbral (sobrepasada con creces en algunos de los casos citados por la gravedad de los daños humanos y materiales y la repercusión internacional del delito) y el elemento subjetivo. Probablemente lo más complicado sea determinar, en algunos de los casos citados, la doble naturaleza e implicación de las acciones de agresión cometidas, ¿se pudo derivar una responsabilidad «estatal» por los ataques infligidos el 11 de septiembre o por las acciones del autodenominado Estado Islámico en Siria? Quizás lo relevante en estos casos sea considerar que, aunque no exista (al menos de facto) un Estado legalmente reconocido, las acciones cometidas necesitan normalmente de una coordinación y determinación en la elección de sus medios y objetivos de tal magnitud que requiere detrás de una organización responsable (ya sea legal o criminal), como pudo ser Al Qaeda o el propio Estado Islámico en los sucesos citados. Dicha entidad no estatal encarnaría esa responsabilidad colectiva del acto que es imputable al Estado en la definición del delito «clásico» y vigente de agresión.

Los actores no estatales que cometen en muchos casos actos de agresión no deberían quedar por tanto impunes por situarse al margen de la responsabilidad penal reconocida a este delito en el DPI, como ha sido señalado supra por diversos especialistas. Para ello, bajo la consideración de *lege ferenda*, sería posible augurar una línea de evolución del ilícito de agresión que contemplase, entre los actores capaces de incurrir en el delito, a individuos que operen bajo grupos, entidades u organizaciones no estatales.

Asumir este argumento implicaría, por un lado, redefinir el ilícito, haciendo las modificaciones pertinentes en el artículo 8 bis (2) del ECPI. Por otra parte, la consideración de estos actos como delictivos en el derecho internacional también está fuera de duda, aunque hasta la fecha su castigo debiera reconducirse hacia otros crímenes internacionales. No se trataría por tanto de criminalizar *ex novo* estas conductas protagonizadas por actores no estatales que emplean la fuerza de forma incompatible con la Carta de Naciones Unidas, sino de poner el énfasis en la lesión que estos actos suponen para el bien jurídico que aquí nos ocupa y, en consecuencia, poder castigarlos con base en dicha disposición del ECPI.

La segunda línea de evolución posible, cuyo objeto sería dar cabida en la relación de actos constitutivos de agresión a acciones hostiles como los ciberataques, ajenas al tradicional uso de la fuerza armada, se vislumbra en mi opinión más problemática. Por un lado, aun considerando el listado actual de conductas del mencionado art. 8 bis (2) como *numerus no clausus*, podría pensarse en adoptar de forma íntegra las disposiciones de la Resolución 3314 para dejar abierta la vía por la que el Consejo de Seguridad determinase aquellos actos constitutivos de agresión que no se contemplan en el listado. Tal solución iría, sin embargo, en detrimento de la autonomía de la jurisdicción de la Corte sobre el crimen. Por otro lado, cualquier fórmula que intentase ampliar la relación de conductas incluidas en la disposición referida del ECPI (añadiendo un apartado adicional h), creando así una especie de «cajón de sastre» que englobase esas nuevas formas de violencia, atentaría contra el principio de legalidad como han argumentado algunos autores.

En cambio, sí sería más recomendable, en línea con lo sugerido por juristas como Koran, incluir sendas cláusulas que garantizaran la no incriminación, como actos de agresión, de aquellos usos de la fuerza armada aplicada como legítima defensa, como acción humanitaria emprendida al amparo de la Carta o con la autorización de Naciones Unidas¹⁴⁸ o bajo el principio de la responsabilidad de proteger.

Por último, cabría plantearse en una segunda hipótesis por la posición de los Estados partes y no partes del ECPI frente a esta posible evolución del ilícito. ¿Cuál sería la visión más probable por parte de las grandes potencias? ¿Suscribirían estos cambios la oposición del Consejo de Seguridad? El crimen de agresión ha provocado desde un principio reticencias y

¹⁴⁸ «Explanation I: For the purpose of this Statute an act will not be constituted as an act of aggression if the action is undertaken for the purpose of self defense and complies with article 51 of the UN charter. Explanation II: For the purpose of this statute the humanitarian intervention authorized by the UN or a regional organization will not constitute as an act of aggression». KORAN, *Op. cit.*, p. 286.

reservas, principalmente entre los países que más frecuentemente empeñan fuerzas armadas en el exterior, varios de los cuales son además miembros permanentes del Consejo.

En opinión del autor, la ampliación del espectro posible de infractores de delito de agresión con la inclusión de actores no estatales no iría *a priori* contra los intereses que algunas de estas potencias tratan de salvaguardar al no ratificar las enmiendas sobre el delito. La redefinición del ilícito no supondrían por tanto necesariamente un nuevo obstáculo y sí en cambio permitiría dar cierta cobertura legal a las acciones iniciadas por dichos países en el ámbito humanitario, o legitimar el empleo de la fuerza armada contra un oponente asimétrico, inferior en fuerzas y medios, pero al que, si se le atribuyesen debidamente los elementos analizados del delito, se podría responsabilizar de atentar contra la paz y seguridad al incurrir en el crimen por excelencia de entre los previstos en el derecho penal internacional.

8. CONCLUSIONES

El actual crimen de agresión contemplado en el artículo 5 del ECPI junto con los demás crímenes «más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» y definido en el artículo 8 bis del Estatuto de Roma, tiene su precedente inmediato en el crimen contra la paz juzgado por el TMI de Núremberg en 1946. En este proceso, dicho crimen fue considerado «el crimen internacional supremo» al diferir de los demás crímenes internacionales en que «contiene en sí mismo el mal acumulado de todos ellos»¹⁴⁹.

En la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la CPI celebrada en Kampala durante los días 31 de mayo a 11 de junio de 2010, se logró, en palabras de Rodríguez-Villasante¹⁵⁰ «una tipificación bastante aceptable del delito de agresión», que comprende: «una definición sobre el sujeto activo cualificado (como un delito de líderes políticos o militares)», una concreción sobre la acción típica (expresada bajo las fórmulas verbales de «planificar, preparar, iniciar o realizar un acto de agresión») y un «umbral de gravedad integrado por elementos valorativos (características, gravedad y escala) y normativo-valorativos (violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas)».

La criminalización del acto de agresión reviste una especial complejidad al haber surgido como mecanismo regulador de un ámbito jurídico-político tan

¹⁴⁹ REMIRO BRÓTONS. *Op. cit.*, p. 11, refiriéndose a la «Sentencia de 30 de septiembre/1 de octubre de 1946», en *American Journal of International Law*. Vol. 41. 1947, p. 186.

¹⁵⁰ RODRÍGUEZ-VILLASANTE. 2010, p. 463.

debatido ampliamente a lo largo de la historia como el *ius ad bellum*. En el derecho internacional actual, el *ius ad bellum* se encuentra estrechamente ligado al concepto del uso legítimo de la fuerza en las relaciones entre los Estados, principio sobre el que, en la actualidad, descansa el sistema colectivo de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales proclamado en el art. 1 (1) de la Carta de Naciones Unidas. El hecho de que la responsabilidad primordial de mantener dicha paz y seguridad se asiente en el organismo más político de la Organización, esto es, el Consejo de Seguridad, en virtud del art. 24 (1) de la Carta, ha contribuido a fomentar el debate sobre la determinación o alcance del delito de agresión, además de producir la inevitable confrontación sobre las cuestiones de procedibilidad a la hora de juzgar dicho crimen.

A diferencia del resto de crímenes previstos bajo la jurisdicción de la CPI, la agresión incluye dos planos de responsabilidad que, a pesar de estar muy relacionados, son autónomos¹⁵¹: el del Estado presuntamente agresor (responsabilidad internacional) y el criminal de los agentes o actores que perpetrán el acto de agresión (responsabilidad individual). Esto añade sin duda una mayor dificultad en la incriminación del delito.

Además de la mencionada naturaleza dual del ilícito y de las características sintetizadas por el profesor Rodríguez-Villasante, habría que resaltar, entre los elementos individuales subjetivos del mismo (*mens rea* del autor o autores del delito), que la agresión, como el resto de crímenes internacionales, destaca por su carácter doloso dado que «las conductas de planificación, preparación, inicio o realización del acto de agresión han de ejecutarse con dolo y el sujeto activo debe ser consciente del acto de agresión»¹⁵² en el que va a incurrir.

En los conflictos armados surgidos tras el fin de la Guerra Fría destacan los enfrentamientos intraestatales, asimétricos, protagonizados por nuevos actores y en los que han aflorado nuevas formas de violencia. Diversos analistas opinan que factores de tipo económico, religioso, cultural y étnico influyen poderosamente en el origen y evolución de los conflictos violentos actuales. Así mismo, estos se desarrollan en un entorno marcado por la aparición de problemas globales como el terrorismo, los flujos migratorios, los tráfico ilícitos, la criminalidad organizada, la piratería, etc., que involucran a multitud de actores y en el que la población civil suele ocupar un lugar central. En estos escenarios de confrontación destaca también el impacto de las nuevas tecnologías y el empleo del ciberespacio, dando lugar a nuevas formas de hostigamiento como las que algunos analistas han denominado ciberguerras.

¹⁵¹ REMIRO BRÓTONS. *Op. cit.*, p. 14.

¹⁵² MACULAN. *Op. cit.*, p. 483.

En el presente trabajo se ha tratado de analizar, a la vista de todos los elementos que configuran el actual ilícito penal de agresión según las disposiciones del ECPI, su eficacia como mecanismo de salvaguarda de la paz internacional; a saber, si la normalización del crimen de agresión de acuerdo con la redacción actual de sus elementos resulta pertinente para regular eficazmente el *ius ad bellum*.

A tenor de las limitaciones que presenta la configuración actual del delito para incriminar los presuntos actos de agresión protagonizados por actores no estatales, así como las formas de violencia o empleo de la fuerza en los conflictos de nuestros días, han sido analizadas dos posibles líneas de evolución en la conceptualización del crimen.

En el actual orden internacional el recurso a la guerra entre los Estados ha quedado definitivamente proscrito. En opinión del autor, una conceptualización del delito más adaptada a la realidad de los conflictos armados actuales facilitaría el discernir adecuadamente los casos legítimos de empleo de la fuerza de aquellos otros usos que son «incompatibles» con la Carta de Naciones Unidas, por representar una «violación manifiesta» de la misma. Ello contribuiría a una mejor salvaguarda del orden social internacional como bien jurídico vital a proteger en su doble dimensión: la de la paz y seguridad de los Estados soberanos, así como la de los bienes jurídicos individuales fundamentales como la vida, la salud individual, la libertad, etc., patrimonio de la humanidad en su conjunto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBOS, K. (2011). *El Crimen de Agresión después de Kampala*. Madrid: Ed. Dykinson.
- GARCÍA PICAZO, P. (2016). *La guerra y la paz, en teoría*. Madrid: Ed. Tecnos.
- GIL GIL, A. (2019). El elemento subjetivo de los crímenes (*Mens Rea*). En A. Gil Gil y E. Maculan, (eds.), *Derecho penal Internacional*. Madrid: Dykinson, pp. 209-231.
- KALDOR, M. (2005). *Old Wars, Cold Wars, New Wars and the War of Terror*. Lecture given by Professor Mary Kaldor to the Cold War Studies Centre, London School of Economics, February, 2005.
- KORAN, S. (2012). The International Criminal Court and Crimes of Aggression: Beyond the Kampala Convention, *Houston Journal of International Law*, Vol. 34:2, pp. 231-288.
- KRESS, C. (2009). Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus, *The European Journal of International Law*, Vol. 20 n°. 4, pp. 1129-1146.

- (2015). The International Court of Justice and the ‘principle of non-use of force’. En M. Weller, (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford: Scholarly Research Reviews, pp. 561-604.
 - (2017). The State Conduct Element. En C. Kress y S. Barriga, (eds.), *The crime of Aggression: A commentary, Volume I*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 412-564.
- LABORIE IGLESIAS, M. (2014). La guerra ambigua del futuro, *Revista Ejército*, ISSN 1696-717 8, nº 883, pp. 14-21.
- MACULAN, E. (2019). El crimen de agresión. En A. Gil y E. Maculan, (eds.), *Derecho penal Internacional*. Madrid: Dykinson, pp. 473-488.
- MAY, L. (2008). *Aggression and Crimes Against Peace (Philosophical and Legal Aspects of War)*. Cambridge: Cambridge University Press. Edición de Kindle.
- OLLÉ SESÉ, M. (2019). Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes. En A. Gil Gil y E. Maculan, (eds.), *Derecho penal Internacional*. Madrid: Dykinson, pp. 287-329.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A. (1996). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid: Ed. Tecnos.
- PAULUS, A. (2009). Second Thoughts on the Crime of Aggression, *The European Journal of International Law*, Vol. 20 no. 4, pp. 1117-1128.
- PAUST, J. (2007). Responding Lawfully to Al Qaeda, *Catholic University Law Review*, Vol. 56, pp. 759-804.
- (2011). Non state Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion, *Virginia International Journal of Law*, Vol. 51, nº 4, pp. 977-1004.
- PIGNATELLI Y MECA, F. (2002). La intervención armada por razón de humanidad, *Cuadernos de Estrategia*, Nº 116, pp. 93-142.
- QUESADA ALCALÁ, C. (2012). La agresión: un crimen “cierto” de futuro “incierto”. En J. Cardona, (ed.), *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1069-1091.
- (2013). El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global, *Cuadernos de Estrategia*, Nº 160, pp. 77-116.
- QUIÑONES DE LA IGLESIA, F.J. (2017). Examen de las causas profundas de los conflictos de la Posguerra Fría: Malí, marco jurídico y enfoque de la UE, *Documento de opinión IEEE*, nº 88/2017.
- REGUEIRO DUBRA, R. (2012). *La Legítima Defensa en Derecho internacional*. Madrid: IUGM.

- REISINGER, A. y WRANGE, P. (2017). The Specificity of the Crime of Aggression. En C. Kress y S. Barriga, (eds.), *The crime of Aggression: A commentary, Volume I*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 307-350.
- REMIRO BRÓTONS, A. (2006). Crimen de agresión, crimen sin castigo, *Agenda Internacional*, Año XII, N° 23, pp. 11-37.
- REY MARCOS, F., (2007). La gestión de crisis humanitarias. En Vega, E., (ed.), *Realidades y perspectivas de la Gestión Internacional de Crisis*. Madrid: IUGM, pp. 325-326.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J.L. (2010). Nota sobre la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala (Uganda) 2010, *Revista Española de Derecho Militar*, n° 85-86, pp. 463-472.
- (2017). Fuentes del Derecho Internacional Humanitario. En J.L. Rodríguez-Villasante, y J. López, (eds.), *Derecho Internacional Humanitario, 3ª Edición*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 53-75.
- SALMÓN, E. y BAZAY, L. (2011). *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*. Lima: Ed. ideh@pucp.edu.pe.
- SUBERVIOLA GILABERT, J. R. (2018). “Aspectos jurídicos de la respuestas ante las amenazas híbridas”, *Revista Española de Derecho Militar* 109-110, enero-diciembre 2018, pp. 103-146.
- VAL GARIJO, F. (2011). El nuevo crimen de agresión. Panella, L. y Spatafora, E., (ed.), *Studi in onore di Claudio Zanghì, Volume I, Diritto Internazionale*. Torino: Giappichelli, pp. 621-637.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

- INSTITUTO DE LIECHTENSTEIN (2012). *Manual de ratificación e implementación de las enmiendas de Kampala al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Princeton: Universidad de Princeton, <https://crimeofaggression.info/documents/1/handbook-SPA.pdf>.
- MORALES, D. (2018, 17 de julio). La CPI activa una limitada jurisdicción por delito de agresión entre Estados, *La Vanguardia*, <https://www.la-vanguardia.com/politica/20180717/45948887935/la-cpi-activa-una-limitada-jurisdiccion-por-delito-de-agresion-entre-estados.html>.
- THE GLOBAL CAMPAIGN FOR RATIFICATION AND IMPLEMENTATION OF THE KAMPALA AMENDMENTS ON THE CRIME OF AGGRESSION (2018). *Ireland 36th State to ratify Kampala Amendments*, <https://crimeofaggression.info/>.

GUERRA HÍBRIDA Y OPERACIONES LEGALES

Ignacio Fonseca Lindez

Analista de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN)

Resumen

El propósito de este trabajo es analizar el uso del dominio legal en las guerras híbridas contemporáneas, el origen del término *Lawfare*, su conceptualización, la transición propuesta a operaciones legales a través de algunos ejemplos ilustrativos, así como, proponer recomendaciones para la inclusión del dominio legal y de las operaciones legales dentro de la estrategia de seguridad y defensa de cualquier Estado que quiera afrontar los retos híbridos en la concepción geoestratégica del mundo en el siglo XXI.

Palabras claves: guerra híbrida, *Lawfare*, dominio legal, operaciones legales.

Hybrid Warfare and Legal Operations

Abstract

The purpose of this paper is to analyse the use of the legal domain in contemporary Hybrid Warfare scenarios, the origin of the term *Lawfare*, its conceptualization, and the propose transition to Legal Operations through some illustrative examples as well as propose recommendations to include

the legal domain and Legal Operations within the security and defence strategy of any Nation that would want to face hybrid threats in the geostrategic conception of the 21st Century.

Key words: Hybrid Warfare, Lawfare, legal domain, Legal Operations.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Situación actual. 3. Parte 1: Guerra híbrida. 3.1 Qué es la guerra híbrida. 3.2 Orígenes del concepto contemporáneo. 3.3 Guerra híbrida y el dominio legal. 4. Parte 2: El dominio legal: Lawfare. 4.1 Orígenes del Lawfare. 4.2 Tipologías de Lawfare. 4.3 La conquista china del dominio legal. 5. Parte 3: Operaciones Legales. 5.1 La transición de Lawfare a operaciones legales. 5.2 Cómo catalogar las operaciones legales. 5.3 Identificar operaciones legales en la práctica. 5.3.1 Operaciones legales rusas. 5.3.1.1 El caso de Crimea. 5.3.1.2 El mar de Azov y el estrecho de Kerch. 5.3.1.3 Reivindicación rusa del Ártico. 5.3.2 Operaciones legales chinas. 5.3.2.1 Denegación de acceso marítimo. 5.3.2.2 El caso chino en el ciberespacio. 5.3.3 Operaciones legales de actores no estatales. 5.3.3.1 Escudos humanos en Afganistán. 5.3.3.2 Hamas en Gaza. 5.3.4 Operaciones legales tácticas. 5.3.4.1 El caso Múnich. 5.3.4.2 El caso MV Alead. 5.3.4.3 El caso de la flotilla a Gaza. 6. Recomendaciones. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La guerra híbrida como método para la consecución de objetivos políticos y estratégicos no es un paradigma nuevo.

Desde tiempos históricos se han utilizado combinaciones de métodos convencionales y no convencionales para la consecución de objetivos militares en el campo de batalla. Sin embargo, la guerra híbrida contemporánea esconde en su fundamento un dominio insólito, aún en una fase experimental, que está siendo utilizado para la consecución de dichos objetivos sin recurrir al uso de la fuerza.

El dominio al que nos referimos es el dominio legal, desde el cual el derecho se instrumentaliza para su uso como arma en los conflictos armados, y fuera de ellos. Con ello se logran alcanzar objetivos políticos y estratégicos mediante la consecución de resultados comparables con los de un ataque armado contemporáneo.

El presente trabajo está dividido en tres partes:

La primera parte se centra en explicar qué es la guerra híbrida y los orígenes del término contemporáneo. A su vez, se profundiza en cómo el dominio legal se encuentra en el fundamento de la guerra híbrida contemporánea.

En la segunda parte del trabajo se desarrolla el mecanismo a través del cual se hace uso del dominio legal, denominado *Lawfare*, sus orígenes y las tipologías existentes. En esta parte también se analiza cómo una nación, China, lleva tiempo utilizando el dominio legal para la consecución de sus objetivos estratégicos.

La tercera parte del trabajo se aleja de la corriente principal que hay sobre la noción de *Lawfare* para presentar el concepto de «operaciones legales», término que se acuña en este trabajo para explicar el fenómeno de utilizar el dominio legal para planear y ejecutar operaciones con efectos predeterminados hacia el adversario consiguiendo los mismos resultados que haciendo uso de la fuerza. Aquí se describen ejemplos actuales donde se muestra cómo el dominio legal está siendo utilizado para la consecución de objetivos por parte de los actores que realizan las operaciones legales.

Por último, se proponen unas recomendaciones para la inclusión de operaciones legales y el uso del dominio legal dentro de las estrategias nacionales e internacionales en materia de seguridad y defensa.

2. SITUACIÓN ACTUAL

En el siglo XXI la consecución de los objetivos políticos y estratégicos en el tablero internacional ha evolucionado de manera drástica. Los Estados y actores no estatales se han percatado de que no es necesario recurrir, siempre, a medios convencionales militares para la consecución de sus fines en el ámbito internacional, y que sus objetivos se pueden obtener sin, necesariamente, recurrir al uso de la fuerza. Desde esta perspectiva, los Estados y los actores no estatales disputan sus objetivos en diferentes dominios simultáneamente y lo que a veces puede ser un movimiento desfavorable en el tablero convencional, puede conseguirse ventajosamente a través de otro dominio, como sería el legal.

Como se verá a lo largo de este trabajo, el uso o la manipulación del derecho utilizado sistemáticamente y de manera precisa hace que los objetivos políticos y estratégicos nacionales puedan llevarse a cabo sin tener que llegar a hacer uso de la fuerza.

Claros defensores de esta nueva concepción son Israel, Rusia y China, por lo que la mayoría de ejemplos utilizados a lo largo del trabajo se centran en estos Estados.

Por un lado, Rusia está utilizando el dominio legal para expandir su control en las regiones geográficas continuas a su frontera, así como en el Ártico. Por otro lado, China está utilizando el dominio legal para hacerse

con el control del mar de la China Oriental. Israel, por su parte, utiliza fundamentalmente el dominio legal para defenderse de sus adversarios.

3. PARTE I: GUERRA HÍBRIDA

«En la guerra, el combate no es una lucha de individuos contra individuos, sino un todo organizado que integra muchas partes» Carl von Clausewitz.

3.1 QUÉ ES GUERRA HÍBRIDA

Los principios del uso de la guerra híbrida han formado parte de los cálculos estratégicos desde tiempos inmemoriales. En la revolución de las Trece Colonias que comenzó en 1763 y culminó con la guerra de Independencia de los Estados Unidos entre 1775 y 1783, el ejército continental de George Washington empleaba milicias bajo su mando para operaciones de disrupción de las líneas de comunicaciones enemigas. Lo mismo harían las guerrillas españolas en las guerras napoleónicas mientras las tropas regulares británicas se enfrentaban al ejército napoleónico¹. Por último, se puede citar la combinación en el ejército británico de fuerzas convencionales e irregulares en las campañas de Palestina.

La diferencia entre el uso histórico de métodos híbridos y la utilización contemporánea es el hecho de que antiguamente los métodos regulares e irregulares se empleaban en el campo de batalla. La guerra híbrida contemporánea se realiza en dimensiones diferentes empleando simultáneamente actividades militares limitadas, diplomáticas, económicas, ciberespaciales, en el campo de las comunicaciones, de la inteligencia y en el jurídico. Todas estas actividades se materializan si un Estado tiene una estrategia integral o una estrategia total en la que utiliza de manera conjunta todos los medios a su disposición para la consecución de sus objetivos a la luz de la concepción de sus intereses geopolíticos y estratégicos².

Un ejemplo de guerra híbrida contemporánea en el siglo XXI es la guerra de Líbano de 2006 en la cual las milicias de Hizbulah mostraban en

¹ HOFFMAN, F. *Conflict in the 21st Century: The Rise of Hybrid War*. Arlington: Potomac Institute for Policy Studies 2007, pp. 20-22.

² Esta lucha en distintas dimensiones se empezó a analizar tras la guerra de Vietnam donde los americanos no perdieron ninguna campaña militar convencional, aunque finalmente, perdieron la guerra.

tiempo real fotos y vídeos de los enfrentamientos con el ejército israelí, dominando la percepción del campo de batalla. Israel venció la guerra en el ámbito convencional pero no tuvo el impacto estratégico deseado de alterar el curso del sur de Líbano y perdió la guerra de la información ya que la percepción en la esfera internacional no fue la deseada³.

Rusia ha empleado en sus confrontaciones contra Occidente la denominada estrategia indirecta; prueba de ello es la guerra de Georgia en 2008. Dicha estrategia indirecta se basa en la instrumentalización de una oposición separatista, una campaña de influencia a través de los medios de comunicación y el uso de un argumento jurídico desafiante.

El ejemplo paradigmático de guerra híbrida contemporánea rusa se encuentra en la región de Donetsk y de Luhansk en Ucrania, donde se han empleado simultáneamente capacidades convencionales y tácticas irregulares en el ámbito militar mientras que se sincronizaban efectos a lo largo de diferentes dimensiones, predominando la dimensión de la información y la jurídica. Esto ha conducido a que el Estado ucraniano en general, y las fuerzas convencionales ucranianas en particular, hayan tenido dificultades para adaptarse, puesto que su estructura, jerarquía y mentalidad no están preparadas para responder con la necesaria flexibilidad⁴.

El concepto de guerra híbrida contemporáneo no tiene una definición reconocida, ni a nivel académico ni doctrinal, pero sí hay elementos que se repiten en todas las descripciones que hay sobre el concepto. Predominantemente han sido escritores estadounidenses los que empezaron a integrar la guerra híbrida en la doctrina militar americana describiendo dicho concepto como un tipo de conflicto en el cual actores estatales o no estatales hacen uso de todos los métodos de guerra a su disposición de manera simultánea, utilizando armamento convencional avanzado, tácticas irregulares, terrorismo y elementos de criminalidad para desestabilizar el orden existente del adversario⁵.

El ejército de tierra americano ha incorporado, en su manual de entrenamiento, la guerra híbrida como aquel tipo de conflicto en el cual se utilizan campañas de desinformación, combinadas con actividades multimodales y tácticas irregulares, coordinadas dentro del área operacional,

³ MCCUEN, J. «Hybrid Wars». *Military Review*. Volumen 88. 2008, p. 107.

⁴ DEEP, A. «Hybrid War: Old Concept, New Techniques». *Small Wars Journal*. Zurich Center for Security Studies, 2015, último acceso 22/03/2019. <http://www.css.ethz.ch/en/services/digitallibrary/articles/article.html/189134/pdf>.

⁵ WILKIE, R. «Hybrid Warfare-Something Old, Not Something New». *Air & Space Power Journal*. 2009. [Último acceso 22/03/2019]. <http://www.airpower.au.af.mil/airchronicles/apj/apj09/win09/wilkie.html>.

para conseguir impactos estratégicos y controlar la dimensión psicológica del conflicto⁶.

La definición que mejor detalla la guerra híbrida es la proporcionada por el Ministerio de Defensa británico al Comité de Defensa en febrero de 2016, que la describe como una estrategia exhaustiva basada en una amplia y compleja combinación de medios convencionales y no convencionales adaptables entre sí, dirigida contra las vulnerabilidades del adversario para conseguir objetivos geopolíticos y estratégicos. Para la consecución de dicha estrategia se emplean actores militares, paramilitares, irregulares y civiles de manera coordinada, que realizan simultáneamente actividades de información, de inteligencia, diplomáticas, económicas, políticas, militares, así como legales, generando ambigüedad para complicar la reacción y la toma de decisión del adversario⁷.

3.2 ORÍGENES DEL CONCEPTO CONTEMPORÁNEO

El término de guerra híbrida fue acuñado por primera vez por el general James Norman Mattis y por el coronel Hoffman, del Cuerpo de Marines de Estados Unidos, en noviembre de 2005 en un artículo que versaba sobre la política de transformación del ejército americano. Dicho concepto se consolida en 2010 por el mismo coronel Hoffman cuando aparece en el informe de defensa cuatrienal del Departamento de Defensa de Estados Unidos⁸.

En 2009, la OTAN empezó a incluir el concepto de guerra híbrida en su lenguaje, siendo el general James Mattis, comandante supremo aliado de Transformación, esencial para la inclusión de dicho concepto en el proyecto de transformación de la OTAN para 2030⁹. Desde 2010, la OTAN adopta el término de amenazas híbridas oficialmente en su vocabulario, y los Estados miembros de la Alianza empiezan a incluir dicho término en

⁶ BROWN L. «Twenty-First Century Warfare Will be Hybrid». *USAWC Strategy Research Project*. United States Army: US Army War College, 2011, p. 20.

⁷ UK PARLIAMENT. Ministry of Defence. *Written Evidence submitted to Defence Committee*. Párrafo 5. Marzo 2016. [Último acceso 22/03/2019]

<http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/defence-committee/russia-implications-for-uk-defence-and-security/written/28854.pdf>.

⁸ US DEPARTMENT OF DEFENSE. *Quadrennial Defense Review Report*. Washington DC, febrero 2010, p. 8.

⁹ ALLIED COMMAND TRANSFORMATION (ACT). *Multiple Futures Project-Navigating towards 2030, Final Report*.

sus estrategias de defensa nacionales. En la Cumbre de Gales de septiembre de 2014, la OTAN se reinventó para hacer frente a las amenazas híbridas y lanzó el Plan de Acción Rápida (*Readiness Action Plan*), centrado en adaptar las medidas de respuesta de la Alianza para poder hacer frente a cualquier amenaza híbrida, destacando el uso del ciberespacio, la flexibilidad de mando y control y la consolidación de una arquitectura jurídica y logística sólida dentro de la Alianza¹⁰.

Por su parte, Rusia empezó a adaptar su antiguo concepto de *Maskirovka*¹¹ y a teorizar sobre guerra híbrida —también conocido para ellos como guerra no lineal¹²— a través de las ideas del general Valery Gerasimov¹³ mediante una presentación sobre las nuevas formas de conflictos¹⁴, teniendo en mente tanto los eventos sucedidos en la Primavera Árabe como en las revoluciones de colores en Ucrania, Georgia o Kirguistán¹⁵. En 2013, el general Gerasimov difundió su teoría sobre el empleo del ejército en los conflictos venideros y enfatizó en que, el uso de medios no militares para la consecución de objetivos políticos y estratégicos ha crecido y a día de hoy excede en eficacia al uso de las Fuerza Armadas para la consecución de dichos objetivos¹⁶.

¹⁰ MARTÍNEZ LLARENA, E. y FONSECA LINDEZ, I. «NATO Readiness Action Plan: The Legal and Host Nation Support Architecture». *NATO Legal Gazette*. Publicación 37. 2016, pp. 48-49.

¹¹ En la Segunda Guerra Mundial la Unión Soviética empleaba tácticas de camuflaje, ocultación y enmascaramiento a nivel táctico, mediante el uso de partisanos para entorpecer el avance de la Wehrmacht mientras que a nivel político/estratégico utilizaban maniobras políticas ficticias o difamación de información e inteligencia falsas para negar el uso de dichos partisanos y ocultar sus verdaderas intenciones al Estado Mayor Alemán.

¹² Término utilizado por Vladislav Surkov, artífice ruso de la anexión de Crimea y de la desestabilización del Este de Ucrania. Vladislav Surkov fue vice primer ministro de Rusia de mayo de 2012 a mayo de 2013 y es asesor personal de Vladimir Putin desde entonces en temas sobre Ucrania, Osetia del Sur y la región de Abjasia.

¹³ Valeri Vasílievich Gerásimov es un general ruso, el actual jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas de Rusia, y el primer viceministro de Defensa.

¹⁴ MCDERMOTT, R. «Myth and Reality- A Net Assessment of Russia's Hybrid Warfare Strategy since the start of 2014». *Eurasia Daily Monitor*. Volume 11, n.º 184. 2014.

¹⁵ Revolución Naranja en Ucrania en el año 2004, Revolución de las Rosas en Georgia en el año 2005 y Revolución de los Tulipanes en Kirguistán en el año 2005.

¹⁶ GERASIMOV, V. «The Value of Science in Foresight: New Challenges Require Rethinking on the Forms and Methods of Warfare», presentado en la academia militar Voroshilov, reproducido en *Military Industry Kurier* el 27 de abril de 2013. La traducción al inglés se realizó por Robert Coalson en Top Russian General Lays Bare Putin's Plan for Ukraine. *The Huffington Post*. 9 de febrero 2014. [Último acceso 22/03/2019]. https://www.huffingtonpost.com/robert-coalson/valery-gerasimov-putin-ukraine_b_5748480.html?guccounter=1.

3.3 GUERRA HÍBRIDA Y EL DOMINIO LEGAL

Si bien es cierto que es poco conocido, uno de los dominios que más se utiliza para la consecución de los objetivos geopolíticos y estratégicos en los conflictos híbridos contemporáneos, es el dominio legal.

El dominio legal se puede emplear para conseguir debilitar al adversario o no permitirle reaccionar de la manera debida, consiguiendo así los objetivos estratégicos propios sin llegar a hacer uso de la fuerza. Exprimir las fronteras legales, tanto nacionales como internacionales, en un contexto de guerra híbrida contemporánea, no solo presenta desafíos a la paz y la seguridad internacionales, sino que también puede desestabilizar el marco jurídico internacional, poniendo en duda la validez de los principios del derecho internacional público aplicados en tiempos de paz y de conflicto¹⁷.

A modo de ejemplo, la guerra híbrida está siendo la herramienta más efectiva por parte de Rusia para la consecución de sus intereses en la esfera internacional. Sin embargo, un análisis en profundidad muestra que el cimiento en el cual Rusia planea sus movimientos estratégicos es el dominio legal.

La adhesión de Estonia, Letonia y Lituania —tres antiguas repúblicas soviéticas— a la OTAN en marzo de 2004 resultó ser un retroceso estratégico en la influencia rusa en Europa. Cuando en el año 2008 la OTAN invitó tanto a Georgia como a Ucrania a implementar el Plan de Acción para la Adhesión (mecanismo de obligatorio cumplimiento para considerar la candidatura a miembro OTAN basada en el artículo 10 del Tratado del Atlántico Norte) Rusia usó los requisitos de obligatorio cumplimiento para la adhesión en su favor. Dentro de la sección de economía y política del plan, los Estados deben resolver cualquier disputa territorial antes de poder presentar su candidatura¹⁸.

Con los eventos desestabilizadores en Georgia en 2008 y en Ucrania en 2014, Rusia consiguió frenar el avance de ambos países para pertenecer a la OTAN, ya que ninguno puede finalizar la implementación de los requi-

¹⁷ MUÑOZ MOSQUERA, A. & BACHMAN, S. «Lawfare in Hybrid Wars: The 21st Century Warfare». *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 7.2016, p. 74.

¹⁸ Párrafo 2 de la sección I del *Plan de Acción para la Adhesión* aprobado por los jefes de Estado y Gobierno participantes en la reunión del Consejo del Atlántico Norte. 24 de abril de 1999. [Último acceso 22/03/2019]. https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_27444.htm.

sitos del Plan de Acción para la Adhesión y, por tanto, la OTAN no puede invocar el artículo 10 del Tratado del Atlántico Norte¹⁹.

A su vez, en su estrategia híbrida, Rusia ha encontrado en el dominio legal el medio para rodear el principal mecanismo de defensa colectiva en Europa, el artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte²⁰, mientras emplea acciones encubiertas, como el uso de ciberataques, para la consecución de sus objetivos geoestratégicos en las tres repúblicas bálticas. Esto ha supuesto una completa reinención de la OTAN, sobre todo a nivel de mando y control, en el ciberespacio y en los ámbitos logístico y jurídico²¹.

4. PARTE 2: EL DOMINIO LEGAL: LAWFARE

«Ataca al adversario donde no esté preparado, muéstrate donde no te espera».

Sun Tzu

Qué es Lawfare

El término Lawfare fue descrito e introducido en la literatura legal internacional por Charles Dunlap, coronel del Cuerpo Jurídico del Ejército del Aire de los Estados Unidos de América, quien lo define como la estrategia de usar o abusar del derecho como el sustituto de medios militares tradicionales para alcanzar objetivos operacionales²². Dicha definición re-

¹⁹ *Las partes pueden, por acuerdo unánime, invitar a ingresar a cualquier Estado europeo que esté en condiciones de favorecer el desarrollo de los principios del presente Tratado y de contribuir a la seguridad de la zona del Atlántico Norte. Cualquier Estado que sea así invitado puede ser Parte del Tratado depositando el instrumento de adhesión correspondiente ante el Gobierno de los Estados Unidos de América.*

²⁰ *Las partes acuerdan que un ataque armado contra una o más de ellas, que tenga lugar en Europa o en América del Norte, será considerado como un ataque dirigido contra todas ellas, y en consecuencia, acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del Derecho de legítima defensa individual o colectiva reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, ayudará a la parte o partes atacadas, adoptando seguidamente, de forma individual y de acuerdo con las otras partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada, para restablecer la seguridad en la zona del Atlántico Norte.*

²¹ MARTÍNEZ LLARENA, E. y FONSECA LINDEZ, I. «NATO Readiness Action Plan: The Legal and Host Nation Support Architecture». *Op. cit.*, p. 50.

²² DUNLAP, C. «Lawfare Today: A Perspective». 3 *Yale Institute of International Affairs* 146. 2008. [Último acceso 22/03/2019]. <http://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>.

fleja el punto de vista de que el derecho puede ser utilizado como un arma o una herramienta por ambos bandos en un conflicto armado. Más tarde, el propio Dunlap se posicionó defendiendo que Lawfare es una forma asimétrica más de la guerra utilizada para rebasar las capacidades militares convencionales²³.

Esta definición, que ha sustentado el debate académico durante la última década, es una conjunción de los términos anglosajones de derecho (law) y guerra (warfare) que ha producido que la polémica oscile mayoritariamente en torno al uso o la manipulación del derecho en los conflictos armados.

Sin embargo, Lawfare va más allá del simple uso o la manipulación del derecho en un conflicto armado. Lawfare se desarrolla y evoluciona en el dominio legal cubriendo huecos donde los instrumentos legales interactúan entre sí con intenciones y efectos premeditados.

4.1 ORÍGENES DE *LAWFARE*

Si bien es cierto que Dunlap popularizó el término Lawfare, ni la noción del concepto, ni el término en sí, son nuevos en la literatura y en la historia²⁴. En 1975, John Carlson y Neville Yeomans²⁵ expresaron su preocupación en un escrito sobre mediación jurídica sosteniendo que los sistemas legales occidentales se estaban utilizando de manera mezquina. Dichos autores escribieron que *Lawfare* estaba reemplazando la guerra y el

²³ DUNLAP, C. «Lawfare Today... and Tomorrow». 87 *International Studies US. Naval War College*. 2011, p. 316.

²⁴ Durante las primeras décadas de 1600, las naciones europeas estaban compitiendo por el control de las rutas comerciales marítimas. Portugal desplegó a su armada en la ruta comercial de especias del mar Índico para así excluir a la Compañía Neerlandesa de las Indias Orientales del uso de dichas rutas. La Compañía Neerlandesa de las Indias Orientales contrató al jurista holandés Hugo Grotius, uno de los padres del derecho internacional, para que ideara una teoría para poder declarar legítimamente la guerra a Portugal amparándose en la exclusión holandesa de las rutas del mar Índico ejercida por parte de Portugal mediante el uso de su armada. Como respuesta, en 1609 Grotius escribió su obra maestra, *Mare Liberum*, en la cual argumentó que bajo el derecho de las naciones, el mar es común a todas ellas y su uso para el comercio debe ser libre. En los años siguientes a la publicación, las naciones europeas adoptaron el argumento jurídico de Grotius y, poco a poco, las aguas internacionales empezaron a ser utilizadas para el comercio marítimo libre. De esta manera, Grotius utilizó el derecho para conseguir un objetivo sin hacer uso de la fuerza militar. A su vez, mediante su obra se ha solidificado el concepto de libertad de alta mar en el derecho internacional moderno.

²⁵ CARLSON, J. y YEOMANS, N. «Whither Goeth the Law-Humanity or Barbary». *The Way Out-Radical Alternatives in Australia*. 1975. [Último acceso 22/03/2019]. <http://www.lace-web.org.au/whi.htm>.

duelo se estaba llevando a cabo con palabras y no con espadas²⁶. Dicho término pasó desapercibido por las esferas jurídicas, políticas y académicas hasta que Dunlap hizo uso de él en el año 2001.

Dunlap acuñó el término en su artículo «Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts» que publicó tras presentar sus ideas en una conferencia de la universidad de Harvard²⁷ en noviembre de 2001. Dicho artículo fue una respuesta directa a un documento de David Rivkin y Lee Casey del año anterior en el cual los autores sostenían que tanto los aliados como los adversarios de Estados Unidos habían decidido utilizar el derecho internacional como medio para explotar negativamente la influencia americana en el mundo²⁸. Dichos autores sostenían, que si las tendencias que había adoptado el derecho internacional en la época de los años noventa seguían aplicándose, el derecho internacional sería una de las armas más potentes desplegadas en la historia contra Estados Unidos. Por esta razón, los autores recomendaban a Estados Unidos influir en la práctica del derecho internacional y abordar los problemas planteados por dicho marco jurídico de manera holística y no caso por caso.

La definición de *Lawfare* dada por Dunlap sufrió varias modificaciones hasta llegar a la concepción del término. Dunlap comenzó definiendo *Lawfare* como «el uso del derecho como un arma de guerra»²⁹, después puntualizó que era un «método de guerra donde el derecho es usado como medio para realizar un objetivo militar»³⁰ y finalmente lo explicó como se ha mencionado en el apartado anterior³¹. Desde entonces, el uso académico mayoritario del término *Lawfare* en occidente sigue la línea definida por Dunlap.

Fuera de las esferas occidentales, en el año 1996, el entonces presidente del Partido Comunista Chino, Jiang Zemin, aconsejó a un grupo de expertos chinos en derecho internacional que su país debería ser experto

²⁶ Lawfare replaces warfare and the duel is with words rather than swords.

²⁷ Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference. Washington D. C.: Carr Centre For Human Rights Policy, Kennedy School of Government. Harvard University. 29 de noviembre de 2001.

²⁸ RIVKIN, B. y CASEY, L. «The Rocky Shoals of International Law». *National Interest*. 2000, p. 35.

²⁹ DUNLAP, C. «Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts». Kennedy School of Government, Harvard University. 2001, p. 2. [Último acceso 22/03/2019]. <http://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>.

³⁰ *Ibidem*, p. 4.

³¹ La estrategia de usar o abusar del derecho como el sustituto de medios militares tradicionales para alcanzar objetivos operacionales.

en utilizar el derecho internacional como un arma³². China también publicó en el año 1999 un libro titulado *Unrestricted Warfare*, escrito por dos coroneles del Partido Comunista Chino, donde se hace referencia al uso del derecho como arma dándole el nombre de «guerra legal»³³. Dicho libro ofrece ejemplos de modos de hacer la guerra sin el uso de presencia militar, en los cuales incluye moldear el derecho internacional para que beneficie a un país específico o utilizar el derecho nacional para que influya en la esfera internacional. Los autores del libro afirman que el buen empleo del derecho en estos casos puede tener efectos igual de destructivos que una intervención militar.

4.2 TIPOLOGÍAS DE LAWFARE

Orde F. Kittrie ha sido el primer autor occidental en clasificar los actos de *Lawfare* en su libro *Lawfare: Law as a Weapon of War* dividiéndolos en dos vertientes. La primera de ellas se denomina *Lawfare* instrumental, versa sobre el uso de herramientas jurídicas para conseguir los mismos efectos o similares a los que se pueden conseguir a través de una acción militar convencional³⁴. Dicha vertiente es utilizada tanto por actores estatales como no estatales y es categorizada en diversas áreas. Se realiza mediante el uso o la manipulación del derecho internacional en foros internacionales o nacionales.

Desde esta perspectiva, se intenta reinterpretar los acuerdos internacionales para conseguir desfavorecer al adversario, se inician procesos judiciales en tribunales nacionales e internacionales para desprestigiarle, se utilizan los mecanismos de organizaciones internacionales para generarle desventajas y se utilizan las organizaciones no gubernamentales para generar opiniones que le deslegitimen.

La segunda vertiente, que Kittrie propone para clasificar *Lawfare* consiste en utilizar argumentos con trasfondo jurídico para presionar al adversario a cumplir con el derecho que el autor del acto de *Lawfare* no cumple

³² ODOM, J. «A China in the Bull Shop? Comparing the Rhetoric of a Rising China with the Reality of the International Law of the Sea». *Ocean and Coastal L. J.* 2012, p. 223.

³³ PLA SENIOR COLONELS. «Globalism and New Tactics: Unrestricted Warfare: Part III». Traducido por la embajada americana en Beijín. 2000. [Último acceso 22/03/2019]. <http://fas.org/nuke/guide/china/doctrine/WEBRES3.htm>.

³⁴ KITTRIE, O. *Lawfare: Law as a Weapon of War*. Edición 1. Oxford University Press, 2016, p. 11.

de antemano³⁵. Esta vertiente de *Lawfare* es utilizada de manera más activa por actores no estatales como Hamas, Hizbullah, Dáesh o Al Qaeda puesto que acusan a sus adversarios de no cumplir con los principios del derecho internacional o el derecho nacional mientras que ellos ni tienen en consideración dichas reglas ni las respetan. Sin embargo, los autores del uso de este tipo de *Lawfare* saben que cualquiera de sus adversarios se rige por el imperio de la ley y está obligado a respetar el derecho.

Por ejemplo, el manual de entrenamiento proporcionado por Al Qaeda a sus seguidores aconseja que en caso de ser detenidos se quejen de haber sido maltratados en prisión. De esta manera, se aseguran de que se investigarán posibles violaciones de derechos humanos o del derecho internacional humanitario por parte de las instituciones nacionales, y posiblemente, internacionales³⁶, haciendo a su adversario perder tiempo y recursos a la vez que se consigue una imagen potencialmente negativa del adversario mediante la desinformación.

También como ejemplo, Dáesh lanzó una campaña de desinformación contra el Centro de Comunicaciones Estratégicas de Contraterrorismo del Departamento de Estado americano (CSCC), que utiliza las redes sociales para contrarrestar la propaganda de Dáesh, en la cual apelaba a las redes sociales a cerrar las cuentas del CSCC porque la información mostrada por el organismo no cumplía con lo estipulado en las bases legales de dichas redes sociales³⁷. Después de analizar los contenidos, las compañías eliminaron las cuentas del CSCC y sus miembros tuvieron que explicar a las diferentes empresas su misión y que el contenido de la información era de Dáesh para, después de un tiempo sin poder utilizar sus perfiles, volver a obtener las credenciales de uso³⁸. Dáesh consiguió mediante el uso de argumentos jurídicos neutralizar las comunicaciones de su adversario sin recurrir al uso de la fuerza³⁹.

³⁵ *Ibidem*, p. 15.

³⁶ US DEPARTMENT OF JUSTICE. *The Al Qaeda Manual*. [Último acceso 22/03/2019]. http://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2002/10/08/manualpart1_.pdf.

³⁷ MILLER, G. y HIGHAM, S. «In a Propaganda War Against ISIS, the U.S. Tried to Play by the Enemy's Rules». *Washington Post*. 2015. [Último acceso 23/03/2019]. http://www.washingtonpost.com/world/national-security/in-a-propaganda-war-us-tried-to-play-by-the-enemys-rules/2015/05/08/6eb6b732-e52f-11e4-81ea-0649268f729e_story.html.

³⁸ Después de que el CSCC defendiese su postura, las redes sociales cerraron las cuentas que estaban siendo utilizadas por Dáesh.

³⁹ Se recuerda que en el conflicto de Kosovo de 1999 la OTAN recurrió al uso de la fuerza para bombardear la cadena de radio y televisión serbia para así neutralizar la campaña propagandística del ejército Serbio.

4.3 LA CONQUISTA CHINA DEL DOMINIO LEGAL

China lleva haciendo uso del dominio legal desde mucho antes que cualquier otro país dentro de su doctrina estratégica militar. Esto es en parte debido al papel instrumental que ha tenido el derecho en la historia y cultura china. Ya en la China imperial, el derecho servía como una herramienta de la autoridad la cual quedaba al margen del imperio de la ley. En la China comunista el derecho era un instrumento de la política, posición contraria a la concepción occidental que tenemos del derecho como ente autónomo y árbitro objetivo de la justicia que está por encima de la política y es el máximo garante del imperio de la ley⁴⁰.

En el año 1999 dos coroneles del ejército chino sugirieron varias estrategias, incluyendo el uso del derecho como arma, para ser utilizadas contra enemigos superiores militarmente hablando y de esta forma compensar la inferioridad militar china⁴¹. Dicho país adoptó el término *faluzhan*⁴² como uno de los grandes componentes de su doctrina estratégica tras la aprobación en el año 2003 por el Comité Central del Partido Comunista Chino y la Comisión Militar Central China del concepto de los «tres modos de guerra», haciendo alusión a tres ramas en su doctrina militar que no hacen uso de la fuerza. La primera de ellas sería la guerra psicológica⁴³, la segunda la guerra de los medios⁴⁴ y la tercera la guerra legal. Este tercer pilar se basa en utilizar, por un lado, el derecho internacional y nacional para conseguir legitimación y, por otro lado, contener posibles repercusiones políticas de las acciones militares chinas amparándose en el derecho. Desde la adopción del concepto de los tres modos de guerra, varios son los textos militares del Partido Comunista Chino que se centran en dicha figura. El ejército chino publicó en el año 2004 un libro que narra 100 casos en los cuales Estados Unidos y varios de sus aliados hacen uso o manipulan el derecho para controlar o limitar a sus adversarios⁴⁵. El libro concluye que los expertos chinos pueden encontrar mucho margen para la manipulación en el contenido, el uso en el tiempo y la aplicación del derecho internacional. Además, puntualiza que en los conflic-

⁴⁰ ORTS, E. «The Rule of Law in China». *34 Vand. J. Transnat'l.* 2001, p. 43.

⁴¹ LIANG, Q. y XIANGSUI, W. *Unrestricted Warfare.* 1999.

⁴² DUNLAP, C. «Lawfare, A decisive Element of 21st Century Conflicts?». *Issue 54 3rd quarter, JFQ.* 2009. China traduce el artículo y sustituye el término *Lawfare* por el de *faluzhan*.

⁴³ La comisión militar central China entiende guerra psicológica como el uso de propaganda, amenazas y coerciones para afectar la habilidad enemiga de entender y poder tomar una decisión adecuada.

⁴⁴ La diseminación de la información para influenciar la opinión pública y conseguir avales tanto domésticos como internacionales para apoyar las acciones militares chinas.

⁴⁵ CHENG, D. «Winning without fighting: Chinese Legal Warfare». *Heritage Foundation Backgrounder.* 2012. [Último acceso 22/03/2019]. <http://www.heritage.org/research/reports/2012/05/winning-without-fighting-chinese-legal-warfare>.

tos futuros en los que China participe, el ejército chino debe ejercer la maestría en el arte de la aplicación del derecho de la guerra para conseguir los mejores efectos posibles⁴⁶. En el año 2005, el ejército chino publicó otro libro escrito por el abogado y alto representante militar, Xun Hengdong, en el cual explica que el derecho de los conflictos armados no debe ser visto como un paradigma inviolable, sino más bien, como un arma para conseguir los objetivos deseados y manipular la percepción de la comunidad internacional⁴⁷.

A su vez, en el año 2007, el ejército chino publicó un texto en el que se define el concepto de guerra legal y se categoriza dicho acto en distintas medidas y diferentes métodos como son ataques legales, contraataques legales, sanciones legales, protecciones y disuasiones legales⁴⁸.

En la concepción estratégica china, el uso del dominio legal se inicia antes del comienzo de las eventuales hostilidades físicas en el campo marítimo, aéreo y cibernético, para así crear y promover la legitimidad internacional de expansión de la soberanía china haciendo uso de su interpretación del derecho internacional reflejado en las maniobras y operaciones militares en las cuales participa.

Tras identificar el uso del dominio legal para la consecución de objetivos políticos y estratégicos sin hacer uso de la fuerza desde la perspectiva académica, es necesario comenzar a delinear el *Lawfare* en la práctica, tema que se desarrolla en la siguiente parte del trabajo.

5. PARTE 3: OPERACIONES LEGALES

«El supremo arte de la guerra es someter al enemigo sin luchar».

Sun Tzu

5.1 LA TRANSICIÓN DE *LAWFARE* A OPERACIONES LEGALES

Teniendo en mente la tipología propuesta por Kittrrie, recogida en la segunda parte de este trabajo, se propone una nueva manera de catalogar los

⁴⁶ WENSHENG, C. *Analysis of 100 Cases of Lawfare*. Peoples Liberation Army Publishing House 2004.

⁴⁷ STEMPEL, P. «Reading Lawfare in Chinese: The Meaning of the Term “Falu Zhan” in Chinese Military Literature» (artículo no publicado. 2011. Origen en Ordre Kittrrie «Lawfare: Law as a Weapon of War», p 348.

⁴⁸ YUNXIA, S. *Under Informatized Conditions: Legal Warfare*. PLA Published House ed. 2007.

actos de uso y manipulación del derecho dentro del dominio legal tanto por actores estatales como por actores no estatales dividiendo dichos actos en tres elementos que denominaremos las tres «íes»: Intención, instrumentos e impacto.

La intención se refiere al propósito que se tiene a la hora de emplear el dominio legal para conseguir generar un efecto en el adversario. Dicha intención debe manifestarse directa o indirectamente y debe deducirse de acciones del adversario o de la búsqueda e interpretación de información del adversario.

Los instrumentos son las herramientas y los métodos utilizados para usar o abusar del derecho y de esta manera conseguir el propósito deseado. Dichos instrumentos se dividen en dos categorías fundamentales⁴⁹. La primera categoría se basa en usar o manipular el derecho internacional a través de la interpretación, de la suspensión, de la terminación o de la invalidez de un acuerdo internacional para favorecer la posición propia o para mermar la posición del adversario. También se realiza alegando el incumplimiento por parte del adversario de derechos humanos o de principios de derecho internacional humanitario tanto en los medios de comunicación como a través de instancias judiciales internacionales como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La segunda categoría de instrumentos utilizados en operaciones legales es el derecho nacional. Desde el ámbito nacional se pueden conseguir los impactos deseados de una operación legal mediante la adopción de nuevas leyes y reglamentos que favorecen la posición propia o a través de la interpretación de la normativa interna. También se hace uso del orden jurisdiccional nacional para iniciar procedimientos tanto en tribunales civiles como penales que puedan generar impactos en el adversario.

Por impacto nos referimos a los efectos que se consiguen ya sea a corto, medio o largo plazo contra los instrumentos de poder del adversario en diferentes niveles, desde el político hasta el táctico. Dentro de los impactos deseados a nivel político o estratégico, son dos los más característicos. Por un lado, consolidar un hecho a través de la práctica después de realizar una nueva interpretación jurídica, o conseguir demorar al adversario en su respuesta. A nivel táctico los impactos dentro del dominio legal son conseguir neutralizar un objetivo específico.

⁴⁹ Dichas categorías han sido una adaptación de las propuestas por José Ramón Suberviola en su artículo SUBERVIOLA, J. R. «Lawfare, el uso del derecho como arma». *Revista Española de Derecho Militar*. N.º 106. 2016. El autor habla de «ámbitos, tipos y niveles de actuación».

Cuando las tres «íes» están siendo utilizadas para afectar a cualquiera de los instrumentos de poder (DIMEFIL⁵⁰) a disposición de una nación, podemos hablar de operación legal. Dichas operaciones pueden cubrir el espectro total del *ius ad bellum* y del *ius in bello* al igual que todo el espectro de tipos de derecho (penal, civil, ambiental, social etc.) tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

Por esta razón, el dominio legal es un dominio más en el que se puede desarrollar una operación con impactos tangibles, por lo que en este trabajo se defiende la idea de que lo que se denomina en la literatura *Lawfare* son operaciones legales que van más allá de su uso en conflictos armados.

Si esto sucede, debería haber una respuesta jurídica dentro de los contornos legales establecidos y promulgados a través de una campaña de comunicaciones estratégicas, utilizando mecanismos de relaciones públicas para desmontar y sofocar el uso de argumentos legales por parte de nuestro adversario, restaurar el valor del imperio de la ley y, eventualmente, neutralizar la estrategia del adversario.

5.2 CÓMO CATALOGAR LAS OPERACIONES LEGALES

Para que las acciones de un Estado o un actor no estatal puedan ser identificadas como una operación legal, tienen que ser evaluadas de acuerdo con su intención, los instrumentos que se han empleado y los impactos que la acción ha producido o puede producir. El marco para evaluar una operación legal se nutre de las tres variables principales.

Para poder asegurar que se trata de una operación legal y poder responder ante ella, el uso o la manipulación del dominio legal debe ser correctamente identificado, por ejemplo, mediante una metodología que categorice en una escala las intenciones, los instrumentos y los impactos.

Para determinar la respuesta necesaria, hay que analizar el origen, las acciones y los resultados potenciales que puede o ha podido producir una operación legal para poder definir su posición en el espectro de la escala y estudiar la respuesta más apropiada y proporcional dentro de los marcos legales.

⁵⁰ El modelo DIMEFIL es usado en OTAN para enmarcar los instrumentos de poder y engloba el ámbito diplomático, de la información, militar, económico, financiero, de la inteligencia y el legal.

5.3 IDENTIFICAR OPERACIONES LEGALES EN LA PRÁCTICA

El propósito de esta sección es aplicar la teoría explicada con anterioridad a casos reales, identificando las operaciones legales mediante los instrumentos utilizados, la intencionalidad del adversario y el impacto conseguido en cada caso. Para ello se mostrarán ejemplos de operaciones legales rusas ejecutadas desde el nivel estratégico que han cambiado la situación geoestratégica europea o están definiendo el camino para un cambio geoestratégico futuro. También se presentarán ejemplos de operaciones legales chinas, se mostrarán ejemplos de operaciones legales realizadas por actores no estatales y se finalizará con ejemplos de operaciones legales tácticas.

5.3.1 Operaciones legales rusas

5.3.1.1 El caso de Crimea

La adhesión de Crimea a la Federación Rusa el 18 de marzo de 2014 es el paradigma de una operación legal. Rusia hizo uso de todos los instrumentos a su disposición para conseguir la inclusión de una localidad ucraniana a su territorio sin hacer uso de la fuerza.

Tras la caída del presidente ucraniano, Viktor Yanukovich, después de los altercados de febrero de 2014 en Ucrania, donde la oposición tomó el control de la Rada Suprema y del país, Rusia perdía un aliado en favor de partidarios de índole europeísta pero no estaba dispuesta a perder su control sobre la península de Crimea ni sobre la base naval rusa en Sebastopol⁵¹, considerada por Rusia como enclave estratégico naval⁵². Con motivo del intento de la nueva Duma Suprema ucraniana de abolir la Ley de Lenguas Cooficiales en Ucrania⁵³ varios *raiones* rusófilos del sur y del este de Ucrania se manifestaron en contra de dicha decisión y comenza-

⁵¹ Hay que tener en cuenta, que después de la caída de la Unión Soviética, la ciudad de Sebastopol pasó a pertenecer a la Federación Rusa mientras que el resto de la península de Crimea pasó a pertenecer a Ucrania. En 1997, Rusia cede Sebastopol a Ucrania con la condición de poder mantener una base naval rusa operativa en el puerto de Sebastopol. En dicho puerto se encuentra la flota rusa del mar Negro desde donde Rusia proyecta su poder naval en el mar Mediterráneo.

⁵² HILLE, K. «Ukrainian port is Key to Russia's naval power». *Financial Times*. 2014. [Último acceso 24/03/2019]. <https://www.ft.com/content/1f749b24-9f8c-11e3-b6c7-00144feab7de>.

⁵³ La Ley de lenguas Cooficiales propuesta por el antiguo gobierno de Yanukovich permitía a las lenguas habladas por más del 10 % de la población de los *raiones* ucranianos ostentar el título de lengua cooficial junto al ucraniano.

ron movimientos separatistas. En Crimea, Serguei Aksionov, como primer ministro de Crimea y prorruso, pidió oficialmente a Rusia asistencia por temor a un movimiento ruso-fóbico por parte de las nuevas autoridades ucranianas. Tras estos eventos, el Consejo de la Federación Rusa autorizó la petición del presidente Vladimir Putin de enviar tropas rusas a Crimea para proteger, por un lado, a la ciudadanía rusa en la región y garantizar su integridad y, por otro lado, reforzar su base naval en Sebastopol hasta que, según el Kremlin, se normalizase la situación política y social ucraniana respetando siempre los límites marcados por el acuerdo de estacionamiento de fuerzas rusas en Crimea firmado en 1997⁵⁴.

El 6 de marzo el Ayuntamiento de Sebastopol realizó una declaración oficial de intenciones al pedir a Rusia formar parte de su nación. El 11 de marzo, la Rada de Crimea aprobó la Declaración de Independencia de la República Autónoma de Crimea y de la ciudad de Sebastopol haciendo referencia a la libre determinación de los pueblos de la Carta de Naciones Unidas, y poniendo como ejemplo, el argumento de la Corte Internacional de Justicia sobre la inviolabilidad del derecho internacional en la independencia de Kosovo. Además, manifestaron su interés, mediante un referéndum, de incorporarse a la Federación Rusa después de la independencia.

El 15 de marzo se celebró dicho referéndum donde se impuso por mayoría la adhesión a la Federación Rusa. El día siguiente, la Rada Suprema de la República de Crimea votó oficialmente dicha adhesión y Vladimir Putin reconoció oficialmente a la República de Crimea⁵⁵ y el deseo de adherirse a su nación. El día 18 de marzo se firmó el acuerdo de adhesión de ambas entidades a la Federación Rusa⁵⁶.

Después de la adhesión de Crimea a Rusia, la comunidad internacional acusó a Rusia de violar sus obligaciones en relación con el Memorando de Budapest de 1994. Bajo las condiciones de dicho acuerdo, Rusia debía respetar la independencia, la soberanía y las existentes fronteras con Ucrania

⁵⁴ El 28 de mayo de 1997 se firmó el Acuerdo entre la Federación Rusa y Ucrania sobre las condiciones de la presencia de la Flota Negra rusa en territorio ucraniano, en la cual se estipuló un máximo de 25.000 efectivos rusos. Rusia no superó dichos efectivos, pero se detectó presencia militar en la península de Crimea no identificada, sin insignias rusas, pero con armamento ruso, lo que se vino a denominar por OTAN como *little green men*.

⁵⁵ «Considerando la voluntad del pueblo de Crimea expresada en el referéndum popular celebrado el 16 de marzo de 2014, que sea reconocida la República de Crimea, donde Sebastopol cuenta con un estatus especial, como Estado independiente y soberano».

⁵⁶ La República de Crimea se incorpora a la Federación Rusa con el estatus de república mientras que la ciudad de Sebastopol se incorpora como ciudad federal como lo son Moscú y San Petersburgo.

y abstenerse de la amenaza al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de Ucrania⁵⁷.

Rusia argumentó que no se hizo uso de la fuerza durante su intervención y que su presencia fue explícitamente pedida y consentida por las autoridades de Crimea. Para Rusia solo se estaba apoyando la autodeterminación expresada por la población de la región que no escaló a una violación de la soberanía ucraniana. Desde su perspectiva, los preceptos del Memorando de Budapest no fueron violados, ya que, mediante la falsa creación de una minoría rusa oprimida por las autoridades ucranianas, Rusia apoyó a Crimea como respuesta a una intervención humanitaria y a través de una operación para el mantenimiento de la paz en la zona, haciendo una analogía a los eventos de la OTAN en Kosovo en 1999⁵⁸.

La operación legal rusa preveía que el Memorando de Budapest no incluía ningún mecanismo de sanciones si alguna de las partes del acuerdo no respetaba lo estipulado, salvo que, las partes arreglasen cualquier disputa mediante negociaciones.

5.3.1.2 El mar de Azov y el estrecho de Kerch

Históricamente el mar de Azov era considerado como aguas internas de la Unión Soviética. Desde la independencia de Ucrania en 1991, Rusia ha luchado para que el mar de Azov se considerase como aguas interiores compartidas entre Ucrania y Rusia basándose en el artículo 8 de la Convención de Naciones Unidas sobre el derecho del mar (CDM). Para ello se firmó un acuerdo entre ambos Estados después de los incidentes de Tuzla en el año 2003⁵⁹, en el cual se plasma por ambas partes que el mar de Azov se considera aguas internas compartidas por Rusia y Ucrania⁶⁰ creando una bahía interna controlada por ambos Estados y asegurando que el tránsito por el estrecho de Kerch se realizaría respetando el derecho internacional. En dicho acuerdo se estipuló negociar otro tratado separado en el cual se delimitaría la frontera entre ambos países en el mar de Azov y en el estre-

⁵⁷ MUÑOZ MOSQUERA, A. y BACHMANN, S. «Lawfare in Hybrid wars: the 21st Century Lawfare». *Op. cit.*, p. 85.

⁵⁸ DREYFUSS, B. «Full Text and Analysis of Putin's Crimea Speech, Nations». *The nation*. 2014. [Último acceso 23/03/2019]. <http://www.thenation.com/article/full-text-and-analysis-putins-crimea-speech/>.

⁵⁹ La isla de Tuzla se encuentra en el estrecho de Kerch.

⁶⁰ *Co-operation Agreement between the Russian Federation and Ukraine on the use of the Sea of Azov*. Firmado el 16 de diciembre de 2003.

cho de Kerch⁶¹. Dicho segundo tratado nunca se efectuó, pues ambas partes no se ponían de acuerdo en las múltiples negociaciones que tuvieron, por lo que la frontera en dicha zona no está delimitada jurídicamente por ambos Estados. Por tanto, hasta los eventos de Crimea, para ambos Estados el mar de Azov fue considerado mar territorial sin una delimitación clara de las fronteras, dejando un vacío legal.

Con la inclusión de la península de Crimea en la Federación Rusa, el vacío legal existente en el mar de Azov ha sido explotado por Rusia, ya que dicho mar pasó a ser de hecho aguas internas rusas. Este hecho tiene repercusiones geoestratégicas, puesto que tratar al mar de Azov y su estrecho como aguas internas rusas hace que el principio de derecho de paso inocente del artículo 17 de la CDM no sea de aplicación en esta zona.

El artículo 4 del acuerdo de adhesión entre Rusia y la República de Crimea estipula que la delimitación marítima de la península de Crimea, al incorporarse al territorio de la Federación Rusa, goza de las mismas leyes internas rusas y está sujeta a los tratados internacionales de los que la Federación Rusa es parte. De esta manera, Rusia expandió sus aguas territoriales y su zona económica exclusiva y aplicó su ley interna del control de las aguas internas⁶² por lo que el estrecho de Kerch pasó a ser controlado íntegramente por el Servicio Federal de Seguridad ruso⁶³. Desde el punto de vista estratégico ruso, el control íntegro del estrecho de Kerch corta la cadena logística marítima al territorio de Donetsk y Luhansk por lo que el apoyo logístico ucraniano e internacional a dicha zona solo puede ser efectuado por tierra.

En julio de 2017 el Ministerio de Transporte ruso publicó una orden en la cual todo barco ucraniano que quiera pasar por el estrecho de Kerch estará sujeto a inspecciones por las autoridades rusas. La misma orden permite a las autoridades rusas denegar el paso al mar de Azov a cualquier buque durante momentos específicos. De esta manera, Rusia bloquea los

⁶¹ SAMUS, M. «Why Russia considers the Sea of Azov its own and what Ukraine should do about it». *Unian*. 2018. [Último acceso 23/03/2019]. <https://www.unian.info/politics/10142348-why-russia-considers-the-sea-of-azov-its-own-and-what-ukraine-should-do-about-it.html>.

⁶² Desde entonces, no hay ningún buque de la Armada ucraniana en el mar de Azov y Rusia controla el cargamento internacional del puerto ucraniano de Mariupol causando millones en pérdidas por las demoras en los tiempos de inspecciones. Debido a las pérdidas económicas, muchas compañías privadas han decidido mover sus operaciones a otros puertos del mar Negro.

⁶³ MELKOZEROVA, V. «Ukraine loses control of Azov Sea to Russia». *Kyiv Post*. 2018. [Último acceso 23/03/2019]. <https://www.kyivpost.com/ukraine-politics/ukraine-loses-control-of-azov-sea-to-russia.html?cn-reloaded=1>.

intereses económicos, navales y militares ucranianos en la zona y ejerce control total de dicha área geográfica.

El lado ucraniano reaccionó tarde, puesto que su defensa contra dicha operación legal empezó con la denuncia ante la Corte Permanente de Arbitraje sobre el control del estrecho de Kerch en 2016⁶⁴.

A su vez, Rusia interpreta que la zona económica exclusiva alrededor de la península de Crimea pertenece a la Federación Rusa. Dentro de dicha área se encuentran las plataformas petrolíferas ucranianas que han sido incautadas por Rusia y que la Brigada marítima rusa número 41 protege oficialmente.

5.3.1.3 Reivindicación rusa del Ártico

El Ártico tiene un valor estratégico para muchos Estados y se han producido varios intentos de proyectar el control sobre la zona utilizando operaciones legales de carácter malicioso. Las ventajas del control del Ártico son sobre todo de carácter económico, debido a la cuantía de los recursos disponibles⁶⁵. Sin embargo, hay otra manera de proyectar la superioridad en el Ártico y es mediante el control de sus estrechos.

Debido al calentamiento global los estrechos árticos están aumentando, lo que ha permitido incrementar el interés estratégico de los Estados en esa área geográfica. La delimitación de la pesca y el debate sobre las zonas económicas exclusivas entre Estados ribereños da pie a la concepción de estrategias en el dominio legal para realizar reivindicaciones territoriales⁶⁶.

Por ejemplo, Rusia ha aprobado legislación nacional para regular la navegación de la ruta del mar del Norte y así catalogar dicha zona como aguas internas del territorio ruso. A su vez, ha establecido bases militares en dicha zona con la intención de ampliar su presencia en la zona⁶⁷. Estas decisiones domésticas en el dominio legal tendrán consecuencias jurídicas internacionales a la hora de que el Consejo Ártico discuta, en el futuro, sobre el debate territorial de las nuevas rutas árticas, puesto que, de hecho, Rusia llevará tiempo estableciendo partes del Ártico bajo su soberanía.

⁶⁴ Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and the Kerch Strait (Ukraine vs. Russia Federation. Case Number 2017-06. Permanent Court of Arbitration, La Haya.

⁶⁵ MUÑOZ MOSQUERA, A. y BACHMAN, S. «Battleground Arctica: Precarious Arctic Law and Lawfare Opportunities». *Oxford Press*. 2017, p. 2.

⁶⁶ PERRIN, J. E. «The Arctic Ocean: a place for the next cold war?». *NATO Legal Gazette*, ed.89. 2017, p. 4.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 7-8.

5.3.2 Operaciones legales chinas

5.3.2.1 Denegación de acceso marítimo

China defiende la posición de expandir el derecho de paso inocente del artículo 17 de la CDM, establecido internacionalmente para las aguas territoriales, a su zona económica exclusiva, extendiendo así su control total a 200 millas marinas de las líneas de base. Este hecho es, desde el punto de vista de muchos países, incompatible con el derecho internacional y más concretamente con los preceptos de la CDM puesto que dicho tratado explícitamente sostiene en su artículo 56 que un Estado ribereño no puede regular el paso inocente en su zona económica exclusiva⁶⁸.

A su vez, China sostiene que las actividades militares extranjeras en su zona económica exclusiva deben ser notificadas a China y aprobadas por dicho Estado ribereño antes de su eventual realización. El objetivo chino es continuar con su interpretación del derecho del mar y conseguir cambiar la costumbre del uso y control de la zona económica exclusiva mediante la práctica diaria, la inclusión de una declaración en el instrumento depositario de la ratificación china de la CDM, el cambio de legislación doméstica encauzando sus leyes para defender los intereses de seguridad de la zona económica exclusiva, un apoyo académico en su favor, a través de una campaña de comunicaciones estratégicas⁶⁹ y también mediante el uso de instituciones internacionales para promover su posición⁷⁰.

A su vez, China está desarrollando una estrategia expansiva mediante la construcción de entidades artificiales en el mar que se nutren de los mismos argumentos que las islas naturales. De esta forma, la estrategia china para la obtención de soberanía a través de mecanismos legales está causando los mismos efectos que tradicionalmente se conseguían a través del uso de la fuerza militar⁷¹.

⁶⁸ PEDROZO, R. «The Building of China's Great Wall at Sea». *Ocean & Coastal L. J.* 2002, p. 253.

⁶⁹ DE TOLVE, R. «At what cost? America's UNCLOS Allergy in the Time of Lawfare». *Naval L. Rev.* 1. 2012, p. 61.

⁷⁰ En mayo de 2009, China repartió, a todos los miembros de Naciones Unidas, una nota formal en la que informaba que China tiene soberanía y jurisdicción indisputable sobre las islas en el mar del Sur de China y sus aguas adyacentes, y que su posición ya es sabida por la comunidad internacional. China repartió con la nota un mapa mostrando su posición, en la cual se expande de manera importante la zona económica exclusiva china.

⁷¹ Contenido de la carta que mandó el Comité de Defensa del Senado Americano y el Comité de Relaciones Internacionales del Senado Americano al secretario de De-

Mediante esta operación legal, China deniega el acceso a su zona económica exclusiva a los buques y aeronaves de Estados Unidos, Japón y otros países de la región, haciendo uso del derecho internacional como instrumento para disuadir a sus adversarios mediante una interpretación del derecho del mar más favorable a la proyección de autoridad soberana de los Estados ribereños en detrimento de las normas consolidadas de la libertad de navegación⁷². China continúa avanzando, hoy en día, en el campo de batalla del derecho internacional cambiando la práctica para mantener a sus adversarios más lejos de sus costas y así darle a su ejército más espacio de maniobra para un posible conflicto futuro, consolidando así su estrategia de denegación de acceso.

5.3.2.2 El caso chino en el ciberespacio

Por otro lado, en el ámbito cibernético, China reclama que el derecho internacional humanitario y sus principios no son aplicables al ciberespacio⁷³ y ha insistido oficialmente en Naciones Unidas que se eliminen todas las secciones que tienen que ver con la aplicación del derecho internacional al ciberespacio de los documentos de Naciones Unidas⁷⁴.

El ciberespacio es de vital importancia estratégica para China, y la superioridad en su control es uno de sus objetivos en los conflictos armados en los que dicho Estado se puede ver envuelto. Como muestra, el teniente general Qi Jianguo ha manifestado que, en la era de la información, tomar el control y mantener la superioridad del ciberespacio es más importante que dominar las aguas o el aire en los tiempos de la Segunda Guerra Mundial⁷⁵.

fensa americano y al secretario de Estado americano en marzo de 2015. [Último acceso 24/03/2019]. <http://breakingdefense.com/wp-content/uploads/sites/3/2015/03/03-19->

⁷² KRASKA, J. y WILSON, B. «China Wages Maritime “Lawfare”». *Foreign Policy*. 2009. [Último acceso 24/03/2019]. <http://foreignpolicy.com/2009/03/12/china-wages-maritime-lawfare/>.

⁷³ Informe anual 2011 de la Oficina del Secretario de Defensa Americano. *Military and Security Developments Involving the People's Republic of China*. 2011. [Último acceso 24/03/2019]. http://www.defense.gov/pubs/pdfs/2011_CMPR_Final.pdf.

⁷⁴ MARKS, J. «U.S. Makes New Push for Global Rules in Cyberspace». *POLITICO*. 2015. [Último acceso 24/03/2019]. <http://www.politico.com/story/2015/05/us-makes-new-push-for-global-rules-in-cyberspace-117632.html>.

⁷⁵ INKSTER, N. «Conflict Foretold: America and China, Survival: Global Politics and Strategy». *IISS*. 2013. [Último acceso 24/03/2019]. <http://www.iiss.org/en/publications/survival/sections/2013-94b0/survival-global-politics-and-strategy-october-november-2013-bld0/55-5-02-inkster-8a63>.

En un conflicto armado en el cual China no utilizase sus capacidades cibernéticas de acuerdo con los principios del derecho internacional humanitario, dicho país tendría una ventaja sobre sus adversarios, puesto que los demás Estados sí que estarían sujetos a dichos principios. Para prepararse para dicho escenario, China utiliza todos los foros legales internacionales para mostrar su opinión, y así defender su posición y marcar el terreno para protegerse ante las futuras críticas internacionales.

5.3.3 Operaciones legales de actores no estatales

5.3.3.1 Escudos humanos en Afganistán

Como resultado de una campaña de desinformación de la insurgencia talibán centrada en las bajas civiles durante la misión de la OTAN en Afganistán en el año 2009, el general de Brigada Blanchette, portavoz de esta Organización, declaró que la OTAN calcularía los efectos y la proporcionalidad en toda acción y no se autorizaría ningún ataque si se estimase una posible baja civil como daño colateral, incluso si fuese para neutralizar al mismo Osama Bin Laden⁷⁶. Fue un movimiento intencionado de la OTAN ir más allá de sus obligaciones bajo el derecho internacional humanitario para así conseguir conquistar la opinión de la población local. Sin embargo, la insurgencia abusó de dicha intención aproximando a civiles a todos los objetivos militares después de dicho comunicado. Con esta operación legal, la preocupación de la OTAN sobre la seguridad de la población civil fue utilizada en su contra por la insurgencia talibán. De esta manera, se consiguió deslegitimar las acciones de la OTAN y restringir sus maniobras en la conducción de las operaciones en la zona, lo que tuvo un significativo impacto en la misión ISAF⁷⁷ en Afganistán.

⁷⁶ «We need to weigh the effects and the proportionality of every action. If there is the likelihood of even one civilian casualty, we will not strike, not even if we think Osama bin Laden is down there». En «NATO Hopes to Undercut Taliban With “Surge of Projects”». *Washington Post*. 2009. [Último acceso 25/3/2019]. <http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2008/09/26/AR2008092603452.html>.

⁷⁷ International Security Assistance Force por sus siglas en inglés.

5.3.3.2 *Hamas en Gaza*

Hamas realizó operaciones legales tanto en el conflicto de 2009 como en el de 2014 en Gaza contra Israel. Para sus despliegues tácticos, tanto de personal como de material, *Hamas* utilizaba escuelas, hospitales, mezquitas e iglesias, así como hogares⁷⁸. En ambos conflictos, el hospital Shifa era de hecho el cuartel utilizado por la milicia desde el cual se llevaban a cabo las operaciones⁷⁹ ya que asumían que Israel no atacaría el hospital. A su vez, *Hamas* escondía cohetes y municiones pesadas en los colegios de la zona⁸⁰ para después lanzarlos desde hogares particulares⁸¹ e invitaban a la población civil a permanecer dentro de los hogares. Por otro lado, los combatientes de *Hamas*, que en los desfiles llevan uniformes distintivos de combatientes, se camuflaron entre la población civil con ropa de paisano en ambos conflictos⁸². Los lugares mencionados se utilizan como cebo por parte de *Hamas* contra las campañas aéreas israelíes y así hacer uso de los medios de comunicación, generando una campaña mediática en contra de Israel, alegando crímenes de guerra y contra la humanidad contra de la población de Gaza⁸³, inhabilitando de este modo a Israel para llevar a cabo numerosas operaciones contra *Hamas*.

Hay que mencionar, que los hechos realizados por *Hamas* son una violación de algunas provisiones del derecho internacional humanitario, concretamente el hecho de colocar sus capacidades militares junto a la población civil viola el apartado 7 del artículo 51 del Protocolo Adicional Primero al Convenio de Ginebra, que prohíbe la colocación de civiles para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares y, en es-

⁷⁸ MELLIE, P. *Hamas and Hezbollah: A Comparison of Tactics, Back to Basics: A study of the Second Lebanon War and Operation Cast Lead*. 2009, p. 68.

⁷⁹ BOOTH, W. «While Israel Held its Fire, the Militant Group Hamas did not». *Washington Post*. 2014. [Último acceso 25/03/2019]. http://www.washingtonpost.com/world/middle_east/while-israel-held-its-fire-the-militant-group-hamas-did-not/2014/07/15/116fd3d7-3c0f-4413-94a9-2ab16af1445d_story.html.

⁸⁰ BARNARD, A. y RUDOREN, J. «Israel Says that Hamas Uses Civilian Shields, Reviving Debate». *New York Times*. 2014. [Último acceso 25/03/2019]. http://www.nytimes.com/2014/07/24/world/middleeast/israel-says-hamas-is-using-civilians-as-shields-in-gaza.html?_r=0.

⁸¹ «UNRWA Condemns Placement of Rockets, for Second Time, in One of its Schools». *UNRWA*. 2014. [Último acceso 25/03/2019]. <http://www.unrwa.org/newsroom/press-release/unrwacondemns-placement-rockets-second-time-one-its-schools>.

⁸² ESTRIN, J. «Looking for the Enduring Photo in Gaza». *New York Times*. 2014. [Último acceso 25/03/2019]. <http://lens.blog.nytimes.com/2014/08/05/looking-for-the-enduring-photo-in-gaza/>.

⁸³ BLANK, L. «Taking DISTINCTION TO THE Next Level: Accountability for Fighters Failure to Distinguish Themselves from Civilians». *46 U. L. Review*. 2012, p. 792.

pecial, prohíbe la colocación de civiles para tratar de poner los objetivos militares a cubierto de ataques. A su vez, Hamas no solo no respeta la obligación reflejada en el artículo 58 del Protocolo de alejar a la población civil de las proximidades de objetivos militares y la obligación de evitar situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas, sino que deliberadamente invita e incluso obliga a su población civil a permanecer cerca de los objetivos militares.

5.3.4 Operaciones legales tácticas

5.3.4.1 El caso Múnich

En un intento de dañar la imagen del general Breedlove, comandante supremo de las Fuerzas Aliadas en Europa (SACEUR), por sus declaraciones atribuyendo a Rusia los levantamientos en el este de Ucrania y de la anexión en Crimea, un ciudadano búlgaro denunció al general ante un tribunal penal de Múnich por una presunta ofensa contra un Estado soberano (Rusia) penada bajo el Código Penal alemán. En poco tiempo, se descubrió que el ciudadano búlgaro tenía lazos estrechos con Rusia lo que indicó la intención bajo dicha operación legal. La defensa legal del general Breedlove en SHAPE defendió la inmunidad del general de acuerdo con el artículo 8 del acuerdo Bélgica-SHAPE⁸⁴. Sin embargo, contrarrestar dicha demanda tuvo un impacto notable en la carga de trabajo de OTAN y en los recursos que se tuvieron que desviar para hacer frente al caso. De este ejemplo, se puede extraer cómo el derecho interno de un país fue utilizado por parte de Rusia para lanzar una operación legal de escala internacional con un coste en recursos muy bajo para Rusia pero con un posible impacto negativo muy alto para la OTAN⁸⁵.

5.3.4.2 El caso MV Alead

El buque ruso MV Alead navegaba en junio de 2012 cargado con helicópteros de guerra rumbo a Siria para entregárselos al régimen de Al Asad.

⁸⁴ *Agreement between Supreme Headquarters Allied Powers Europe and the Kingdom of Belgium on the special Conditions Applicable to the Establishment and Operations of this Headquarter on the Territory of the Kingdom of Belgium. 12 May 1967.*

⁸⁵ Entrevista con el asesor jurídico de SACEUR y director de la oficina legal de SHAPE, Andrés Muñoz Mosquera, el día 13 de agosto de 2018.

Reino Unido quería impedir que el cargamento fuese entregado, pero entendía que interceptar el buque ruso conllevaría el uso de la fuerza y una posible escalada de tensión con Rusia. Reino Unido optó por persuadir a la compañía de seguros del buque, London's Standards Club, a retirar el seguro del buque. Como resultado, el buque tuvo que dar media vuelta a la altura de Escocia y su cargamento no fue entregado en Siria⁸⁶.

5.3.4.3 El caso de la flotilla a Gaza

En mayo de 2010, Israel fue criticado internacionalmente por la gestión de la crisis de la flotilla rumbo a Gaza, especialmente por el abordaje del buque Mavi Marmara por parte del ejército israelí y la pérdida de vidas humanas⁸⁷. Después de los eventos de 2010, los organizadores de la flotilla anunciaron un plan para volver a organizar una nueva flotilla desde Grecia y pasar el bloqueo marítimo israelí en junio de 2011. El instituto legal hebreo Shurat HaDin (el camino de la justicia) se percató que, bajo las leyes griegas, a los buques no se les permite salir de puertos griegos sin el correspondiente seguro marítimo⁸⁸. Tras coordinar con las autoridades gubernamentales israelíes, se realizó un estudio de cuáles eran las compañías de seguros más relevantes en la región y se mandó una carta a todas ellas notificando que los buques que tenían asegurados iban a participar en una flotilla para pasar un bloqueo marítimo israelí rumbo a Gaza y participar, potencialmente, en contrabando al abastecer logísticamente a Hamas. Dicha carta incorporaba información del contenido de los buques de la flotilla y advertía a las compañías de que podían ser responsables de apoyo a terrorismo y que podrían ser demandadas en el futuro por el Estado de Israel⁸⁹. Varias de las compañías, incluida Lloyd's of London, contestaron a Shurat

⁸⁶ STEWART, S. «Cargo Ship MV Alead Carrying Attack Helicopters Bound for Syria Is Halted off Scottish Coast». *Daily Records*. 2012. [Último acceso 28/3/2019]. <http://www.dailyrecord.co.uk/news/politics/cargo-ship-mv-alead-carrying-1129749>.

⁸⁷ Flotilla Incident May 2010, Report of the Secretary General's Panel of Inquiry. Septiembre 2011. [Último acceso 28/3/2019]. http://www.un.org/News/dh/infocus/middle_east/Gaza_Flotilla_Panel_Report.pdf.

⁸⁸ GOODMAN, A. «Meet the Legal Wonks Who Brought Down the Flotilla». *Commentary*. 2011. [Último acceso 28/3/2019]. <http://www.commentarymagazine.com/2011/08/22/shurat-hadin-flotilla/>.

⁸⁹ SAYARE, S. «Israeli Advocacy Group Helps Delay Departure of Gaza -Bound Flotilla». *New York Times*. 2011. [Último acceso 28/3/2019]. <http://www.nytimes.com/2011/06/29/world/middleeast/29flotilla.html>.

HaDin notificando⁹⁰ que, después de analizar la carta y los eventos, se le retiraría el seguro a los barcos que lo habían contratado con su compañía⁹¹. A su vez, Shurat HaDin notificó formalmente al Ministerio de Protección Civil griego que los barcos de la flotilla o no tenían seguro o no estaban propiamente registrados⁹², lo que llevó a las autoridades portuarias griegas a inspeccionar dichos barcos y no permitirles la salida de puertos griegos con rumbo a Gaza⁹³. A través de esta operación legal, Israel consiguió el mismo objetivo militar que en 2010 sin hacer uso de la fuerza ni poner la reputación ni los bienes israelíes en riesgo.

6. RECOMENDACIONES

Después de haber plasmado el uso del dominio legal en las guerras híbridas contemporáneas, el origen del *Lawfare*, su conceptualización, la transición propuesta a operaciones legales, así como algunos ejemplos, varias son las recomendaciones que se proponen para la inclusión del dominio legal y de las operaciones legales dentro de la estrategia de seguridad y defensa de cualquier Estado u organización internacional que quiera afrontar los retos híbridos en la concepción geoestratégica del mundo en el siglo XXI. El objetivo para los Estados y las organizaciones internacionales debería ser cumplir con sus obligaciones legales mientras que al mismo tiempo incluyan de manera más creativa operaciones legales tanto defensivas como ofensivas en su repertorio de soluciones.

⁹⁰ Extracto de la carta de *Lloyds of London*: «As you correctly point out in the letter, Hamas is subject to UK and EU terrorist-financing sanctions. As such, any vessel identified as being owned or controlled by that organisation would not be permitted to be insured by underwriters at Lloyd's, or any other EU insurer. The Lloyd's Market has robust systems in place to ensure international sanctions are followed, and therefore any underwriter identifying an insured or prospective insured acting on behalf of, or for the benefit of Hamas, would not insure such a risk».

⁹¹ RONEN, G. «Maritime Lawfare Victory: Lloyd's Won't Insure Gaza Flotilla». *Israel National News*. 2011. [Último acceso 26/03/2019]. http://www.israelnationalnews.com/News/News.aspx/144423#UkGizh Yn8_s.

⁹² DARSHAN-LEITNER, N. «Sinking the Gaza Flotilla». *EMC Conference Paper*. 2014. [Último acceso 26/03/2019]. <https://www.usnwc.edu/Academics/Faculty/Derek-Reveron/Workshops/Maritime-Security,-Seapower,Trade/Maritime-Working-Papers/nitsana.aspx>.

⁹³ Como consecuencia de la prohibición de las autoridades griegas a salir del puerto, solo un capitán trató de ignorar la orden y fue arrestado y un barco consiguió salir del puerto alegando que su destino era Alejandría. Dicho barco fue interceptado pacíficamente por el bloqueo israelí.

Alerta temprana legal

Los Estados y las organizaciones internacionales deben identificar indicadores en el ámbito legal que pueden ser relevantes para completar la imagen de inteligencia sobre el conocimiento del entorno que se está realizando sobre la actividad de un adversario. A su vez, los puntos débiles del sistema legal propio deben ser identificados y monitorizados para que no puedan ser utilizados por el adversario. Para ello, es primordial crear estrategias de interpretación y contraataque legal en el derecho internacional humanitario, en el derecho del mar y en materia cibernética. Son dos los ejemplos que se ofrecen para dejar más clara dicha recomendación.

En primer lugar, el uso de empresas militares privadas es una manera efectiva para algunos países, como Rusia⁹⁴, para disipar su implicación en la consecución de sus objetivos estratégicos⁹⁵. Dependiendo de las leyes nacionales, para el adversario puede ser fácil financiar, controlar o incluso constituir⁹⁶ una empresa militar privada en una nación aliada ofreciendo servicios de protección y seguridad. Dicho acto puede ser un riesgo para la seguridad nacional.

En segundo lugar, la instalación nuclear flotante rusa, el *Akademik Lomonosov*, está operativa⁹⁷. El buque puede ser utilizado intencionadamente o no para causar un desastre medioambiental. Los Estados aliados podrían adoptar legislación nacional en materia de medioambiente haciendo uso de la sección 5 de la CDM para denegar el acceso al *Akademik Lomonosov* a su zona económica exclusiva y así, por un lado, impedir el movimiento

⁹⁴ El grupo Wagner, una empresa militar privada estrechamente ligada al Kremlin, lleva operando en Siria y en algunos países africanos como Sudán y la República Central Africana apoyando objetivos estratégicos rusos. En este último país, el grupo Wagner realiza protección privada al presidente Faustin-Archange Touadera por sentirse amenazado y no confiar en su propio cuerpo de seguridad. [Último acceso 28/3/2019]. <http://www.middleeasteye.net/news/sahel-new-eldorado-private-military-companies-216025430>.

⁹⁵ En julio de 2018, tres reporteros que estaban investigando en la República Central Africana los nexos entre el grupo Wagner y el Kremlin fueron asesinados. [Último acceso 28/3/2019]. <https://qz.com/africa/1345613/russia-journalists-killed-in-central-african-republic-probed-wagner/>.

⁹⁶ Malta introdujo en 2014 un programa llamado *cash for citizenship*, aceptado por la Comisión Europea mediante el cual se puede obtener la nacionalidad maltesa y, por ende, la ciudadanía europea y el acceso al mercado europeo si se cumplen, entre otros, los requisitos de pagar 650.000 euros y no tener antecedentes penales.

⁹⁷ Desde 2009 hasta mayo de 2018, *Rosenergoatom* ha construido una plataforma nuclear flotante con dos reactores nucleares KLT-40S capaz de generar 70MWde energía eléctrica y 50 Gcal/h de energía térmica, lo que supone mantener a una ciudad de 100.000 habitantes abastecida de energía desde el agua.

eficaz de la instalación nuclear flotante y, por otro lado, generar una zona más amplia de protección en el eventual caso del uso malintencionado de la instalación nuclear.

Conciencia legal

Tanto los Estados como las organizaciones internacionales deberían crear foros para discutir sobre las operaciones legales, mostrando ejemplos para así concienciar, en el ámbito de la seguridad y la defensa, sobre los efectos destructivos que pueden causar dichas operaciones.

Interoperabilidad legal

Como se ha visto, las operaciones legales tienen efectos que pueden influir a varios pilares de una nación o de una organización internacional. Por esta razón, para hacer frente a las operaciones legales, es fundamental tener una estrategia o doctrina en materia de operaciones legales. A su vez, sería necesario tener una entidad intergubernamental que tenga como función coordinar las respuestas para hacer frente a las operaciones legales y desarrollar respuestas defensivas y ofensivas⁹⁸. De esta manera, tanto una nación como una organización internacional tendrán capacidad de adaptación en caso de ser objeto de operaciones legales.

Preparación legal

Para hacer frente a las operaciones legales es fundamental poder detectarlas, responder a ellas y prevenirlas. Por esta razón, se recomienda desarrollar mecanismos o procesos de identificación de operaciones legales apoyadas por herramientas que establecen criterios y umbrales de aplicación específicas para así poder determinar los efectos causados. Para poder hacer esto, se debería desarrollar una metodología que demostrase los casos dentro del dominio legal que escalasen a una operación legal. A su vez, se debería desarrollar una base de datos con ejemplos de operaciones legales divididos en sus distintas categorías para así poder analizarlos y entrenar al personal en su futura prevención tanto a corto como a medio y largo plazo.

⁹⁸ El Estado de Israel tiene una oficina en el Ministerio de Justicia dedicada íntegramente a operaciones legales desde la cual monitoriza dichas operaciones de sus adversarios y planea las respuestas tanto defensivas como ofensivas. Dicha oficina también hace de coordinador intergubernamental en materia de operaciones legales.

Entrenamiento legal

El entrenamiento en materia de operaciones legales debe ser integrado en todos los niveles con el objetivo de desarrollar una conciencia sobre lo que son las operaciones legales. Para ello, se debería formar al personal implicado mediante entrenamientos y cursos especializados en materia o incluir nociones de operaciones legales en cursos, ya existentes, dentro del ámbito de la seguridad y la defensa.

A su vez, se debería intentar incluir las operaciones legales como objetivos a entrenar en maniobras y ejercicios militares, sobre todo de ámbito estratégico y político, para así poder diseñar mecanismos para mitigar las operaciones legales y sus efectos.

La inteligencia jurídica

Para poder defenderse y anticiparse a las operaciones legales de cualquier adversario, sería esencial la creación de una red de coordinación entre analistas de inteligencia y profesionales del derecho que trabajan en asesoramiento jurídico en materia de seguridad y defensa. Para esto, se podrían incluir en los ciclos de obtención de información elementos jurídicos para que los analistas de inteligencia avisasen a los expertos jurídicos en el momento que detectasen dichos elementos proporcionados de antemano. Así, se podrían activar los mecanismos de monitorización de dicha actividad y reaccionar ante una potencial operación legal antes de que se desarrollase.

7. CONCLUSIÓN

Como se ha podido observar, el dominio legal es uno de los pilares en los que se fundamentan las guerras híbridas contemporáneas y está siendo explotado de manera efectiva por el adversario. El trabajo ha tenido como intención desarrollar un entendimiento comprensivo sobre lo que son las operaciones legales. La transición de un debate académico de Lawfare a un concepto funcional y tangible de operaciones legales a través de los ejemplos reflejados en el trabajo, da pie a sentir la necesidad de comenzar a estimular o continuar estimulando a los actores implicados, para así asegurar que la perspectiva de las operaciones legales sea una vertiente más a tener en consideración a la hora de planear una estrategia de seguridad y defensa.

Los ejemplos de operaciones legales tienen una tendencia al aumento revelando una sensibilidad creciente hacia el tema y, potencialmente, el empleo cada vez mayor de las operaciones legales. Como consecuencia, tanto los Estados como las organizaciones internacionales deben desarrollar una estrategia, a largo plazo, para responder a las operaciones legales para así poder defenderse de dichos usos o manipulaciones del derecho, y poder contraatacar cuando el derecho esté siendo utilizado en su contra ya sea como instrumento, como pretexto o como arma.

El uso y la manipulación del derecho para la consecución de objetivos estratégicos sin llegar al uso de la fuerza es un tema reciente al que se enfrenta Europa, y concretamente España, que requiere de un estudio exhaustivo sobre la materia. Un análisis del contexto en el que se encuentra España en los últimos años demuestra que el dominio legal a través de operaciones legales ha sido empleado contra las instituciones del Estado, cuestión que sería de interés estudiar.

BIBLIOGRAFÍA

- BARNARD, A. y RUDOREN, J. «Israel Says that Hamas Uses Civilian Shields, Reviving Debate». *New York Times*. 2014.
- BLANK, L. «Taking Distinction to the Next Level: Accountability for Fighters Failure to Distinguish Themselves from Civilians». *46 U. L. Review*. 2012.
- BOOTH, W. «While Israel Held its Fire, the Militant Group Hamas did not». *Washington Post*. 2014.
- BROWN, L. «Twenty-First Century Warfare Will be Hybrid». *USAWC Strategy Research Project*. United States Army: US Army War College. 2011.
- CARLSON, J. y YEOMANS, N. «Whither Goeth the Law-Humanity or Barbary». *The Way Out-Radical Alternatives in Australia 1975*.
- CHENG, D. «Winning without fighting: Chinese Legal Warfare». *Heritage Foundation Backgrounder* 2012.
- DARSHAN-LEITNER, N. «Sinking the Gaza Flotilla». *EMC Conference Paper*. 2014.
- DEEP, A. «Hybrid War: Old Concept, New Techniques». *Small Wars Journal*. Zurich Center for Security Studies 2015.
- DE TOLVE, R. «At what cost? America's UNCLOS Allergy in the Time of Lawfare». *Naval L. Rev.* 1. 2012.

- DREYFUSS, B. «Full Text and Analysis of Putin's Crimea Speech». *The nation*. 2014.
- DUNLAP, C. «Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts». Kennedy School of Government, Harvard University, 2001.
- DUNLAP, C. «Lawfare Today: A Perspective». 3 Yale Institute of International Affairs 146, 2008.
- DUNLAP, C. «Lawfare, A decisive Element of 21st Century Conflicts». *Issue 54 3rd quarter*, JFQ. 2009.
- DUNLAP, C. «Lawfare Today... and Tomorrow». *87 International Studies*. US Naval War College, 2011.
- ESTRIN, J. «Looking for the Enduring Photo in Gaza». *New York Times*. 2014.
- GERASIMOV, V. «The Value of Science in Foresight: New Challenges Require Rethinking on the Forms and Methods of Warfare». *Military Industry Kurier*. 2013.
- GOODMAN, A. «Meet the Legal Wonks Who Brought Down the Flo-tilla». *Commentary*. 2011.
- HILLE, K. «Ukrainian port is Key to Russia's naval power». *Financial Times*. 2014.
- HOFFMAN, F. *Conflict in the 21st Century: The Rise of Hybrid War*. Arlington: Potomac Institute for Policy Studies, 2007.
- INKSTER, N. «Conflict Foretold: America and China, Survival: Global Politics and Strategy». *IISS*. 2013.
- KITTRIE, O. «Lawfare: Law as a Weapon of War». *Oxford University Press*, 2016, ed. 1.
- KRASKA, J. y WILSON, B. «China Wages Maritime "Lawfare"». *Foreign Policy*. 2009.
- LIANG Q. y XIANGSUI W. *Unrestricted Warfare*. 1999.
- MARKS, J. «US Makes New Push for Global Rules in Cyberspace». *Politico*. 2015.
- MARTÍNEZ LLARENA E. y FONSECA LINDEZ I. «NATO Readiness Action Plan: The Legal and Host Nation Support Architecture». *NATO Legal Gazette*, ed. 37. 2016.
- MCCUEN, J. «Hybrid Wars». *Military Review*. Vol. 88. 2008.
- MCDERMOTT, R. «Myth and Reality- A Net Assessment of Russia's Hybrid Warfare Strategy since the start of 2014». *Eurasia Daily Monitor*. Vol. 11. N.º 184. 2014.
- MELKOZEROVA, V. «Ukraine loses control of Azov Sea to Russia». *Kyiv Post*. 2018.

- MELLIE, P. « Hamas and Hezbollah: A Comparison of Tactics, Back to Basics: A study of the Second Lebanon War and Operation Cast Lead ». *Commentary*. 2009.
- MILLER, G. y HIGHAM, S. « In a Propaganda War Against ISIS, the U.S. Tried to Play by the Enemy's Rules ». *Washington Post*. 2015.
- MUÑOZ MOSQUERA, A. y BACHMANN, S. « Lawfare in Hybrid Wars: The 21st Century Warfare ». *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 7. 2016.
- MUÑOZ MOSQUERA, A. y BACHMAN, S. « Battleground Arctica: Precarious Arctic Law and Lawfare Opportunities ». *Oxford Press*. 2017.
- ODOM, J. « A China in the Bull Shop? Comparing the Rhetoric of a Rising China with the Reality of the International Law of the Sea ». *Ocean and Costal L. J.* 2012.
- ORTS, E. « The Rule of Law in China ». *34 Vand. J. Transnat 'l.* 2001.
- PEDROZO, R. « The Building of China's Great Wall at Sea ». *Ocean & Costal L. J.* 2002.
- PERRIN, J. E. « The Arctic Ocean: a place for the next cold war? ». *NATO Legal Gazette*, ed. 89. 2017.
- RIVKIN B. y CASEY, L. « The Rocky Shoals of International Law ». *National Interest*. 2000.
- RONEN, G. « Maritime Lawfare Victory: Lloyd's Won't Insure Gaza Flotilla ». *Israel National News*. 2011.
- SAMUS, M. « Why Russia considers the Sea of Azov its own and what Ukraine should do about it ». *Unian*. 2018.
- SAYARE, S. « Israeli Advocacy Group Helps Delay Departure of Gaza-Bound Flotilla ». *New York Times*. 2011.
- STEMPEL, P. « Reading Lawfare in Chinese: The Meaning of the Term "Falu Zhan" in Chinese Military Literature » (artículo no publicado). 2011.
- STEWART, S. « Cargo Ship MV Alead Carrying Attack Helicopters Bound for Syria Is Halted off Scottish Coast ». *Daily Records*. 2012.
- SUBERVIOLA, J. R. « Lawfare, el uso del derecho como arma ». *Revista Española de Derecho Militar*. N.º 106. 2016.
- WENSHENG, C. *Analysis of 100 Cases of Lawfare*. PLA Publishing House, 2004.
- WILKIE, R. « Hybrid Warfare-Something Old, Not Something New ». *Air & Space Power Journal*. 2009.
- YUNXIA S. *Under Informatized Conditions: Legal Warfare*. PLA Published House ed. 2007.

UN ACERCAMIENTO AL DELITO DE LESIONES EN EL ÁMBITO MILITAR

Jacobo Barja de Quiroga
Magistrado del Tribunal Supremo

Resumen

Se realiza una aproximación al delito de lesiones abarcando con este término el maltrato, tomando en consideración la evolución ocasionada en el bien jurídico protegido y, consiguientemente, en la acción típica, examinando que esta evolución es aplicable en el ámbito militar, donde además se plantea un concurso de delitos. De una agresión física se evoluciona a una acción u omisión que afecta a la libre determinación sobre la salud física o psíquica, esto es, respecto al bienestar de la persona.

Palabras claves: lesiones, maltrato.

Abstract

Deals with injuries crime including within this term abuse crime by taking into consideration the evolution in the legally-protected right and in the criminal action. This evolution is applicable to the military jurisdiction where it could even result in concurrent offences.

From physical abuse evolves into an action or omission that affects self-determination on physical or mental health with relation to human well-being.

Key words: injuries, abuse.

SUMARIO

I.- Introducción. II.- Aproximación al Código Penal Militar. III.- Bien jurídico protegido en el delito de lesiones. IV.- Vuelta al ámbito militar. V.- La jurisprudencia. VI.- Epílogo.

I. INTRODUCCIÓN

Necesariamente he de partir de algo que debe ser obvio, pero es preciso insistir en ello. Me refiero a la relación normativa entre el Código Penal y el Código Penal Militar. El hecho de que la normativa penal militar se encuentre recogida en una ley diferente al Código Penal no debe conducirnos a un fácil error: pensar en la especialidad. Que, en el ámbito de la codificación, o desde ese punto de vista, se considere ley especial, es absolutamente irrelevante.

La relación normativa es de alternatividad. Los concursos aparentes de normas, esto es, cuando varias normas son de aplicación, pero existe una relación de exclusión, aparecen regulados en el art. 8 del Código Penal, respondiendo a diversos principios expuestos de forma gradual. Incluso no es preciso acudir a este grupo normativo del Código Penal, pues, como veremos seguidamente, dicho concurso está legislativamente resuelto. Al respecto, el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, señala que la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los delitos y faltas comprendidos en el Código Penal Militar y, añade seguidamente que «salvo lo dispuesto en el artículo 14, en todos los demás casos la jurisdicción militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará este». Esa norma aproximadamente tiene 33 años y se encuentra vigente.

Por otra parte, conviene acudir también a una ley de 2015; evidentemente me estoy refiriendo a la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre,

del Código Penal Militar. En su art. 1.2 determina que «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el título preliminar del Código Penal». Y, en su art. 1.3 que «cuando a una acción u omisión constitutiva de un delito militar le corresponda en el Código Penal una pena más grave, se aplicará dicho Código por la Jurisdicción Militar».

Cabe concluir, por consiguiente, que la relación normativa es de alternatividad: ha de aplicarse la norma más gravemente penada. Y, la jurisdicción militar¹ continúa siendo la competente para conocer de los hechos. Ahora bien, también se concluye que, entonces, es preciso examinar cómo se calificará el hecho con arreglo al Código Penal y comparar con la calificación que corresponde de acuerdo con el Código Penal Militar, para seguidamente calificar el mismo con arreglo a la norma más grave.

II. APROXIMACIÓN AL CÓDIGO PENAL MILITAR

El Código Penal Militar recoge en los artículos 42 y 43 lo que denomina (conforme a la rúbrica de la sección) «insulto a superior» y en los arts. 45 a 48 lo que denomina (así es la rúbrica del capítulo) «abuso de autoridad». Se trata de delitos distintos, que tienen un ámbito no en todo similar, pero que en una parte son «espejo» uno del otro. Así, por ejemplo, el art. 42.1 se refiere al «militar que maltratase de obra a un superior» y el art. 46 al «superior que maltratase de obra a un subordinado»; en ambos se añade que estos delitos se castigarán «sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos [...] conforme al Código Penal»².

Así pues, el Código Penal Militar tipifica un delito, llamémosle militar, en concurso ideal³ (siempre que exista unidad de acción) con un delito de lesiones del Código Penal.

¹ No entramos ahora en lo que consideramos su verdadero concepto; véase al respecto BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Procesal*, I. 7.^a ed. 2019, pp. 773 y ss.

² Expresamente se omite texto en relación con el art. 42.1, pero no con relación al art. 46, respecto al cual sobran los puntos suspensivos.

³ La aceptación de la distinción entre concurso ideal homogéneo y concurso ideal heterogéneo, no es pacífica en la doctrina. Véase, entre otros, BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 2.^a ed. 2018, p. 1212. A nuestro entender su admisión no es correcta, pues además de no encontrarse la distinción en el Código Penal, supone el examen de la cuestión desde el punto de vista de los resultados producidos (bienes jurídicos afectados: iguales o distintos) y estimamos que la cuestión debe abordarse desde el punto de vista de la unidad o pluralidad de acciones.

Esta forma de tipificar un hecho conduce a diversos problemas, entre ellos, desde luego, el de determinar la existencia de lesión.

Lo que es meridianamente claro es que el maltrato de obra lo separa el legislador del resultado lesivo producido. De ahí que exista maltrato de obra sin necesidad de atender al resultado lesivo, que puede o no haberse producido; y, de producirse, se castigará conforme al Código Penal (mal llamado ordinario). Esto es, como expondremos, lo que también realiza el Código Penal: separar el maltrato de obra de la existencia de algún resultado lesivo.

Es preciso comenzar por el concepto de lesión, o mejor aún, por el llamado bien jurídico protegido por el delito de lesiones.

III. BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE LESIONES

Es necesario indicar que, dada la redacción del art. 147 del Código Penal, los bienes jurídicos en él protegidos son varios.

La determinación del bien jurídico protegido del delito de lesiones no es pacífica en la doctrina, ni tampoco es estático, sino que ha variado a lo largo del tiempo.

Señala con su siempre acertadísima agudeza, Álvarez García⁴ que para que se produjera un cambio en la ordenación de las lesiones han sido precisos «tres acontecimientos: 1. El cambio en la concepción de la locura; 2. El comienzo de la reivindicación del papel de la mujer en igualdad de derechos con el hombre; y, 3. El fin del castigo físico como forma corriente de expresión de la autoridad, lo que fue especialmente relevante en nuestro país durante la Dictadura, cuando a los ciudadanos se les golpeaba sistemáticamente desde su nacimiento: el maestro en la escuela, los padres en la casa, el profesor en el instituto, los oficiales en el Servicio Militar, la policía y la guardia civil en la universidad o en la fábrica, y los curas en todos los ámbitos. En este sentido, la reivindicación de la dignidad de las personas —incluso de los sometidos a relaciones de sujeción especial— y la prohibición de hacer daño, así *in extenso*, obligó a cambios legislativos en los que todavía hoy se sigue avanzando. Son cambios que señalaron el destierro del maltrato y de la violencia gratuita».

⁴ ÁLVAREZ GARCÍA. *Derecho penal español. Parte especial I*. 2.^a ed. 2011, varios autores, pero la parte de las lesiones le corresponden a él, pp. 179 y ss.; en relación con la cita, p. 186.

La evolución en este punto conduce a que el concepto de lesión como un daño físico pasará a abarcar, además, otras posibilidades.

En efecto, como decimos en otra parte⁵, ha sido muy discutido en la doctrina cuál es el bien jurídico protegido en los tipos de lesiones, en cuya polémica es apreciable una importante evolución, pues de una concepción meramente física se ha llegado hasta el extremo opuesto. En efecto, durante muchos años se ha considerado el delito de lesiones como un resultado físico que afectaba únicamente al cuerpo y que debía ser llevado a cabo mediante una agresión física, pero tal visión fue superada y sustituida por otra que, junto al ataque a «la integridad física», incluía los ataques a «la integridad psíquica». Posteriormente, y con mayor amplitud, se utiliza el término «salud» y, finalmente, como postura más amplia nos encontramos con aquella que propugna que estos tipos protegen el «bienestar personal». Por ello, paralelamente, de la agresión física se ha pasado a admitir junto a ella a la agresión psíquica.

En la actualidad, se encuentra totalmente abandonada aquella postura inicial que equipara las lesiones a un problema físico. Que junto al aspecto físico se encuentra el mental no es discutido. Las diferencias y matices aparecen en el momento de decidir si es conveniente o no dar un paso más y concretar el bien jurídico protegido en la salud (física y/o mental). La diferencia se encuentra en que el término integridad física puede quedar afectado por la realización de acciones que, sin embargo, quedarían excluidas si el término utilizado fuera la salud. De manera que la salud aparece como un bien jurídico en un sentido más amplio y en otro sentido más estricto. Es más amplio, en cuanto abarca aquellas conductas que no causen una afectación de la integridad; pero es más estricto en cuanto quedan fuera de su ámbito aquellas conductas que, aunque afectan a la integridad, sin embargo, no inciden sobre la salud, pues se realizan para obtener dicha salud, no para menoscabarla. Por otra parte, el término «bienestar personal» abarcaría cualquier alteración en dicho bienestar con independencia de que se produzca afectación en la integridad física o mental, o en la salud.

Para la determinación del bien jurídico protegido deben además ser tenidas en cuenta dos cuestiones: por una parte, que el Código en otros preceptos establece la protección del bien jurídico «integridad moral», por lo que la integridad moral no puede ser incluida como bien jurídico protegido por los delitos de lesiones. Y, por otra parte, que el art. 147.3 recoge como delito leve el maltrato de obra sin causar lesión.

⁵ BARJA DE QUIROGA/GRANADOS PÉREZ, *Manual de derecho penal. Parte especial*. 2018, pp. 104 y ss.

De todas estas posibilidades, a nuestro juicio, la más adecuada es considerar como uno de los elementos del bien jurídico protegido «la salud», término que abarca tanto la física como la psíquica; y, más aún, como dijimos, el bienestar personal. Si bien, junto a este elemento hemos de aceptar la existencia de otro, que es «la autodeterminación», esto es, la capacidad de disposición. Así pues, el bien jurídico protegido se conforma con los dos elementos indicados: la salud, en el sentido de bienestar personal, y la autodeterminación, que podría entonces formularse como la autodeterminación de cada persona sobre su salud o, en otras palabras, la capacidad que cada persona tiene para disponer sobre su salud y su bienestar personal.

Íntimamente ligado con el bien jurídico protegido se encuentra el concepto de lesión. Como hemos señalado⁶, el concepto de lesión tiene que estar estrechamente relacionado con el concepto de bien jurídico que consideremos adecuado. De forma que si estimamos que el bien jurídico protegido es la integridad corporal (física o psíquica) entonces cualquier alteración o menoscabo de dicha integridad será constitutivo de lesión. Y, por consiguiente, lesión será cualquier alteración o menoscabo de la integridad corporal.

Pero, si estimamos más adecuado conformar el bien jurídico protegido como la autodeterminación en el ámbito de la salud, esto es, del bienestar personal, la lesión solo aparecerá cuando se afecte o menoscaben estos elementos. En este sentido, la lesión será cualquier afectación o menoscabo en la autodeterminación en el ámbito de la salud (del bienestar personal). Desde este punto de vista, si no hay afectación en la autodeterminación en el indicado ámbito, no puede hablarse de lesión. Esta es la posición que consideramos correcta.

En efecto, a nuestro juicio⁷, al derecho le interesa «la persona» en tanto sujeto titular de derechos y obligaciones y, precisamente el delito ha de ser una intromisión en tales derechos y obligaciones. En otras palabras, al derecho «la persona» en tanto masa corpórea no es lo que le importa, sino que únicamente considera relevante la afectación a «la persona» en cuanto se afecten sus derechos y obligaciones. Por ello, todo delito es la lesión de un derecho⁸. De ahí, que en el delito de lesiones lo que se afecta es el derecho del sujeto pasivo al derecho a su propio cuerpo; su derecho a autodeterminar sobre el mismo.

⁶ BARJA DE QUIROGA/GRANADOS PÉREZ, *Manual ... Op. cit.*, p. 105.

⁷ Véase, por ejemplo, BARJA DE QUIROGA. *Los límites de la vida y la libertad de la persona*. 2011, pp. 168-169.

⁸ Véase, JAKOBS. «Sobre el concepto de delito contra la persona». *Poder Judicial*, 70. Feijoo Sánchez (trad.). 2003, p. 122.

Sin embargo, el Código Penal parece, a primera vista, seguir un concepto diferente. El Código utiliza la palabra lesión en el sentido del resultado producido. Por ello, el art. 147 se refiere a «una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental». Así pues, para el Código, lesión es todo menoscabo en la integridad corporal o en la salud física o mental de una persona. Lo cual es correcto, aunque olvida la autodeterminación de la persona.

No obstante, por otra parte, es preciso añadir que el Código sigue la diferenciación entre el concepto de lesión y el de maltrato de obra (véase art. 147.3) desde el momento en que es posible éste sin aquel. Por último, en consonancia con lo indicado anteriormente, también hemos de señalar que el concepto de lesión no puede alcanzar el menoscabo a la integridad moral (véanse arts. 173 y 177); que evidentemente puede concurrir, pero se castigará como un concurso generalmente ideal de delitos.

En relación con los medios, debe señalarse que se trata de un delito de medios indeterminados, pues el Código se concentra en el resultado y no en los medios utilizados (salvo en el art. 148); por ello, el art. 147 se refiere al que «por cualquier medio o procedimiento». De manera que cualquier medio es adecuado: violentos y no violentos (por ejemplo, la administración de alguna bebida nociva). Se discuten los medios morales, pero, una vez aceptada como lesión el menoscabo en la salud mental, es claro que este menoscabo puede conseguirse mediante un medio moral.

En definitiva, el bien jurídico es la incolumidad absoluta de la persona y la acción de lesionar implica cualquier conducta que afecte a dicha incolumidad. Solo así se considera la dignidad de la persona como centro neurálgico de los derechos fundamentales y eje de nuestra Constitución.

En el derecho alemán las lesiones se encuentran recogidas en los §§ 223 y ss. StGB. Concretamente, el tipo básico del § 223 castiga a «cualquier persona que maltrate físicamente a otra o menoscabe su salud»⁹. De ahí que se defienda que el bien jurídico protegido es la integridad física y la salud, esto es, el bienestar de las personas¹⁰. En ese sentido, Küpper¹¹ señala que en el § 223 existen dos tipos delictivos: el maltrato físico y el daño a la salud, aunque advierte que no son excluyentes entre sí (pone como ejemplo cuando un golpe en la cabeza provoca una conmoción cerebral; en este caso se cumplen ambos tipos aunque hay una sola conducta). En cuanto al

⁹ § 223 StGB: «Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft».

¹⁰ Véase, ESER EN SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*. 23 ed. § 223, pp. 1493 y ss.

¹¹ KÜPPER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 1. 1996, pp. 30 y ss.

maltrato físico considera que lo es cualquier «maltrato inapropiado» que suponga un desprecio al bienestar físico. Añade que ese maltrato incluye, por ejemplo, el cortar el cabello ya que para la existencia del maltrato no importa cuánto de doloroso sea el acto realizado; así, por ejemplo, la desfiguración del cuerpo por medio de la aplicación de un color¹². Así, también Krey / Heinrich, pues insisten, en la misma línea, que generar dolor no es un requisito necesario para el maltrato corporal. Se pregunta Küpper, que pone como ejemplo el del alumno que para vengarse de su maestro le llama por la noche repetidas veces, noche tras noche, si esta conducta puede ser considerada maltrato físico, y estima que el deterioro del bienestar mental cumple con el requisito de maltrato físico (posiblemente también exista daño a la salud) si con dicha acción se llega a un deterioro no despreciable del bienestar físico (por ejemplo, palpitaciones y trastornos del sueño).

Esta es la postura dominante¹³.

Y, en cuanto a la afectación a la salud considera Küpper que es la «ausencia patológica de las funciones normales del cuerpo», contagio de una enfermedad, intoxicación, etc. También los daños en la psique han de ser abarcados.

IV. VUELTA AL ÁMBITO MILITAR

Como dijimos, los tipos penales a los que nos estamos refiriendo es al de insulto a superior y al de abuso de autoridad, en su configuración de maltrato de obra a un subordinado.

Vaya por delante que la redacción típica no es adecuada y por ello es necesaria una labor de interpretación. Evidentemente, desconociendo la evolución del bien jurídico del delito de lesiones y centrando el tipo en la agresión física con resultado, es difícil entender tanto el Código Penal como el Código Penal Militar.

En cuanto al bien jurídico protegido en el delito (militar) de maltrato, ya el Tribunal Constitucional en su ATC, 63/2004, de 24 de febrero, señala que «es posible identificar tres bienes o valores jurídicos cuya relevancia constitucional no puede dudarse: la incolumidad personal, elemento integrante del derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10.2 CE) y la disciplina militar, elemento estructural de la

¹² Véase, KREY/HEINRICH. *Strafrecht, Besonderer Teil*, I. 2005, p. 88.

¹³ Véase, además, también, entre otros, LACKNER/KÜHL. *Strafgesetzbuch*. Ed. 25. 2004, § 223. TRÖNDLE/FISCHER. *Strafgesetzbuch*. Ed. 52. 2004, § 223.

Institución militar, bienes o valores cuya protección resulta necesaria para el cumplimiento de los fines de dicha Institución (por todas STC 115/2001, de 10 de mayo, FJ 9)».

Centrémonos en el supuesto de maltrato de obra de una persona a otra, sin perjuicio de los resultados lesivos. Evidentemente que el sujeto activo sea superior y el pasivo sea el subordinado (o a la inversa) es indiferente, esos elementos típicos únicamente nos conducirán bien al art. 42 ó al art. 46, pero en nada afectan a la acción típica.

Podemos comenzar por la segunda parte del tipo, esto es, «sin perjuicio de los resultados lesivos producidos». Evidentemente, aquí el tipo elabora un concurso (la más de las veces será ideal) con el delito de lesiones del Código Penal (llamado ordinario). Al respecto no debe llevarnos a error el pensar en la lesión como algo físico, pues nada más lejos de la verdad. El art. 147.1 señala «el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico».

Así pues, en los términos del Código Penal la lesión supone un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental.

Pero, la cuestión no se queda ahí, pues el art. 147.2 señala que «el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses». Esto es, el ámbito de este tipo penal son aquellos menoscabos que no requieren, además de una primera asistencia facultativa, el tratamiento médico o quirúrgico. De ahí que cualquier menoscabo en la integridad corporal (recuérdese la conocida sentencia del Tribunal Constitucional sobre el arrancar un pelo) o de la salud, es delito. Así pues, cualquier conducta que suponga afectar la incolumidad de otro constituye un delito; en el sentido de repercutir sobre la capacidad de autodeterminación de la persona respecto a su bienestar personal, que deja de ser incólume. Como señala Álvarez García¹⁴, el concepto de lesión abarca «el mero ejercicio de la violencia aunque no supusiera, directamente, implicación física o psíquica».

¹⁴ ÁLVAREZ GARCÍA. *Derecho penal ...*, I. *Op. cit.*, p. 187.

Por cuanto, además, el art. 147.3 determina que «el que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses».

Así pues, existe como delito (de lesiones) el maltrato de obra sin causar una lesión a otra persona. El maltrato de obra no precisa de lesión (en el sentido de menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental). Además, también es preciso reparar en que el art. 147.3 del Código Penal distingue entre golpear y maltratar de obra, de manera que, aunque todo golpe es un maltrato de obra, abarca supuestos en los que no hay golpe, pero sí maltrato de obra. De ahí que la persona antes y después de la conducta examinada debe mantenerse incólume en su bienestar personal (en su capacidad de autodeterminarlo); si tal comparación no arroja un resultado igualitario, estaremos ante un delito.

Por ello, el Código Penal Militar separa el maltrato de obra del resultado lesivo. Este puede o no producirse y únicamente existiría *bis in idem* con el supuesto del art. 147.3 del Código Penal. Pero en los otros supuestos hay un concurso ideal de delitos entre el delito militar y el delito del Código Penal ordinario.

De manera que, como hemos indicado, cualquier maltrato nos conduce a la aplicación de un código, o al otro, o a la aplicación de los dos.

Cualquier graduación hacia un mínimo inexistente en el maltrato o el mantenimiento de otro concepto de lesión supone obviamente una involuación que no debe o debería producirse.

La utilización de cualquier violencia constituye maltrato y conduce al tipo objetivo del delito; la violencia¹⁵ puede ser física, psíquica o incluso omisiva¹⁶. De ahí que Juanes Peces¹⁷ considere que el maltrato «consiste en toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona con o sin menoscabo de la integridad, salud o capacidad de la misma, de suerte que el maltrato abarca desde el simple acto de violencia física sin resultado lesivo hasta la causación de cualquier lesión». Estamos de acuerdo (con algún matiz que seguidamente señalaremos) con Juanes Peces, aunque para evitar cualquier malentendido creemos que es preferible sustituir la palabra agresión física

¹⁵ Al respecto, ARENDT. *Sobre la violencia*. Carmen Criado (trad.). 2018, *passim*. BENJAMIN. *Crítica de la violencia*. Héctor A. Murena (trad.), Eduardo Maura Zorita (rev.) 2.ª ed. 2018, *passim*.

¹⁶ Véase JAKOBS. *Nötigung*. 2015, *passim*.

¹⁷ Comentario al art. 46 del Código Penal Militar. *El Código Penal Militar de 2015*. F. J. de León Villalba; Juanes Peces; Rodríguez-Villasante (dirs.), López Lorca (coord.). 2017, p. 561.

por acción u omisión; de manera que, a nuestro juicio, constituye maltrato toda acción u omisión que afecte al bienestar de una persona; a su derecho a la autodeterminación sobre el derecho a su propio cuerpo.

Llegados a este punto es preciso plantearse la cuestión de la graduación del delito militar de maltrato (arts. 42 y 46). Al respecto, debe indicarse — como ya se dijo— que siempre lleva anejo un delito de lesiones del Código Penal y ya señalamos cuál es el límite del riesgo permitido mínimo que existe al respecto.

Ahora nos fijaremos en el maltrato del Código Penal Militar. La pena va de 6 meses a 5 años, luego necesariamente debe existir una graduación en la importancia del maltrato: no es lo mismo empujar fuertemente a una persona que darle un puñetazo y provocarle la pérdida de un diente. Ahí se encuentra el arco de graduación, pero partiendo siempre que el límite mínimo de este arco lo constituye cualquier acto que afecte al bien jurídico protegido, que es la incolumidad y la dignidad de la persona. Y, naturalmente que junto a este delito se castiga el correspondiente al resultado lesivo producido.

V. LA JURISPRUDENCIA

Lo primero que hay que decir es que no existe el maltrato de obra como infracción disciplinaria¹⁸. Lo que significa que la acción o es irrelevante penalmente o constituye un delito; esto implica que la mínima acción que sea subsumible en el concepto, ya es constitutiva de delito, pues no hay campo para la infracción disciplinaria. En efecto, señala ya la STS, 5.^a, de 19 de diciembre de 1996 que «es necesario recordar aquí la que viene siendo constante doctrina de esta Sala en su interpretación de la norma penal cuestionada, manifestada ya en un crecido número de sentencias de las que cabe citar, por vía de ejemplo, las de 4 de abril y 9 de mayo de 1990, 10 y 30 de noviembre de 1992, 29 de abril de 1994 y 14 de marzo de 1996. En la exposición de dicha doctrina, hemos dicho de forma reiterada que si por maltrato de obra —que es la expresión utilizada en el art. 104 CP— entendemos toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad corporal de una persona, se produzca o no un menoscabo en la integridad, salud o capacidad de la misma para sus habituales ocupaciones, debe concluirse que tal forma de actuación encaja plenamente en el tipo básico descrito en el primer apartado del precepto cuestionado,

¹⁸ JUANES PECES. *Op. cit.*, p. 562.

que abarca así desde el mero acto de violencia física que no produce resultado lesivo alguno hasta el que causa lesiones que técnicamente deban ser consideradas menos graves. No existe, pues, maltrato de obra alguno en el ámbito militar que, ejercido por un superior sobre un inferior, pueda ser calificado como simple infracción disciplinaria, estando en este punto nítidamente precisada, contra lo que el recurrente supone, la frontera entre lo penal y lo disciplinario».

Dejando eso sentado, veamos ahora qué considera respecto al maltrato el Tribunal Supremo.

La jurisprudencia viene manteniendo reiteradamente que cualquier maltrato constituye delito. Así, en la STS, 5.^a, 138/2019, de 10 de diciembre, se señala claramente que «en nuestra sentencia de 29 de abril de 2014, seguida por las de 27 de octubre de 2014, n.º 55/2017, de 9 de mayo de 2017, 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019, hemos sentado, con razonamiento aplicable, *mutatis mutandis*, al delito de abuso de autoridad, en su modalidad de maltrato de obra a un subordinado, que ahora se incrimina en el artículo 46 del Código Penal Militar vigente, que “desde su sentencia de 4 de abril de 1990, invariablemente ha venido manteniendo esta Sala —sentencias, entre otras, de 30.03.1992, 07.02.1995, 14.03.1996, 15.02.1997, 29.12.1999, 03.04.2000, 23.02 y 17.11.2003, 13.05.2005, 30.11.2006, 03.12.2007, 18.01, 10.11 y 23.12.2008, 16.03.2009, 18.01, 15.02, 22.04 y 17.06.2010 y 28.02.2013— que la conducta cuya realización se conmina en el artículo 104 del Código Penal Militar consiste en toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, siempre que la agresión provenga de un superior respecto de un inferior y el hecho se produzca en un contexto que no sea ajeno al servicio que ambos prestan en las Fuerzas Armadas”; más recientemente, las sentencias de 26 de junio y 3 de noviembre de 2008, 20 de julio de 2009, 22 de abril y 17 de junio de 2010, 28 de febrero de 2013, 29 de abril de 2014, n.º55/2017, de 9 de mayo de 2017, 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019, trayendo a colación la doctrina de la Sala sobre el concepto de maltrato de obra recogida en múltiples resoluciones, concluyen que “de conformidad con las mismas por maltrato de obra ha de considerarse toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, de suerte que el maltrato abarca desde el simple acto de violencia física sin resultado lesivo hasta la causación de cualquier lesión”, a lo que añaden las sentencias de esta Sala de 18 de

enero, 22 de abril y 17 de junio de 2010, 28 de febrero de 2013, 29 de abril y 27 de octubre de 2014, n.º 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019 —siguiendo, entre otras muchas, y por citar solo las más recientes, las de 30.11.2006, 03.12.2007, 18.01 y 10.11.2008 y 20.07.2009— la referencia a “la pluralidad de bienes jurídicos que la norma penal protege, consistentes en la integridad física (art. 15 CE) de la que forma parte la incolumidad personal; la dignidad humana (art. 10.1 CE), y la disciplina militar que es elemento estructural de las Fuerzas Armadas (art. 4.1 Séptima, Ley 39/2007, de la Carrera Militar y arts. 8 y 44 y ss. de las RROO aprobadas por RD 96/2009, de 6 de febrero)”.

En la misma línea argumental, y más recientemente, las sentencias de esta Sala n.º 43/2017, de 5 de abril de 2017, 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019, señalan que “la calificación realizada por el tribunal sentenciador es conforme a la norma aplicada, según interpretación asentada de esta Sala que constituye jurisprudencia invariable, al menos desde la ya lejana sentencia de 4 de abril de 1990, según la cual la acción típica que constituye elemento objetivo del delito de abuso de autoridad con maltrato de obra, consiste en «cualquier agresión o violencia física susceptible de causar perturbación en la incolumidad o bienestar de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud o incapacidad del sujeto pasivo, siempre que la conducta agresiva provenga de un superior respecto de un inferior en la escala jerárquica militar, y el hecho se produzca en un contexto que no resulte ajeno al servicio que ambos presten en las Fuerzas Armadas»”; por su parte, nuestra Sentencia n.º 99/2019, de 29 de julio de 2019, afirma que debemos recordar que de acuerdo con una consolidada y constante jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 30 de noviembre de 2006, 28 de febrero de 2017 y 28 de marzo de 2017, entre otras muchas), «la acción típica de maltratar de obra, consiste en cualquier agresión o violencia física susceptible de causar perturbación en la incolumidad o bienestar de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud o capacidad del sujeto pasivo, siempre que la conducta agresiva provenga de un superior respecto de un subordinado en la escala jerárquica militar, y el hecho se produzca en un contexto que no resulte ajeno al servicio que ambos prestan en las Fuerzas Armadas»».

Y, en cuanto a la situación inversa en la STS, 5.ª, 125/2016, de fecha 25 de octubre, la condena es por delito de abuso de autoridad en su modalidad de maltrato de obra a un subordinado (castigado en este caso con pena de cinco meses de prisión). El hecho de forma resumida consistía en que un capitán y un cabo 1.ª tropiezan en un pasillo poco iluminado y seguidamente un soldado oye golpes, baja y observa al capitán que tiene «asido

con ambas manos por la pechera de la chaqueta» del uniforme al cabo 1.^a, «zarandeándole». En esta sentencia expresamente se declara que «debe tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia de la sala según la cual para consumir el delito de abuso de autoridad en la modalidad aquí apreciada, es suficiente cualquier maltrato de obra, sin que sea necesario que se cause un resultado lesivo. Sirva, por todas, la cita de las sentencias de 16 de marzo de 2009, 20 de julio de 2009, 15 de febrero de 2010 y 3 de febrero de 2012: «El supuesto legal, ciertamente exige, como tiene establecida la jurisprudencia de esta Sala desde su Sentencia de 4/4/1990, concurrencia de la conducta que el tipo penal configura, consistente «en toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, siempre que la agresión provenga de un superior con respecto a un inferior y el hecho se produzca en un contexto que no sea ajeno al servicio que ambos prestan en las Fuerzas Armadas»». Y, más adelante añade que «así pues, y como viene estableciendo la Sala Quinta del Tribunal Supremo en sentencias como la de 3 de febrero de 2012 o 1 de diciembre de 2014, el hecho de agarrar a un subordinado por la pechera y desplazarlo, supone un delito de maltrato a inferior con independencia del resultado lesivo del mismo, pues «la existencia de un maltrato de obra, aunque de escaso resultado, no desvirtúa la calificación jurídica del hecho»». Esta posición es correcta y acorde con la evolución conceptual y con lo dispuesto en los tipos penales.

De manera que la jurisprudencia constante, uniforme y reiterada del Tribunal Supremo (Sala 5.^a) considera maltrato cualquier conducta que consista «en toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, siempre que la agresión provenga de un superior respecto de un inferior y el hecho se produzca en un contexto que no sea ajeno al servicio que ambos prestan en las Fuerzas Armadas».

Así, por ejemplo, entre otras muchas, la STS, 5.^a, 20 de julio de 2009, se centraba en el hecho que consistía en la acción de agarrar de la solapa a un soldado y desplazarlo (además de los gritos y recriminaciones que precedieron a dicha acción) y se mantuvo que «si por maltrato de obra —que es la expresión utilizada en el art. 104 CP— entendemos toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad corporal de una persona, se produzca o no un menoscabo en la integridad, salud o capacidad de la misma para sus habituales ocupaciones, debe concluirse que tal forma de actuación encaja plenamente en el tipo básico descrito en

el primer apartado del precepto cuestionado, que abarca así desde el mero acto de violencia física que no produce resultado lesivo alguno hasta el que causa lesiones que técnicamente deban ser consideradas menos graves».

VI. EPÍLOGO

No obstante, aunque esa es la línea general y uniforme (y, maticemos que, a nuestro juicio, más que agresión es preferible hablar de acción y más que adjetivar de física, añadir u omisión; de manera que en vez de hablar de agresión física se trata de una acción u omisión), sin embargo, la STS, 5.^a, 136/2019, de 4 de diciembre, se separa de esta doctrina jurisprudencial. Esta sentencia, que contiene varios votos particulares, no significa que se haya producido un cambio de dirección, pues es preciso esperar por si fuera reiterada tal doctrina o, por el contrario, continúa imperando la doctrina jurisprudencial mantenida durante décadas.

Tomemos ahora un supuesto hipotético para dejar claro el arco del maltrato de obra: A agarra fuertemente hasta el punto de dejar marcas —enrojecimiento—, del brazo a B y debido a esa acción saca a A de la posición en la que se encontraba. Otro: A agarra fuertemente de la pechera a B; etc.

Después de todo lo que hemos venido indicando y de cómo debe interpretarse en la actualidad el delito de lesiones, abarcando el maltrato incluso sin causar lesión, no parece que exista ninguna duda al respecto; de ahí que otra solución, además de una involución hacia concepciones superadas del concepto de lesión, dada la evolución tanto del concepto como del bien jurídico protegido, también implica una visión ya pasada de cuál debe ser el trato en el marco de relación entre las personas.

Antes recogíamos la explicación de Álvarez García, que indicaba que la época en la que el castigo corporal era la tónica de la sociedad en muchos de sus ámbitos, ha sido superada. Hoy en día la incolumidad, la no afectación del bienestar y la no afectación en la autodeterminación personal sobre el derecho al propio cuerpo, ha de ser la regla, que no admite ser excepcionada por concepciones que nos remiten a épocas felizmente superadas.

¿Existe alguna razón para que esta forma de interpretar no se acepte entre militares? Desde luego que no. El mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil no precisa que se cree un ambiente (un subsistema) en donde no se respete la dignidad de la persona ni su incolumidad. Esa concepción de los Ejércitos y de la Guardia Civil, afortunadamente, no se corresponde con la visión actual de los mismos, pues en

Jacobo Barja de Quiroga

el mundo de hoy su estructuración, desarrollo y mantenimiento responde a una sociedad democrática avanzada como la que tenemos en la actualidad. Además, el Código Penal Militar es claro al respecto, al establecer los delitos de maltrato y al traer en aplicación al llamado Código Penal común.

LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA DE LOS MIEMBROS DE LOS TRIBUNALES MILITARES

Joaquín Gil Honduvilla
Teniente coronel auditor
Doctor en Derecho y en Historia

Resumen

La neutralidad de los miembros de los tribunales es un tema vigente. Hasta fechas recientes había una especial sensibilidad con las posibles relaciones de los componentes de los tribunales con las distintas partes del procedimiento, la denominada imparcialidad subjetiva. En fechas recientes, se ha incidido por parte de la jurisprudencia en otro tipo de contaminación, aquella que conecta a los miembros de un tribunal, no con los sujetos del procedimiento, sino con el procedimiento en sí, con el ramo de prueba, a través de los recursos previos que el tribunal ha tenido que resolver, o a través de la conducción de la vista oral. Esta imparcialidad recibe el nombre de imparcialidad objetiva. En la jurisdicción militar, la especialidad de resolver los recursos contra las sanciones disciplinarias impuestas permite también determinar situaciones de contaminación de los componentes de un tribunal militar que han de ser también precisadas.

Palabras claves: tribunal, contaminación, prueba, vista, recurso, juez, imparcialidad, neutralidad.

Abstract

The neutrality of the members of the Courts is an issue in force. Until recently there was a special sensitivity to the possible relationships of the components of the courts with the different parts of the proceedings, so-called subjective impartiality. In recent times, the case-law has been influenced by other types of pollution, the one that connects them to the members of a court, not with the subjects of the proceedings, but with the procedure itself, with the body of evidence, through the appeals that the court has had to rule, or through the conduct of the oral hearing. This impartiality is called objective impartiality. In the Military Jurisdiction, the speciality of resolving appeals against the disciplinary sanctions imposed also determines situations of contamination of the components of a military court that must also be specified.

Keywords: court, pollution, proof, hearing, appeal, judge, impartiality, neutrality.

SUMARIO

1. La vigencia del problema; 2. La imparcialidad como derecho: imparcialidad objetiva y subjetiva; 3. Perfilación de la imparcialidad judicial por parte del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos; 4. La adaptación de los tribunales militares españoles a la jurisprudencia del TEDH; 4.1. Antes de la vista oral; 4.2. En el acto de la vista oral; 5. La imparcialidad objetiva en el procedimiento contencioso disciplinario; 6. Conclusiones.

1. LA VIGENCIA DEL PROBLEMA

Las presentes líneas tienen como objeto analizar algunos aspectos que hacen referencia a la imparcialidad objetiva de los miembros de los tribunales militares en su labor jurisdiccional, todo ello a la vista de la problemática suscitada en los últimos años en relación con este tema. El origen de esta cuestión se encuentra en la más reciente jurisprudencia dictada sobre esta materia por las distintas salas del Tribunal Supremo, en especial la de la Sala Quinta, de lo Militar. Nos ceñiremos a la denominada imparcialidad objetiva, sin tratar cuestiones tan próximas como son la independencia de los órganos que imparten justicia o el concepto de imparcialidad subjetiva. De este último asunto se harán breves referencias, a los efectos de

su diferenciación con el objeto concreto de este trabajo. Si serán parte de nuestro estudio, aunque solo tangencialmente, cuestiones como la labor del juez instructor o el derecho de todo ciudadano a un juez ordinario pre-determinado por la ley, que encuentra cobijo en el artículo 24.2 del texto constitucional.

Por todo lo expuesto, el presente estudio se ceñirá a la labor desarrollada desde los tribunales militares, tanto tribunales territoriales como del propio Tribunal Militar Central, intentando destacar aspectos de la actuación de los miembros de estos órganos durante el proceso penal y contencioso-disciplinario, que según la reciente jurisprudencia pueden determinar una pérdida de la exigible imparcialidad objetiva, así como algunos problemas con los que se encuentran sus componentes en razón de las prácticas desarrolladas por las diferentes partes del proceso. Todo ello intentando precisar el valor de la imparcialidad a la hora de impartir justicia, en la creencia de que un juez parcial no puede ser independiente y objetivo, y por ello, cualquier actuación efectuada por un miembro de los tribunales ha de comprometerse en presupuestos de comportamiento y apariencia de este bien supremo que es la justicia en base a su falta de compromiso con algunas de las partes y con el propio procedimiento.

La actualidad de esta cuestión tiene efectos incluso a la hora de planificar los proyectos de reformas integrales de la jurisdicción militar que se han planteado en los últimos años. Ya en las VII Jornadas sobre Jurisdicción Militar celebradas en Madrid, en la sede del Consejo General del Poder Judicial entre el 20 y el 22 de octubre de 2015, se procedía a anunciar un proyecto transformador de la jurisdicción militar, que posteriormente no ha fructificado. También en las más recientes IX Jornadas, desarrolladas entre los días 8 al 10 de octubre de 2019, se ha propuesto un nuevo proyecto de reforma todavía por consolidar. En el proyecto enunciado en la primera de estas jornadas, entre otras cuestiones, se proponía que las instrucciones de los procedimientos judiciales militares fueran dirigidas por el ministerio fiscal, confiriendo a las autoridades judiciales funciones esencialmente resolutorias y de garantía procesal. Esta radical transformación de la estructura jurisdiccional militar, que iría acompañada de un integral cambio de la planta de órganos judiciales, en parte resolvería algunos de los problemas que acucian hoy en día a los integrantes de juzgados y tribunales militares en relación a su imparcialidad en los procedimientos que deben conocer, afectación quizás de mayor calado en la jurisdicción militar que en la jurisdicción ordinaria toda vez el más fluido trasvase de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar desde órganos jurisdiccionales a otros órganos jurisdiccionales, de funciones fiscales a destinos en juzgados

y tribunales e, incluso, desde puestos donde ejercitan funciones de asesoramiento al mando militar, con implicaciones en posteriores procedimientos con repercusiones penales y contenciosas, como son la de haber ejercido e impulsado la instrucción de procedimientos disciplinarios por faltas graves y muy graves, que posteriormente pueden ser reconducidos a nivel penal por los diferentes conductos que así lo permiten. Todos estos trasvases afectan a la debida imparcialidad objetiva de todo miembro del Cuerpo Jurídico Militar que se integra en un tribunal a la hora de adentrarse en la resolución del caso que le corresponde y por ello al debido derecho de todo ciudadano de ser juzgado por órganos jurisdiccionales «limpios».

Siguiendo el conocido principio del derecho anglosajón de que la justicia debe ser no solo real sino también aparente, están surgiendo voces en nuestra doctrina y jurisprudencia que recalcan no ya solo la necesidad de que todo juez tenga que ser imparcial, sino que incluso siéndolo, aparente realmente esa falta de implicación de sus actuaciones pasadas con el tema a decidir que le viene a corresponder por el preceptivo turno de reparto.

Los criterios de la pretendida reforma de la jurisdicción militar, especialmente la transmisión de la instrucción de los procedimientos al ministerio fiscal y la aparición de los jueces de garantías, iban dirigidos a cumplir estos objetivos de que no solo sea el juez un órgano imparcial sino que incluso muestre dicha apariencia. Como señala Luis Rodríguez Ramos, haciendo referencia al procedimiento penal español, pero íntegramente aplicable a la reforma jurisdiccional militar antes referida «Que el Ministerio Fiscal se encargara de la instrucción, bajo la vigilancia de un juez de garantías. Esta es la única fórmula para acreditar, real y aparentemente, que un juez sin interés en la investigación juzgue —decida— las cuestiones principales y accidentales que surjan durante la instrucción: diligencias de investigación, sin o con afectación de derechos fundamentales de modo directo (prisión preventiva, intervenciones telefónicas o de correspondencia, entradas y registros, etc.), pues de modo indirecto toda investigación de naturaleza penal, en esta época de la justicia mediática, afectan siempre a ciertos derechos fundamentales como el honor, la presunción de inocencia en un sentido amplio y material —no meramente formal—, etc.»¹.

Otras modificaciones que se requerirían para acatar el principio de la imparcialidad judicial, a la luz de una reciente y creciente jurisprudencia serían:

¹ RODRIGUEZ RAMOS, L. «La imparcialidad judicial objetiva». *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 376. Pamplona: Aranzadi Instituciones, 1999.

1. Que los jueces que sean designados para desarrollar funciones de jueces de garantías no puedan participar en el enjuiciamiento de causas en las que hayan intervenido, resolviendo cuestiones durante la instrucción.
2. Que ningún miembro del tribunal que haya participado en la resolución de recursos de apelación o queja durante la instrucción forme parte de los órganos que posteriormente vayan a enjuiciar esos mismos hechos.
3. Que tampoco los miembros de tribunales militares que hayan tenido intervención en una causa militar puedan formar parte de órganos superiores que resuelvan recursos de apelación o casación sobre esos mismos hechos.
4. Extender la incompatibilidad a causas diversas pero conexas con otras resueltas anteriormente.

Pero si en parte el proyecto de reforma integral de la jurisdicción militar podría resolver los problemas que más adelante pretendemos señalar, también hay que indicar que existen otras soluciones menos traumáticas que permitirían, con el mantenimiento de la actual jurisdicción militar, alcanzar esos deseados objetivos de que los procesos, los litigios, sean conocidos por jueces sin mancha en su relación con el objeto del procedimiento. Estas posibles soluciones, menos «traumáticas» fueron planteadas y concretadas por el presidente del Tribunal Militar Territorial Segundo en la ponencia celebrada en las jornadas de derecho militar en Granada el pasado día 21 de abril de 2017, en las Jornadas sobre Derecho Militar y Defensa Nacional: historia y perspectiva.

Por todo ello, entendemos plenamente vigente la cuestión planteada de la problemática de la imparcialidad objetiva en los órganos judiciales militares, en la que nos vamos a adentrar.

2. LA IMPARCIALIDAD COMO DERECHO: IMPARCIALIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA

Aun cuando nuestra Constitución no reconoce expresamente el derecho a un juez imparcial, pues ninguno de los artículos de la Carta Magna hace referencia expresamente a este derecho, la doctrina del Tribunal Constitucional sí ha marcado de manera clara que el juez imparcial forma parte de los derechos fundamentales de toda persona a través del artículo 24.2 que reconoce a todo ciudadano el derecho a un proceso con todas las garantías.

Siguiendo la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, la imparcialidad judicial «es una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona su existencia misma. Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional» (Sentencia 11/2000). De un modo semejante se pronuncia este Tribunal en su Sentencia 146/2006 al señalar que «la imparcialidad del tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso, constituyendo incluso la primera de ellas».

Este derecho a la imparcialidad del juzgador extiende sus efectos en nuestro ordenamiento al estar reconocido, esta vez sí de forma expresa, en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 6.1 del Convenio de Roma (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) de 4 de noviembre de 1950, convenio suscrito en el marco del Consejo de Europa, por el que se crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuyas resoluciones, conforme a su artículo 46 resultan vinculantes para el Estado español como uno de sus firmantes, y en el artículo 14.1 del Pacto de Nueva York, por el que se crea el Comité de Derechos Humanos en el marco de las Naciones Unidas (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y se configura por la jurisprudencia como «la primera y más importante garantía del proceso justo, por cuanto integra parte del estatuto constitucional del juez (art. 117.1 Const) y le impone la inquebrantable obligación de someterse de forma exclusiva y sin excepciones al ordenamiento jurídico, constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función judicial (TCo 130/2002; 52/2001; 38/2003; 39/2004; TS 9-6-05 RJ 5849; 18-5-05, RJ 4962)»².

La imparcialidad, de este modo, se diferencia de otro de los presupuestos que se atribuyen a los órganos judiciales, su independencia, en que este último va dirigido a marcar los espacios con el poder ejecutivo, afectando a aspectos tales como el modo de designación de los miembros del poder judicial, y la duración de sus mandatos (Caso Cambell y Fell, 28-06-84); la existencia de garantías contra presiones exteriores (Caso Piersack 1/10/82) y la apariencia de independencia (Caso Delcourt 17/1/70), mientras que la imparcialidad es un presupuesto inherente a un proceso con todas las garantías y una manifestación del principio acusatorio, cuyo fundamento descansa en la necesaria confianza que los tribunales de justicia deben inspirar en una sociedad democrática.

Pero la imparcialidad no es un concepto unívoco, que extiende sus efectos en una sola dirección, pues como se ha venido manteniendo por la

² VV. AA. *Memento práctico procesal 2009-2010*. Francis Lefevre, 2008.

doctrina y la jurisprudencia, la actitud de los miembros de los órganos jurisdiccionales ante un proceso que se les plantea tanto en la fase de instrucción como a la hora de juzgar y dictar sentencia, se encuentran condicionadas por dos «obligaciones» a la que deben ajustar su actuación: primero, no ser juez y parte en el procedimiento al que someten su actuación; segundo, no ser juez de su propia causa. A su vez estas obligaciones se traducen en dos reglas de acuerdo con lo expresado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 27 de septiembre de 1999 (STC 162/1999). Una primera, los jueces, y entre ellos los pertenecientes a la jurisdicción militar, «no pueden asumir procesalmente funciones de parte», y una segunda, «los jueces no pueden realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en contra».

Son estos criterios los que marcan la diferencia entre lo denominado por la jurisprudencia como imparcialidad subjetiva y la denominada imparcialidad objetiva, que se convertirá en el objeto de este trabajo. Se puede definir la imparcialidad subjetiva como aquella que garantiza que los miembros de los órganos jurisdiccionales ejecutarán sus funciones y desarrollarán sus actuaciones sin haber mantenido relaciones personales con las partes presentes en el proceso. Mientras que la imparcialidad objetiva es aquella que tiene como objetivo desmarcar al juez del objeto del proceso, en el sentido de asegurar que este no ha tenido contacto alguno previo con el *thema decidendi*, con lo que se asegura que el juez o cualquier miembro de un tribunal no haya tenido ningún contacto previo con el objeto del proceso, y de esta manera, que estos jueces o magistrados se acercan al objeto del mismo sin prevenciones previas que puedan condicionar o enturbiar su ánimo.

Son muchas las definiciones que se pueden encontrar en la bibliografía doctrinal jurídica de estos conceptos. Como muestra, seguimos las impartidas por Enrique García López-Corvacho, apoyadas en resoluciones del Tribunal Constitucional sobre estos conceptos, que señalan que la imparcialidad subjetiva «consiste en que el juez o tribunal encargado del enjuiciamiento de los hechos no guarde relación con las partes»; en palabras del Tribunal Constitucional, el juez debe «ser tercero entre las partes, permanecer ajenos a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio (Sentencia 143/2006)», mientras que la imparcialidad objetiva «consiste en que el órgano de enjuiciamiento no haya tenido contacto anterior con el *tema decidendi* o fondo del asunto»; como señala esa misma Sentencia 143/2006 del Tribunal Constitucional, con la imparcialidad objetiva se pretende «asegurar que los jueces y ma-

gistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previo con el objeto del proceso»³.

Estas dos obligaciones dan forma al derecho de todo ciudadano a ser enjuiciado por un juez imparcial, que se desarrollan en nuestra legislación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley Orgánica del Poder Judicial «donde se establecen los límites de la jurisdicción y competencia de los órganos judiciales, así como la idoneidad de los jueces predeterminados en relación con el asunto concreto; idoneidad medida por sus condiciones objetivas de ecuanimidad, rectitud, desinterés y neutralidad. Por ello, el derecho al juez predeterminado por ley necesariamente debe comprender el derecho de recusar a los funcionarios en quienes concurren causas tipificadas como circunstancias que les privan de la idoneidad para juzgar (sentencias 65 y 137/1994 del TC)»⁴. De este modo, la imparcialidad se configura como una exigencia básica del proceso con todas las garantías, y se traduce en que el juez debe ser tercero entre las partes, y por ello ajeno a las partes presentes en el litigio, y a los intereses del mismo. Como señala Rafael Jiménez Asensio, las precisiones del Tribunal Constitucional, a las que se puede añadir la Sentencia 162/1999, vienen a determinar que «el juez, además, está sujeto a la ley y no puede guiarse en su función de juzgar por simpatías o antipatías, ya sean estas personales o ideológicas, ni por convicciones o prejuicios, esto es, por motivos ajenos al derecho»⁵.

No obstante lo anteriormente reseñado, no son pocos los autores que defienden hoy una imposible diferenciación estricta entre estos dos conceptos, hasta el punto de entenderse imposible su compartimentación, siendo su distinción «sumamente artificial». Así lo considera el autor anteriormente citado, quien ha venido a indicar que «en verdad, todas las causas de abstención y recusación son reconducibles al juez como persona, esto es, son causas subjetivas, en las que el juez podrá incurrir por determinadas circunstancias de distinta índole, pero cuyo éxito, esto es, el apartamiento del juez concreto del conocimiento del caso concreto, solo podrá ser activado a través de una objeción, esto es, siempre que se pruebe de algún modo que lo que se imputa al juez tiene rasgos de veracidad o, al menos, coloca a este en una situación objetiva de falta de apariencia de imparciali-

³ GARCÍA LÓPEZ-CORVACHO, E. «Derecho al juez imparcial». *La Toga, revista Online del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*, N.º 161. 2006.

⁴ *Ibidem*, p. 2.

⁵ JIMENEZ ASENSIO, R. «El derecho al juez imparcial: luces y sombras en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional n.º 5/2001, parte Estudio*. Pamplona: ED Aranzadi, 2001.

dad. Y esa distinción, en efecto, aparece más o menos oculta en el razonamiento del TC en esta STC 69/2001, cuando expresamente se dice:

“En cualquier caso, para que, en garantía de imparcialidad, un juez pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundamentalmente que el juez no es ajeno a la causa o que permita temer, por cualquier relación con el caso concreto, que no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico (STC 162/1999, de 27 de septiembre, F.5)”⁶.

Otros autores, como Iñaki Esparza Leibar y José Francisco Etxebarria Guridi participan de esta corriente que aboga por entender que no existen diferentes tipos de imparcialidad sino solo una que afecta siempre al componente subjetivo del juez. Así, estos autores señalan que «la artificiosidad de la distinción ha sido objetada por la doctrina. Como se ha indicado por no pocos autores, la imparcialidad del tribunal solo puede ser subjetiva. El problema estriba en las dificultades que plantea acreditar si el juez en su convicción personal o fuero interno está afectado de imparcialidad, de ahí que se presuma, según el TEDH, salvo prueba en contrario»⁷.

Por último, y para reincidir en esta corriente unionista en cuanto a la imparcialidad de las autoridades judiciales, Motero Aroca ha señalado que «la verdadera imparcialidad, en tanto que desinterés subjetivo [...], implica, sobre todo, que el juez no sirve a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso [...]. [...] la influencia o no en el juez de circunstancia ajena al cumplimiento de la función es algo subjetivo, afecta a su ánimo y, por lo mismo, no cabría constatar objetivamente la imparcialidad»⁸.

A pesar de lo indicado por esta corriente, hoy en día sigue vigente la diferenciación entre imparcialidad objetiva y subjetiva, por mucho que la naturaleza de este concepto sea esencialmente subjetivo al afectar a la persona del juez impidiendo que la función que tiene encomendada se desarrolle de modo adecuado. De todos modos, esta división binaria sigue manteniéndose en vigor, más cuando en la casi totalidad de casos planteados al TEDH, este tribunal los ha reconducido al plano objetivo, como veremos en algunas de sus resoluciones. De este modo, podríamos hablar de dos tipos de imparcialidades: la imparcialidad subjetiva obje-

⁶ *Ibidem*, folio 5.

⁷ ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBERRIA GURIDI, J. F. *Derecho al tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley* (3.ª parte). Estudio y Comentarios Legislativos (Cívitas). Convenio Europeo de Derechos Humanos. BIB 2009/1889. 2009, pp. 5 y 6.

⁸ MORENO AROCA. *Sobre la imparcialidad*. 1999, pp. 187-189.

tivable y la imparcialidad subjetiva subjetivable, pues al fin y al cabo, vuelven a ser las conexiones de la autoridad judicial con el procedimiento o con las partes del proceso las que van a determinar el origen de su posible contaminación.

3. PERFILACIÓN DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL POR PARTE DEL TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dentro de este nebuloso campo de la determinación del concepto de imparcialidad ha sido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) el que ha procedido a marcar, no sin algunos cambios de rumbo, los criterios a seguir a la hora de enfocar este tema.

Este Tribunal, también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos, es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa. Es un tribunal al que puede acudir cualquier persona que considere haber sido víctima de una violación de sus derechos, o más concretamente los reconocidos por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o cualquiera de sus protocolos adicionales, tras haber agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en el Estado de origen. De este modo, todo particular puede presentar una denuncia contra un Estado por violación del Convenio, y no han sido pocas las que de una u otra manera esgrimían el derecho que todo ciudadano tiene a un juez imparcial, siendo, por tanto, un tema en el que este tribunal ha tenido que entrar para concretar su contenido y extensión. Por otro lado, hay que señalar que el cumplimiento de las sentencias del Tribunal es obligatorio por los Estados miembros que han sido condenados y está supervisado por el Comité de Ministros, órgano decisorio del Consejo de Europa compuesto por un representante de cada Estado miembro. El TEDH no es una institución de la Unión Europea, no está relacionado con ella ni por lo tanto con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el TEDH es un órgano judicial que se crea en virtud del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

Con la implantación de este Tribunal, la Europa del convenio, y algunos países como Bielorrusia y Kazajistán, también integrados al mismo, ha conseguido unos estándares sumamente elevados en cuanto a la protección de estos derechos. Con su interpretación progresista, el Tribunal ha ido aumentando y mejorando el reconocimiento de los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sentencia tras sentencia.

Simplemente a modo esquemático, pues las dimensiones de este trabajo impiden adentrarnos en profundidad en la cuantiosa y pormenorizada jurisprudencia del TEDH en relación al tema de la imparcialidad, hay que reseñar que es la sentencia que resuelve el caso Piersack contra Bélgica, de 1 de noviembre de 1982, la que marca la diferenciación antes indicada entre imparcialidad objetiva y subjetiva. Así esta resolución señala que «si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si este ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto». Tanto la sentencia anteriormente citada, como la dictada en el caso De Cubber contra Bélgica, de 26 de octubre de 1984, son básicas para marcar el criterio jurisprudencial de que toda actuación como miembro de un tribunal de quien anteriormente había sido instructor de la causa objeto de controversia suponía una infracción de la garantía de imparcialidad. Es en estas sentencias en las que se marca de manera concluyente que no puede fallar en un procedimiento quien hubiese tenido algún tipo de contacto con la actividad instructora, o lo que es lo mismo, la incompatibilidad entre el juez instructor y el fallador.

Fue esta doctrina la que determinó que el Tribunal Constitucional dictara la Sentencia 145/1988, por la que se declara inconstitucional el artículo 2 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que eliminaba entre las causas de recusación del juez fallador el haber sido instructor de la causa, y que a su vez originó que se aprobara la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los juzgados de lo penal y por la que se modifican diversos preceptos de las leyes orgánicas del poder judicial y de enjuiciamiento criminal, en cuyo preámbulo se puede leer que «El Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han considerado que la imparcialidad del juzgador es incompatible o queda comprometida con su actuación como instructor de la causa penal.

La presente Ley Orgánica pretende acomodar nuestra organización judicial en el orden penal a la exigencia mencionada, mediante la introducción de una nueva clase de órganos unipersonales: los juzgados de lo penal».

En la Sentencia 145/1988 del Tribunal Constitucional, y en reformas legislativas como la que tuvo lugar a finales de 1988, se encuentra el origen del principio del juez no prevenido, por el que «no puede entrar a formar

parte de un órgano juzgador y sentenciador quien ha intervenido en la fase de instrucción o preliminar por cuanto esta intervención hace surgir la razonable impresión de que el contacto con la investigación y actuaciones preparatorias del juicio puede originar en el ánimo del juez o tribunal prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado.

Tras las dos sentencias del TEDH anteriormente mencionadas, este tribunal, matizó, en parte, su anterior criterio al pronunciarse en el caso Hauschildt contra Dinamarca, Sentencia de 24 de mayo de 1989. En esta resolución el tribunal, al analizar otro supuesto de imparcialidad objetiva, viene a considerar que no debe haber reglas rígidas, por lo que cualquier cuestión que se plantee no puede examinarse *in abstracto*, sino que hay que estudiar cada caso de manera singular y pormenorizada, o lo que es lo mismo «caso por caso», no debiendo entenderse que toda función instructora previamente desarrollada por quien posteriormente ejerce las funciones de juzgar implica, por sí, una contaminación del juzgador. En concreto, en esta sentencia se analizaba el enjuiciamiento de un caso por un juez que previamente había adoptado la prisión provisional del individuo. En este caso el TEDH afirmó que no se infringía el artículo 6.1 del CEDH, esgrimiendo que en un sistema de derecho anglosajón, como es el danés, en el que corresponde al ministerio público la dirección de la investigación, este tipo de decisiones no condicionan la imparcialidad del juzgador. Este caso es llamativo, toda vez el juez sobre el que recaía la posible contaminación por sus actuaciones previas no solo había acordado la prisión, sino que la había prolongado en quince ocasiones, siempre a petición del ministerio público, además decretó su incomunicación, ordenó dos comisiones rogatorias y decretó el embargo de los bienes del imputado. Tampoco considera el TEDH en el caso Nortier contra los Países Bajos, Sentencia de 24 de agosto de 1993, que quede contaminado un juez de menores por haber adoptado decisiones con anterioridad al proceso, fundamentalmente sobre la prisión provisional, al entender que no justificaría esta medida temores en cuanto a su posible imparcialidad «lo que cuenta es el alcance y la naturaleza de las medidas en cuestión». En este mismo sentido la Sentencia Saraiva de Carvalho contra Portugal, de 22 de abril de 1994.

No obstante estas matizaciones, el TEDH, especialmente en los derechos de corte continental sigue manteniendo un criterio de contaminación entre las funciones instructoras y juzgadoras, que se han seguido apreciando en sentencias como Gómez de Liaño y Botella, contra España, de 22 de julio de 2008 o Thomann contra Suiza, o las sentencias directamente dirigidas a resolver este tipo de controversias dentro de la jurisdicción militar

española como la Castillo Algar contra España, de 28 de octubre de 1998, o la Perote Pellón contra España, de 25 de julio de 2002. El origen de la primera de estas resoluciones se encuentra en un auto de procesamiento dictado por un juez togado militar, en un delito contra la hacienda en el ámbito militar. Los hechos son complejos, ante un auto de procesamiento dictado por el juez militar instructor, el tribunal superior decide revocar dicho auto al estimar que los mismos no son constitutivos de delito. Tras un recurso de casación impulsado por el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo revoca el auto recurrido al considerar que los hechos podían ser constitutivos de un delito contra la hacienda militar. El juez instructor dicta un nuevo auto de procesamiento, que esta vez es recurrido por la defensa ante el mismo tribunal que anteriormente ha revocado el primer auto de procesamiento. Esta vez el tribunal confirma el procesamiento. Posteriormente, dos de los miembros de la sala que habían desestimado el recurso contra el segundo auto de procesamiento formaron parte de la sala que condenó al referido oficial, en concreto el presidente y el ponente. Sin haber recusado en su momento a estos miembros del tribunal sentenciador, la defensa recurre en casación la resolución condenatoria invocando la falta de imparcialidad objetiva con la que había sido juzgado su patrocinado, considerando la Sala Quinta del Tribunal Supremo «que la confirmación del procesamiento no es un acto instructorio, doctrina que posteriormente confirma el TC en su Auto 70/95, de 20 de febrero, recordando sus propias SS 145/88, 151/91 y 113 y 136/92 entre otras».

Elevado recurso ante el TEDH este tribunal se reafirma en su criterio de que la imparcialidad objetiva de un miembro de un tribunal, y entre ellos los militares, tiene como fin asegurar que ofrece las garantías suficientes para excluir toda duda legítima a este respecto, entrando en un concepto complejo y difuso como es el de «la apariencia de imparcialidad». Señala esta sentencia del TEDH que la parcialidad objetiva consiste en «preguntarse si, independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos verificables autorizan a sospechar de su imparcialidad»... al entender que «de ello depende la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables y especialmente a los procesados». De este modo el tribunal entiende que debe ser recusado «todo juez del que pueda legítimamente temerse una pérdida de imparcialidad». Concretando los hechos que se valoraban, el TEDH viene a entender que hasta la apariencia viene a tener importancia pues «de ello depende la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables y especialmente a los procesados»... por lo que «debe recusarse todo juez del que pueda legítimamente temerse una

pérdida de imparcialidad». Esta sentencia ha tenido cierta trascendencia hasta el punto que algunos artículos especializados se han centrado en su contenido⁹.

En la Sentencia Perote Pellón contra España, tras haber sido acordado el arresto domiciliario y la posterior prisión provisional, por auto de un juez togado militar, esta autoridad dictó auto de procesamiento por un delito de revelación de secretos relativos a la seguridad y defensa nacionales. Este auto fue recurrido en apelación, siendo confirmado parcialmente por el Tribunal Militar Central, al constatar indicios bastantes y racionales de participación activa en la obtención no autorizada de la información clasificada. Posteriormente la defensa de Perote recurrió en apelación un nuevo auto de prisión incondicional dictado. Este recurso fue resuelto por tres magistrados del Tribunal Militar Central, siendo dos de los componentes de esta sala los mismos que habían resuelto el recurso de alzada contra el auto de procesamiento. Posteriormente esos dos mismos vocales formarían parte de la sala que condenaría al demandante. La intervención de estos magistrados es aún mayor, toda vez que participan en la desestimación de un recurso de queja contra la denegación de medios de prueba por el juez instructor; acuerdan la prórroga de la prisión provisional «por concurrir indicios de culpabilidad sólidos y racionales», peligro de fuga y destrucción de pruebas; la gravedad de la pena susceptible de ser impuesta y la condición de oficial superior del afectado.

En este caso el TEDH aborda la posible contaminación de estos vocales desde una perspectiva objetiva, entendiendo que los términos empleados en el auto por el que se resolvía el recurso contra el auto de procesamiento, y en el que se apreciaba la necesidad de mantener la situación ante la gravedad de los hechos objeto del procedimiento que se le instruía, así como la pena susceptible de serle impuesta, «permitían hacer pensar que existían indicios suficientes para concluir que había sido cometido un delito». Fue este argumento, al que acompañaba otro de la continua presencia de los dos magistrados militares del Tribunal Militar Central, los que determinaron que el TEDH concluyera que la imparcialidad en el referido caso podía suscitar serias dudas y consideraba que la alegación formulada por el demandante en su recurso podían considerarse objetivamente justificadas.

⁹ RODRIGUEZ RAMOS, L. «La imparcialidad judicial objetiva». *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 376. Pamplona: Aranzadi Instituciones, 1999.

4. LA ADAPTACIÓN DE LOS TRIBUNALES MILITARES ESPAÑOLES A LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

4.1. ANTES DE LA VISTA ORAL

Ambas sentencias, en particular, y toda la jurisprudencia del TEDH, en general, han marcado el modo de proceder de los tribunales militares españoles en estos últimos años. La trascendencia de estas resoluciones ha sido tal, que desde que fueron aprobadas se procedió a un cambio radical del modo de actuar de los órganos colegiados judiciales militares, en búsqueda de adaptarse a los criterios impuestos por el tribunal europeo. Los mayores problemas se planteaban a la hora de resolver los recursos contra autos de procesamiento, pero no eran estas las únicas resoluciones afectadas por la jurisprudencia marcada desde el TEDH, también encontraban problemas de encaje con esta doctrina actuaciones procedimentales como son los autos de denegación de un sobreseimiento definitivo y archivo planteado por el juez instructor, la admisión a trámite de una denuncia, o aquellos que afecten a prisiones provisionales de investigados, en los cuales se debería entrar, por quien las valora, al menos en el estudio de los indicios de criminalidad planteados en las actuaciones, indicios «contaminantes» para quien los esgrime.

La doctrina fijada por el TEDH también ha servido a las partes presentes en el procedimiento para denunciar posibles parcialidades de las autoridades juzgadoras. La sensibilidad, por tanto, en esta materia ha crecido y ha servido para que algunos abogados defensores, a veces buscando un mejor control del magistrado juzgador, exijan que este esté «limpio de toda contaminación», pero otras veces este tipo de actuaciones lo que han pretendido es manchar con un «chapapote jurídico» a todo aquel miembro de tribunal que haya intervenido en el proceso, al resolver recursos contra las resoluciones de los jueces togados, en virtud de lo señalado en el artículo 45.3 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, así como las propuestas de sobreseimiento con oposición de la parte acusadora a fin de obstaculizar en lo posible la impulsión de las actuaciones. No han sido pocos los procedimientos que han llegado a los tribunales militares en los que la estrategia de la defensa del investigado se ceñía especialmente a intentar dar por contaminado a todo aquel que hubiera tenido el más mínimo contacto con el procedimiento en cuestión, generando no pocos problemas, especialmente en cuanto al retraso que supone la resolución de estas cuestiones en el iter normal de estos procedimientos.

Como muestra de este tipo de actuación perturbadora del tránsito y desarrollo de toda actuación judicial podemos citar el Sumario 25/13/14 y el Sumario 25/14/14 resueltos por el Tribunal Militar Territorial Segundo. A modo de ejemplo vamos a esquematizar el último de estos procedimientos. El inicio de estas actuaciones es un expediente disciplinario, en concreto el n.º FT 093/2012. Ya en este procedimiento, el abogado que le asiste, que luego será su defensor en las actuaciones penales, había recusado a los dos instructores que habían intervenido en el mismo. No conformándose con las resoluciones que resolvían dichos incidentes, interpuso denuncia contra el instructor y el secretario últimos al entender conculcado ciertos derechos de su defendido, dando lugar a la instrucción de las Diligencias Previas 25/01/13. Acordado el archivo de las referidas diligencias, esta resolución fue recurrida por el denunciante, habiendo resuelto el Tribunal Militar Territorial Segundo la desestimación de la apelación interpuesta, por auto de 21 de marzo de 2013. Como consecuencia de la denuncia formulada contra el instructor y el secretario del procedimiento disciplinario se acordó la instrucción del SU 25/14/14, por un delito contra la administración de justicia militar contra el denunciante por denuncia falsa. Durante la fase de instrucción la defensa del investigado presentó incidente de recusación contra los miembros de la Sala del Tribunal Territorial que había dictado el auto de 21 de marzo de 2013, siendo rechazada dicha recusación por autos del Tribunal Militar Central de 24 de julio de 2013 y de 30 de octubre de 2013. Tras otras muchas incidencias procesales, el 16 de marzo de 2015 el Sr. juez del Juzgado Togado Militar Territorial N.º 25 dictó auto declarando concluso el sumario, auto que fue aprobado por el Tribunal Militar Territorial Segundo en fecha 1 de julio de 2015.

El 29 de julio de 2015 interpuso la defensa del procesado recurso de súplica contra el auto de 1 de julio de 2015, así como planteaba un nuevo incidente de recusación contra los componentes de la sala de justicia que lo dictaron. El recurso de súplica fue desestimado por auto del Tribunal Militar Territorial Segundo de 4 de diciembre de 2015, mientras que el incidente de recusación fue rechazado por auto 296 del Tribunal Militar Central, de 6 de octubre de 2015.

Esta manera de proceder, que viene a entender que cualquier contacto con el procedimiento en fase de instrucción, en razón la misión revisoria de los tribunales militares, contamina a los miembros de las salas intervinientes, no es más que un ejemplo de los diferentes y cada vez más continuos incidentes de recusación que se han ido formulando en estos últimos años de miembros de tribunales militares en razón del contenido del artículo 45.3 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción

Militar. Ya se ha visto, y se ha señalado anteriormente, que no todo contacto con un procedimiento, por parte de los miembros del tribunal que tiene que resolver el litigio planteado implica que estos miembros del órgano jurisdiccional queden contaminados a la hora de poder resolver el fondo del asunto. Es cierto que hay una serie de actuaciones que requieren, en cierta medida, adentrarse en los indicios de criminalidad que el juez de instrucción tiene que aportar al procedimiento. Entre todas estas resoluciones, destacan por su mayor implicación en el análisis de las pruebas aportadas, en lo que podríamos llamar «juicio de probabilidad», la resolución de los autos de recursos contra autos de procesamiento y los autos que revocan de un sobreseimiento definitivo y archivo planteado por el juez instructor, pero también hay otras muchas resoluciones en las que se trata de resolver cuestiones procesales o incidentales que nada tienen que ver con el análisis de las pruebas presentadas ni con la valoración de los hechos objeto de litigio.

¿Pero, cómo resolver estos juicios de probabilidad contaminantes? ¿Se podían dictar resoluciones en este tipo de cuestiones que evitaran el carácter contaminador de la manipulación de indicios racionales de criminalidad? En un primer momento, y específicamente ante un recurso de apelación contra un auto de procesamiento dictado por un juez de instrucción, el tribunal que conocía de dicho recurso podía optar, y optó, bien por plantear una resolución puramente epidérmica e instrumental, que intentara resolver el referido recurso exponiendo generalidades sin profundizar en la valoración de los motivos que había llevado al juez a formular dicha resolución, o bien adentrarse en profundidad en los elementos de prueba aportados a la causa entrando en el fondo del asunto. No fueron pocos los tribunales territoriales militares que decidieron, en los procedimientos de menor complejidad, por dictar autos resolutorios que eludían cualquier referencia expresa a la valoración de prueba aportada. Con ello, pretendían evitar la contaminación de los componentes de la sala, y en especial la del vocal ponente, que si bien todavía no estaba designado, pues el procedimiento en esos momentos se encontraba en instrucción por el juez territorial, se sabía a quién iba a corresponder, pues la numeración de los mismos determinaba el turno de reparto. De este modo, nació un auto de resolución de recursos contra autos de procesamiento «esquelético» y de mínima profundidad en su contenido, más preocupado de los aspectos formales que del fondo del asunto, con el que se salvaba, o se pretendía salvar, de contaminación por parcialidad objetiva a los miembros de la sala que lo dictaba, y en especial al que ya se sabía iba a ser designado vocal ponente del mismo.

Los fundamentos jurídicos esgrimidos eran tan mínimos que pueden incluso incorporarse a esta comunicación... los mismos eran del tenor siguiente:

Un primer fundamento en el que se indicaba: {Resulta del artículo 164 de la Ley Procesal Militar que el procesamiento debe de ser acordado tan pronto como resulten “indicios racionales” de criminalidad contra persona determinada. De modo que si para iniciar el procedimiento basta con la denuncia y para condenar es menester la prueba plena, el auto de procesamiento se sitúa en un escalón intermedio por cuanto que para dictarlo, si bien hace falta algo más (los indicios racionales) que la simple noticia del hecho presuntamente delictivo, no hay necesidad de una prueba cumplida sobre la perpetración del hecho delictivo.

En el escrito de recurso no se desvirtúan los indicios que, valorados por el juez togado instructor en ejercicio de su competencia funcional, dieron lugar al procesamiento del imputado, lo que hace que deba de proseguirse por dicho órgano judicial la investigación sumarial en esclarecimiento de los hechos y depuración de las posibles responsabilidades».

Y un segundo fundamento exponía: «Por otra parte, dada la redacción de los hechos que indiciariamente se atribuyen al imputado, sin añadir ni quitar nada de ella, no cabe considerar que la calificación de los mismos que se efectúa en el auto impugnado sea contraria a derecho.

Finalmente, se constata que en los actos de instrucción tendentes a la obtención de fuentes de prueba para la preparación del juicio oral se han respetado los derechos y garantías del imputado».

El problema que se planteaba es el siguiente, si la función de los tribunales militares en estos recursos es la de revisar las resoluciones de los jueces militares de su territorio a través de los oportunos recursos presentados por las partes del procedimiento, con este tipo de resoluciones lo cierto es que se desvirtuaba esta misión, al estar más pendientes los tribunales militares de evitar la contaminación de sus miembros para cuando llegaran las fases intermedias y de vista oral que de adentrarse en profundidad en la misión que la ley le marca, de pormenorizar y concretar el objeto del litigio. Es más, se podía conculcar el derecho de todo ciudadano a la tutela judicial efectiva, en el que se incluye el derecho al acceso al recurso. Es por esta razón, por la que parecía, y es más técnico, y respetuoso con el deber de impartir justicia en todos sus términos, el prescindir del temor a la contaminación de los miembros de la sala que resuelva la cuestión planteada y proceder a valorar plenamente los indicios de criminalidad que en cada caso se aporten.

Pero incluso con la intención de «mojarse» dentro del recurso planteado los tribunales actuaban de distintas formas, pues las soluciones dadas al problema de concretar quiénes iban a ser los contaminados, permitían diferentes soluciones. Estas serían las siguientes:

- a) Atribuir el recurso oportuno al vocal ponente y a la sala que corresponda por el turno de reparto aprobado por cada tribunal.
- b) Crear un turno especial para la asignación de ponencias en recursos de apelación, queja y demás impugnaciones contra resoluciones interlocutorias de los jueces togados, así como en propuestas de sobreseimiento definitivo con oposición de la parte acusadora.

Ambas soluciones pueden ser técnicamente correctas, luego veremos si encuentran amparo en la Ley de Procedimiento Militar, pues permiten garantizar el derecho de todo ciudadano a la tutela judicial efectiva. La primera de estas posibilidades determina que el vocal al que le corresponde el procedimiento por su numeración se contamine, al igual que la sala que con él resuelva el recurso elevado por el juzgado togado militar, pero esa contaminación, así lo considera el autor de esta comunicación, no le impide cuando sea elevado el procedimiento con la conclusión del sumario o para la apertura del juicio oral aceptar su tramitación e impulsión durante la fase intermedia y en los actos previos al acto de la vista oral. Si así lo hiciera, facilitaría la contaminación del nuevo vocal ponente designado y la sala que con él tuviera que resolver cualquier incidente procesal antes de llegar a la vista. La contaminación le impide, así lo señalan las sentencias del TEDH, resolver la causa dictando sentencia, pero no impulsar la llamada fase intermedia y conducir las actuaciones hasta el momento trascendente de dictar sentencia, cargando incluso con posibles nuevas contaminaciones durante esta fase del procedimiento. Sobre esta cuestión es importante diferenciar el papel jugado por los miembros de los tribunales militares hasta que es fijada la vista oral que resuelva el litigio planteado, esto nos lleva a diferenciar lo que podemos denominar como juicio de probabilidad y juicio de certeza efectuados por los miembros de los tribunales durante esta fase del procedimiento. Tanto uno como otro juicio vienen a estar condicionados por la diferente naturaleza de la fase de vista oral y la del acto solemne de juicio o celebración de la vista.

Es evidente que ningún vocal contaminado puede acudir al acto de vista oral, donde se desarrolla la más trascendente de las actuaciones judiciales, como es la de resolver el litigio, pero desde el punto de vista del autor, la contaminación de un vocal no le impide resolver otra serie de cuestiones

de naturaleza procesal y de impulsión hasta llegado el momento de fijar el acto de la vista. Se puede alegar, y es cierto, que en este juicio de probabilidades que domina la fase intermedia se pueden tomar decisiones de gran calado para el momento del acto del juicio oral como la estimación o desestimación de prueba que luego pueden tener una importancia trascendente a la hora de resolver la cuestión planteada, pero esta posible alteración de los elementos condicionantes del acto de la vista deben estar presente en el ánimo del vocal hasta poder saber cuándo sus actuaciones pueden afectar al denominado juicio de certeza. Es en el momento en el que un vocal considere que su actuación en el procedimiento puede condicionar el resultado del acto de la vista oral cuando debe proceder a presentar su abstención (inadmisión de prueba, modificaciones de la situación de libertad...).

Si la fase intermedia transcurre con normalidad y se han admitido todas las pruebas propuesta por las partes, entiendo que el vocal ponente siga controlando esta fase hasta que se fije el acto de la vista, momento en el que debe presentar la abstención. Esto es una cuestión de economía procesal de vocales. Es justo en ese instante, cuando se fije la fecha de la vista oral, cuando este vocal y sus compañeros de sala contaminados deben de promover su abstención conforme señalan los artículos 217 a 228 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los artículos 52 a 99 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículos 51 a 67 de la Ley Procesal Militar. De este modo se permite mantener la imparcialidad del resto de los miembros del tribunal que todavía no han intervenido en el procedimiento, que pueden acudir a la fase de vista oral sin influencia alguna en el litigio planteado y con ello preservar la debida imparcialidad del juzgador.

Es cierto, a la luz de esta nueva corriente de práctica letrada antes descrita, que cualquiera de las partes presentes en las actuaciones puede solicitar la recusación del vocal ponente y la sala que con él haya resuelto el recurso formulado en fase de instrucción. En estos casos, los órganos encargados de resolver los incidentes de recusación tendrán que pronunciarse sobre si existe la causa alegada y con ello acelerar el abandono del control del procedimiento por los vocales contaminados, pero en el resto de los casos se facilita la preservación de vocales para el acto de la vista.

La cuestión podría parecer artificiosa si los tribunales militares tuvieran un número de vocales suficientes como para cubrir varias salas, pudiéndose de este modo garantizar siempre contar con vocales del tribunal que no hubieran tenido un contacto previo con la causa que permita su contaminación. Pero no es así, según el artículo 36 de la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM) el Tribunal Militar Central está compuesto por un auditor presidente y cuatro vocales togados. Del

mismo modo, el artículo 46 de esta misma norma señala que los tribunales militares territoriales estarán formados por un auditor presidente y cuatro vocales togados. Con este número de vocales, la contaminación de una sala que haya resuelto recursos contra autos del juez instructor, entrando en un supuesto juicio de probabilidad delictiva, permite mantener «imparciales objetivamente» a dos vocales togados, número suficiente para formar sala con los vocales militares insaculados, al establecer los artículos 41 y 51 de la LOCOJM se constituirán por su auditor presidente, o quien le sustituya, un vocal togado y un vocal militar.

Pero nuevos problemas se han ido presentando en los últimos años al actuar de los tribunales militares que, de una u otra forma, alteran su composición y con ello afectando al problema de la imparcialidad objetiva objeto de esta comunicación. Estos son los siguientes:

1. La incompleta plantilla de los tribunales militares.
2. El nuevo procedimiento de nombramiento de miembros de tribunales.

En cuanto a la primera de estas cuestiones, hay que señalar que, salvo excepciones, los tribunales militares no completan el número de vocales señalados por la LOCOJM en su artículo 46. En los últimos años, tribunales como los de La Coruña, Barcelona y Santa Cruz de Tenerife se han mantenido con tres o cuatro vocales (auditor presidente y dos o tres vocales togados) mientras que para los tribunales de Madrid y Sevilla sí lo han hecho con el número de plazas fijados en la ley (auditor presidente y cuatro vocales togados).

Este tipo de composición, por debajo de lo marcado por la LOCOJM, permite a los tribunales de Madrid y Sevilla operar a pleno rendimiento, incluso cuando sean recusados los miembros de una sala por haber valorado indicios de criminalidad cuando el procedimiento aún se encontraba en instrucción en un juzgado togado militar de este órgano dependiente, pero complica la labor jurisdiccional en los otros tres tribunales militares territoriales, pues cualquier intervención decisoria en la resolución de recursos contra autos de procesamiento, de las propuestas de sobreseimiento definitivo con oposición de la parte acusadora, o cualquier otra resolución que implique el estudio de los indicios racionales de criminalidad en un procedimiento, imposibilita formar sala para la vista sin acudir a vocales jurídicos sustitutos, procedentes de otros tribunales.

Si la contaminación de los vocales de un tribunal con tres o cuatro miembros impide el que ninguno de ellos pueda estar en el acto de la vista oral, el tema se complica aún más al integrarse la jurisdicción militar en el

Poder Judicial del Estado en virtud de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues si la expresa declaración de la integración de la jurisdicción militar en el Poder Judicial del Estado es una garantía de independencia, esta independencia cuesta, en estos momentos a los tribunales militares algunas incidencias, que también afectan directamente a la composición de los tribunales y con ello a la imparcialidad objetiva objeto de estas líneas. Las Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, de Código Penal Militar, modificó a través de su disposición final primera, entre otros, los artículos 27, 37, 47 y 54 de la LOCOJM al atribuir al Consejo General del Poder Judicial estas misiones tanto en el Tribunal Supremo, en el Tribunal Militar Central como en los tribunales territoriales y juzgados centrales y territoriales. Estas modificaciones han sido acompañadas por las correspondientes del reglamento 1/2010, de 25 de febrero, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional de los órganos judiciales, en lo relativo a la jurisdicción militar, por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 31 de marzo de 2016.

La cuestión es puramente mecánica pero trascendente para el funcionamiento de los tribunales militares. Si hasta la fecha, con el sistema antiguo de designación de vacantes por el Ministerio de Defensa, la designación de un nuevo vocal, desde que se había producido la vacante no llegaba a mes y medio, tras haber asumido la designación de los vocales togados el Consejo General del Poder Judicial, los plazos llegaron a sobrepasar los seis meses de duración, dilación que se han conseguido reducir recientemente, pero nunca por debajo de tres meses. Es decir, que cualquier vacante que se produzca en un tribunal militar «de a tres», le impide firmar sus resoluciones, hasta las que pueden provocar su contaminación. En los casos de tribunales «a cinco», estos retrasos no impiden la impulsión de los procedimientos, cuando «solo» se haya producido una vacante, pero incluso en este caso, impide llegar al acto del juicio oral con sus vocales naturales, aquellos que han sido designados por los órganos correspondientes y publicados en Boletín.

Es de esperar que los plazos en tramitar una designación de vocal se reduzcan, pero en tanto se pueda alcanzar este objetivo, y a la vista de los problemas suscitados en la mecánica ordinaria de los tribunales territoriales, la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central acordó, el 9 de marzo de 2017, un turno de sustituciones en la fase de juicio oral entre tribunales militares territoriales, que contempla la sustitución de vocales contaminados o ausentes por otros de otros tribunales militares territoriales.

Con este acuerdo se permite completar las distintas salas de tribunales que tienen a sus miembros contaminados o con número inferior al necesario con otros componentes de otros tribunales militares territoriales. Con todo, una pequeña matización, a la luz de la exigencia de jueces ordinarios predeterminados por la ley, este autor considera que no es posible sustituir a un vocal que forma parte de un tribunal por otro de otro tribunal territorial mientras existan otros vocales «naturales» del primer tribunal que no se encuentren contaminados. Es decir, las sustituciones solo pueden funcionar cuando se han agotado los vocales togados del tribunal que requiere la sustitución, y no antes. Las primeras sustituciones de vocales contaminados o ausentes, de este modo, deben ser efectuadas entre vocales integrantes del tribunal sentenciador, y solo cuando por las circunstancias antes referidas, se carezca del mismo, acudir al acuerdo de 9 de marzo de 2017 para completar una sala.

Con todo, este sistema de sustituciones no debe posibilitar la creación de «salas de garantía o de recursos», con vocales de otros tribunales distintos al que le corresponde el procedimiento, a los efectos de resolver cuestiones interlocutorias y poder permitir así al vocal designado llegar sin contaminación al acto básico de la vista oral. Y no puede ser porque la ley no lo permite. El sistema de sustituciones no puede desarticular lo que se encuentra regulado por ley, es decir, la designación de los miembros de cada uno de los tribunales y el control que cada tribunal le corresponde de las actuaciones de los juzgados territoriales a él asignado. Por otro lado, si tras la formación de una sala con vocales pertenecientes a otro tribunal territorial es nombrado, o son nombrados, nuevos vocales, con su publicación correspondiente, esta sala «sustitutoria» dejaría de actuar, asumiendo el control de las actuaciones y su resolución los nuevos vocales recién llegados, siempre y cuando no se encontraran contaminados por su actuar en destinos anteriores, todo ello siempre de acuerdo al derecho de todo ciudadano a contar con un juez ordinario predeterminado por la ley.

4.2. EN EL ACTO DE LA VISTA ORAL

Pero la imparcialidad objetiva de los miembros de los tribunales no solo se encuentra afectada por el actuar de los mismos durante la fase de instrucción e incluso durante la fase intermedia. También el comportamiento de los miembros de los tribunales militares debe ser sumamente escrupuloso en el acto de la vista oral. No son pocas las sentencias del Tribunal Supremo, y del Tribunal Constitucional, que han marcado el deber

de los miembros de todo tribunal de ser imparciales en este acto clave y solemne, que pretende resolver la controversia planteada.

No es hora de analizar los modelos procesales inquisitivo o acusatorio, caracterizado el primero por ser el propio tribunal quien actúa de oficio, asumiendo las facultades de acusar y de enjuiciar, mientras que en el segundo estas facultades se encuentran asignadas a órganos distintos, simplemente señalar que conforme las exigencias de la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es posible obtener justicia en un proceso si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad como tercero ajeno a los intereses en litigio y a quienes son, o pretenden ser, sus titulares. Por esta razón el comportamiento de los miembros del tribunal en el acto de la vista oral ha sido objeto de una detallada jurisprudencia, a veces contradictoria, que de modo casuístico podemos concretar en:

1. STS n.º 31/2011, de 2 de febrero de 2011.

Durante el enjuiciamiento de un delito de enaltecimiento del terrorismo, la presidenta y ponente preguntó al acusado si condenaba la violencia de una organización terrorista, a lo que este se niega a responder en el ejercicio de su derecho de defensa, contestando la magistrada «ya sabía yo que no me iba a contestar a esta pregunta». Entiende el TS en el examen de la imparcialidad, que no solo es importante el sentido de la pregunta formulada, sino también el comentario de la magistrada, entendiendo que esta actuación supone «opinión formada, previamente o al inicio del juicio (...) antes de haber podido siquiera presenciar el resto de la prueba tanto de cargo como de descargo», por lo que entiende que existe una contaminación objetiva de la magistrada ponente.

2. STS n.º 222/2010, de 4 de marzo.

En este supuesto, el presidente y ponente de la sala interviene en el interrogatorio de varios acusados y de testigos efectuando valoraciones e interrumpiendo el informe de uno de los letrados en lo relativo a la subsunción típica al manifestar «a efectos penológicos es lo mismo ser calificado de parte extraneus en una malversación que de autor de una estafa». Según el TS en este caso no existe una falta de neutralidad, sino que dicha actuación puede ser encajada dentro del ejercicio de las facultades de la dirección del debate por parte del presidente del tribunal. En este caso el TS recuerda la facultad prevista en el artículo 729.2 de la LECrim., de proponer y practicar prueba. En este mismo sentido la STS

538/2008, de 1 de septiembre, 3499/2015, de 20 de julio y 1333/2009, de 1 de diciembre que entienden que el tribunal, para preservar su posición de imparcialidad deben hacer un uso moderado de sus facultades, de modo que no exceda del debate procesal tal y como ha sido planteado por las partes.

3. STC n.º 229/2003 y 334/2005.

Entienden que el límite de la actuación del presidente de un tribunal viene establecido por la exigencia de que la formulación de preguntas no fuera una manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación o una toma de partido a favor de una parte.

4. STS n.º 291/2005, de 2 de marzo.

Es un supuesto en el que el presidente del tribunal interroga al acusado, tras la negativa a responder a las preguntas del ministerio fiscal. En este caso el TS considera que la actuación del presidente supera la mera dirección del debate y la solicitud de aclaraciones, que se convierten en el límite de la actuación permitida.

5. STS n.º 780/2006, de 3 de julio.

En el mismo sentido de la anterior, en este caso se considera que se ha alterado la necesaria neutralidad del órgano juzgador cuando el presidente del tribunal efectúa un interrogatorio de los procesados compuesto por sesenta preguntas durante diez minutos «con una raíz claramente acusatoria».

6. STS 187/2013, de 11 de febrero.

Caso en el que el recurrente indica en su recurso que el presidente de un tribunal se dirigió a él con expresiones como «usted se calla, porque si yo soy mi escolta, ayer, el culatazo que se lleva por el escándalo que estaba armando allí, hoy tiene la cabeza vendá; pero claro, como aquí nos la cogemos con papel de fumar; antes de tocar a nadie ¡vamos!, si yo llevo ayer arma, ¡un culatazo!»

En este supuesto, el TS cree que tales expresiones, de ser ciertos los hechos, podrían tener su correspondiente responsabilidad disciplinaria «pero ni la parte transcrita, ni el resto de lo que el recurrente afirma que manifestó el magistrado, pone de relieve ninguna predisposición en cuanto a las de-

cisiones jurisdiccionales de quien la profirió ni, en modo alguno del resto del tribunal».

Estos son unos cuantos ejemplos de la difícil posición en la que se encuentran los miembros de un tribunal, y entre ellos los militares, peculiares por su composición integrada por miembros del Cuerpo Jurídico Militar y militares de las armas, a la hora de llevar el gobierno de una vista oral. La imparcialidad del juez queda marcada por la exigencia de su condición como juez de garantías de los procedimientos durante la instrucción de las actuaciones, continúa tras la apertura del juicio oral, pero extiende sus efectos al momento pleno de la vista oral.

De todos modos, también en este momento, algunas precisiones hay que hacer en el comportamiento de los tribunales militares, pues en este supuesto se ha tenido que pronunciar la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Quizás la más reciente de las resoluciones dictadas que trata el tema de la neutralidad de los miembros de los tribunales militares en relación con las actuaciones de sus miembros en el acto de la vista oral sea la Sentencia 86/2017, dictada el pasado 25 de julio de 2017. Lo interesante de esta sentencia es que la cuestión de la falta de imparcialidad del tribunal juzgador no se planteó en el recurso de casación sino que se suscitó entre los miembros de la sala que resolvía la cuestión casacional, alcanzando cierta intensidad, como consta en la resolución dictada, al determinar incluso la presentación de un voto particular por parte de dos magistrados.

Los hechos que se debatían hacían referencia a si miembros del tribunal habían formulado diversas preguntas a testigos y peritos durante la vista oral. Como señala el fundamento de derecho primero de esta resolución: «... la mayoría de la sala entendió que no resultaba procedente introducir de oficio en el debate casacional una cuestión ajena a lo planteado por la recurrente en su recurso y que en el presente caso no se había vulnerado el derecho fundamental a la imparcialidad del tribunal. Y en este sentido se significó que la LECrim., al referirse al examen de los testigos, señala en el párrafo segundo del artículo 708, que: “El presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren”. Resulta evidente que tal facultad, que es extensible al caso de los peritos —dado que se trata también de una prueba personal y quizás más obligada de aclaraciones por la especial naturaleza de su intervención—, siempre debe ser ejercitada con moderación y prudencia, de manera que no se pueda ver afectada su imparcialidad por implicarse la sala en el debate entre las partes».

No obstante este pronunciamiento mayoritario, esta cuestión, determinó un voto particular por parte de los magistrados disidentes en el que se expone de nuevo, no ya el deber de imparcialidad del tribunal juzgados, sino incluso su deber de apariencia de imparcialidad de los mismos. Señala el punto 1 del voto particular: «el tribunal no puede perder, ni parecer que pierde, su imparcialidad, ni puede afectar al principio acusatorio ni al principio de igualdad de armas. Por ello, las facultades del presidente del tribunal sobre la posibilidad de realizar preguntas a los testigos o de acordar de oficio la práctica de pruebas debe ser rechazada, o al menos, interpretativamente tan restringida que no quepan posibilidades al respecto...». Según los magistrados disidentes: «el órgano judicial no puede sustituir a las partes, sino presidir el debate y recepcionar la prueba que estas han presentado. De ahí que la jurisprudencia de esta sala, en interpretación de las exigencias del principio acusatorio haya propiciado una interpretación muy restringida de instituciones como el planteamiento de la tesis del art. 733, o la aportación de testigos por el tribunal del art. 729, con la finalidad de apuntalar la imparcialidad del tribunal, (...). Es por ello que el art. 708 de la Ley Procesal ha de ser interpretado de manera armónica con el principio acusatorio, esto es, su utilización ha de ser excepcional y referida a extremos sobre los que los testigos, peritos o imputados hayan declarado a las preguntas de las partes en el proceso, en relación con hechos aportados por ellas». Esta corriente de mayor rigorismo en el control de la imparcialidad de las actuaciones obligaría a un extremo cuidado por parte de los juzgadores a la hora de poder concretar y fijar las pruebas en las que basar su resolución, restringiendo las cuestiones planteadas por los vocales a la mínima concreción de la cuestión litigiosa presentada a la vista por las partes, sin poder incidir en la contienda probatoria más allá de mínimas precisiones a las pruebas presentadas por las partes.

Pero no es la sentencia de 25 de julio de 2017 la única resolución de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que hace referencia a la posible imparcialidad de los miembros de tribunales sentenciadores durante el ejercicio de la vista oral, sobre esta cuestión también hay que destacar la Sentencia 5230/2015, de 16 de diciembre, por la que se resuelve un recurso de casación interpuesto por un condenado en el que denuncia, esta vez sí, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la vulneración del derecho a un juez imparcial del artículo 24.2 de la Constitución Española, como garantía implícita del derecho a un juicio público con todas las garantías.

Manifiesta el recurrente en su recurso de casación, al referirse a lo sucedido en la vista oral, que estaba siendo grabada íntegramente que: «En-

tendemos que la conversación que se contiene en la grabación del acto de la vista, obrante al minuto 26,25 del archivo “M2U00056.avi”, en la que se reproduce una conversación entre la fiscal y el presidente del tribunal, podría ser manifestación de que este último no ha mantenido la posición imparcial a la que viene obligado legalmente». En concreto las frases reseñadas por la defensa del condenado tuvieron lugar finalizada la declaración del teniente D. Héctor, es en ese momento cuando el presidente del tribunal interrumpe la sesión (minuto 25,30 del archivo “M2U00056.avi”), “ya que la audición de una prueba no estaba preparada, ordenando el desalojo de la sala, no sin antes advertir al teniente Héctor que no comentase con ninguno de los testigos su declaración”. Justo en ese momento en la grabación del acto de la vista se puede oír:

Presidente: “Lo que pasa es que este ha podido presionar a Jon y a Urbano”.

Fiscal: “El cabo Jon no puede hablar con el segundo... El efecto sorpresa se rompe...”.

Presidente: “Ah bueno para que no se sepa que se va a producir la audiencia, ¿no?”.

Fiscal: “Sí”.

Presidente: “Bueno, si de todos modos si le decimos al cabo...”.

Es en este momento en el que el recurrente viene a señalar en su recurso de casación que «El cabo encargado de la grabación en la sala se apercibe que continúa grabándose lo que allí se está hablando, se levanta y corre a apagar la cinta (minuto 26,50). El presidente del tribunal al observarlo, se calla y termina la grabación».

Continúa afirmando la parte recurrente que, aunque no puede conocer el contenido de la conversación de forma completa porque el vídeo se apaga, considera que el juez «no mantiene una posición imparcial; sino que desempeña una actitud activa en pro del éxito de la tesis acusatoria. De hecho, la misma conversación con la fiscal, sin estar presente la defensa, supone una vulneración al principio de igualdad procesal».

Sostiene también que los jueces son responsables y tienen el deber de mantener la igualdad dentro del proceso y que los comentarios que realiza el presidente sobre la supuesta presión que se ha podido ejercer sobre

alguno de los testigos que aún no habían declarado, se ha reflejado en el OTROSÍ DECIMOS de la sentencia en donde considera «la conducta del sargento constitutiva de un delito contra la administración de justicia, acordando la remisión de testimonios de la sentencia al Juzgado Togado Militar Territorial n.º 23 de Almería».

En el mismo sentido, la frase en la que el presidente le comenta a la fiscal que «si le decimos al cabo...», refuerza la actitud activa del juez indicada anteriormente, lo que podría suponer que no mantuvo la posición imparcial, sino que se posicionó con la acusación.

Dado traslado del recurso al fiscal togado, con fecha 9 de octubre de 2015 presentó escrito de impugnación interesando la estimación del motivo alegado por la defensa del recurrente en su recurso de casación. El Ministerio Fiscal apoya la estimación de este primer motivo haciendo suyas las razones alegadas para su admisibilidad ya que se trata de un motivo *ex novo*, sobre un hecho del que tuvo noticia cuando el tribunal de instancia le hizo entrega del soporte de grabación de la vista. El fiscal estima que asiste la razón a quien recurre cuando considera que los hechos que señala suponen la quiebra del derecho al juez imparcial que le asiste, y ello independientemente de que lo descrito pudiera ser interpretado como prueba o indicio de parcialidad, porque afecta gravemente a la indispensable apariencia de imparcialidad, que cada miembro del tribunal está obligado a mostrar.

Para llegar a esta conclusión el fiscal togado se apoya en la doctrina del TEDH y del Tribunal Constitucional anteriormente analizada, citando expresamente las sentencias Castillo Algar contra España y Cubber contra Bélgica.

Con todo, el motivo fue desestimado por la Sala Quinta del Tribunal Supremo al entender que no es correcto extender el derecho a un juez imparcial al límite de interpretar, como hace el Ministerio Fiscal, que cualquier apreciación subjetiva que manifieste el justiciable valorando un dato o un hecho que afecte al tribunal pueda estimarse como reveladora de la existencia de la pérdida de imparcialidad de los jueces. Señala la Sala que tras el visionado de la escena que constituye la base del motivo del recurso, estima que es importante resaltar lo siguiente:

«1.- La breve escena (25 segundos) y el objeto del comentario entre el presidente y la fiscal no se refiere a la declaración del procesado, ni al testimonio que acaba de prestar el teniente Héctor (testigo directo y principal que ha recibido las amenazas del sargento Cayetano), sino que se refieren a los dos testigos (cabo Jon y cabo Urbano) que van a

ser citados a continuación después de que se proceda a la audición de la grabación que realizó el procesado de su conversación privada con el cabo Jon y el cabo Everardo, aportada a los autos por el letrado defensor y solicitada por la fiscal. Audición cuya preparación ha dado lugar a una suspensión de la vista por cinco minutos; y 2.- Los comentarios, que se producen tras la suspensión de la vista oral, tienen por objeto impedir que los testigos se relacionen con el teniente Héctor que acaba de declarar, así como que los cabos Jon y Urbano permanezcan fuera de la sala mientras se produce la audición de la prueba de audio solicitada. A ello se debe que la secretaria se dirija con celeridad a las dos policías militares indicándoles que vigilen la incomunicación».

Matiza el vocal ponente de esta sentencia que «es cierto que en materia de imparcialidad del juzgador las apariencias son importantes, ya que lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática. Pero ello no significa que deba primar la subjetividad de una de las partes a la que le resulte suficiente para excluir al juez predeterminado por la ley, con levantar unas sospechas carentes de fundamento objetivo, y que no resulten razonables para un observador externo, pues ello conduciría a un sistema de juez a la carta». En razón de estos criterios sigue indicando que «el presidente de un tribunal debe desempeñar su función de ordenación del proceso adoptando una actitud neutral respecto a las partes como, sin duda, ha ocurrido en el desarrollo de este, ya que la única queja que se menciona por el recurrente es la citada sin que exista, por tanto, ningún otro reproche a la actuación del presidente durante las horas que tuvo lugar la vista oral con intervención del procesado y seis testigos lo que revela que actuó siempre dirigiendo con toda corrección los debates, advirtiendo a los testigos su obligación legal de decir verdad, evitando durante los interrogatorios las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes que no conducen al esclarecimiento de los hechos, así como garantizando el equilibrio, la equidad y el comportamiento correcto de los intervinientes».

Poco había que comentar de tan precisa e impecable valoración y matización sobre el ejercicio de la imparcialidad objetiva del presidente del tribunal territorial, cuyo comportamiento fue recurrido en casación por el condenado, simplemente unas matizaciones a esta resolución y al planteamiento del vocal ponente. Las apreciaciones formuladas en la sentencia de casación se realizaron tras visualización de la grabación de la vista oral objeto del recurso, grabación a la que podemos dar valor de acta. Pero incluso con los nuevos medios técnicos, la plena visualización del acto de la vista

puede llevarnos a algunas imprecisiones, por el hecho de que la grabación, aunque plena en el tiempo, no es plena en la constatación de los hechos que suceden en este acto del procedimiento.

Según jurisprudencia del Tribunal Supremo el acta de la vista «si bien tiene autenticidad formal por la fe judicial del secretario que la refrenda y autenticidad intrínseca respecto a la celebración del acto y su fecha, personas intervinientes y conclusiones de las partes legitimadas, carece totalmente de valor probatorio vinculante en cuanto a las manifestaciones de voluntad que pudieran hacer los testigos, porque no encierra verdades autónomas e incontrovertibles, sino simples apreciaciones personales sujetas al grado de veracidad y de ética moral y legal de quien las vierte, siendo y constituyendo meros elementos de juicio y prueba sometidas a la discrecional y soberana valoración del juzgador penal» (Sentencia de la Sala de lo Penal de 31 de octubre de 1980). De igual manera la Sentencia de 8 de marzo de 1993 de la Sala de lo Militar señala que «pero el que el acta esté mal redactada no da pie para fundamentar la presunción de inocencia, pues ni el acta es documento a efectos casacionales, ni las declaraciones en él contenidas (en el supuesto hipotético de estar estas en la misma contenidas) se incorporan a ella a fin de poder servir como prueba preconstituida a efectos de demostrar lo contrario de lo que se afirma en los hechos probados». El acta es un acto procesal que en el art. 320 de la Ley Procesal Militar (RCL 1989\856) se atribuye al secretario, teniendo como única exigencia de mención literal «lo que pidan las partes y hubiera acordado el auditor presidente».

Las nuevas grabaciones del acto de la vista, no deberían sustituir, sino complementar a este acto procesal, dando constancia casi íntegra a través de la imagen y de la voz, al ser su precisión muy superior a las actas tomadas a mano por los secretarios relatores, en las que por su propia naturaleza escrita era imposible constatar en su totalidad lo ocurrido y comentado en la vista.

5. LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSOS DISCIPLINARIO

Hasta este punto, en este trabajo se ha hecho referencia al impacto que puede tener en los miembros de un tribunal, militar u ordinario, el contacto con los procedimientos objetos de su análisis. No obstante, las funciones de los tribunales militares es más amplia que la mera resolución de controversias penales, pues como señalan los artículos 34.7 y 45.6 de la LO

4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, tanto el Tribunal Militar Central, como los tribunales militares territoriales son competentes para conocer de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan de las sanciones impuestas o reformadas por las autoridades disciplinarias militares. Nos estamos refiriendo tanto a los recursos contenciosos-disciplinarios ordinarios, como a los preferentes y sumarios, regulados en los artículos 473 a 518 de la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

Son estos recursos el cauce a través del cual se somete a control jurisdiccional el ejercicio de la potestad sancionadora castrense. Sobre la naturaleza de este recurso señala Sánchez Guzmán que «el control jurisdiccional de las sanciones de tal ilícito disciplinario, que no guardan diferencias sustanciales con el ilícito penal, se residencia en un procedimiento que es calco del contencioso-administrativo, con olvido de sus esenciales disparidades respecto del ilícito administrativo, propio de tal procedimiento»¹⁰.

Pues bien, en esta función revisoria, encomendada a los tribunales militares también se puede ver afectada la imparcialidad de los que los componen, por mucho que la intervención de los vocales, a diferencia de lo que sucede en el proceso penal, esté mucho más acotada, y no sea necesaria la celebración de vista para su resolución del recurso, salvo que lo pidan las partes o el tribunal lo estime necesario, como señala el artículo 487 de la LPM. Pero la celebración de vistas no es lo habitual, fase en la que sus miembros se verían afectados de las mismas limitaciones que se han expuesto anteriormente para los miembros de tribunales penales, siendo más común la sustitución de la misma por unas conclusiones sucintas acerca de los hechos, las pruebas practicadas y los fundamentos jurídicos en los que apoyen sus pretensiones. Y es aquí donde se pueden plantear nuevas contaminaciones objetivas a los miembros de los tribunales competentes, en concreto en la fase de prueba toda vez que el artículo 486 de la LPM señala que: «El tribunal podrá también acordar, de oficio, el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto.

Concluida la fase probatoria, el tribunal podrá también acordar, antes o después de la vista o señalamiento para fallo, la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare procedente».

¹⁰ VV. AA. «El recurso contencioso disciplinario militar: disposiciones generale». *Comentarios a las leyes procesales militares Tomo II*. Madrid: Ministerio de Defensa, 1995, p. 2084.

No es este precepto una aportación novedosa de la norma militar en relación con los procedimientos comunes, pues normas procesales penales y administrativas también permiten a los tribunales ordinarios la proposición por parte de los órganos juzgadores de pruebas de oficio. Así lo habilita la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 729.2 al señalar que no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas por las partes del procedimiento, salvo «las diligencias de pruebas no propuestas por las partes, que el tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación».

Si hasta estos momentos hemos ido analizando la cada vez mayor sensibilidad jurisprudencial ante el contacto de los miembros del tribunal con los procedimientos penales o administrativos, no cabe duda que la posibilidad de proponer pruebas distintas de las solicitadas por las partes parece que se convierte en un nuevo foco de posibles contaminaciones. ¿Cuáles son por tanto las pruebas que los tribunales pueden proponer a la hora de resolver las cuestiones en litigio? ¿Cuándo puede un tribunal proponer prueba que no haya sido solicitada por las partes? Hay que tener en cuenta que, como procedimientos contradictorios que son tanto el procedimiento penal como el contencioso, que la función probatoria debe quedar en gran medida atribuida a estas partes y no al órgano juzgador, y que la práctica de pruebas distintas de las propuestas por las partes puede afectar de manera evidente al principio de imparcialidad que debe regir en la actividad que desarrollen los órganos jurisdiccionales.

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha procedido a acotar, podríamos decir de una manera progresiva, las habilitaciones que se presumen del artículo 729 de la LECrim. Así la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1994, parece aprobar esta proposición de pruebas de oficio al señalar: «Respecto de las facultades que en materia probatoria se reconocen al tribunal en el art. 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es menester poner de relieve que el objetivo del proceso penal es descubrir la verdad real, de modo que la iniciativa probatoria no constituye monopolio de las partes. Es posible, por tanto, practicar pruebas no propuestas por ninguna de las partes que el tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. En este sentido, cabe citar los artículos 315 y 729.2.º de la LECrim., en cuanto los mismos autorizan al juez de instrucción y al tribunal para procurarse de oficio las pruebas que estimen útiles para esclarecer la verdad sobre los hechos enjuiciados. En

el mismo sentido cabe citar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 1988 (caso Barberá, Messegué y Jabardo)».

Es decir, se entiende que todo tribunal podría proponer pruebas que se estimen útiles para esclarecer la verdad sobre los hechos. No obstante esta resolución, otra sentencia del mismo año viene a concretar un poco más esta primera habilitación genérica a la proposición de pruebas por parte de tribunales. En concreto la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1994, viene a indicar que: «La pretensión del recurrente se fundamenta en una extensión del principio de oficialidad que supera los límites que el mismo tiene reconocidos en la ley. En efecto, si bien es cierto que el art. 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al tribunal a practicar las pruebas no propuestas por las partes que considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de acusación, no lo es menos que esta disposición encuentra su límite en el derecho del procesado a ser juzgado por un tribunal imparcial (art. 6.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 24 de la Constitución Española). Esta garantía resulta, como es claro, desconocida cuando el tribunal asume el papel de acusador y persecutor del acusado. Por tal motivo, el art. 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no puede ser utilizado por el tribunal en contra del acusado, como lo pretende la recurrente. A mayor abundamiento se debe señalar que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso Barbera, Messegué y Jabardo no es un precedente aplicable al presente, toda vez que allí no se trataba de prueba de la acusación, sino de la prueba de la defensa».

De este modo, esta resolución ya plantea una pauta para la proposición de pruebas de oficio, que no es otra que la prueba propuesta por los tribunales no puede ser utilizada por el tribunal en contra del acusado, en el procedimiento penal, y que el autor de este trabajo entiende debe alcanzar al recurrente en los procedimientos contenciosos disciplinarios. ¿Pero proponer una prueba significa acusar, cuando todavía no se conoce el resultado de la misma? ¿Puede el tribunal proponer una prueba testifical no practicada, sin conocer el sentido de la declaración cuando lo que se solicita es que se manifieste sobre la veracidad del parte? ¿Es asumir el papel de acusador el proponer una testifical que posteriormente se vuelve contra el procesado o el recurrente? Son estas cuestiones de difícil delimitación.

Un paso más en la concreción de la proposición de pruebas por parte de los órganos juzgadores lo da la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1997, en la que se indica que: «Con arreglo a tal doctrina el motivo debe ser desestimado. En el proceso ordinario las propuestas de prueba deben hacerse al tiempo de formular los escritos de

calificación provisional, no pudiendo pedirse posteriormente, conforme al artículo 728 de la LECrim., y la jurisprudencia (SS. 7 de mayo y 15 de junio de 1981, entre otras), no estando incluida la proposición del testigo en ninguno de los supuestos del artículo 729...». De este modo, esta resolución parece estar privando al tribunal de proponer pruebas testificales, y con ello evitando el problema antes aludido de la práctica de pruebas contra el acusado. Siguiendo este criterio quedaría a la voluntad del órgano juzgador la incorporación a las actuaciones de pruebas documentales, dictámenes de peritos y reconocimientos judiciales, de conformidad con lo establecido en el artículo 299 de la LECivil.

Introduciéndonos en el ámbito contencioso-disciplinario, hay que señalar que tampoco es el artículo 486 de la LPM la única norma habilitadora de la proposición de oficio de pruebas por un órgano juzgador, existiendo también normas habilitadoras de la proposición de pruebas de oficio en el derecho administrativo. De este modo, no debe entenderse como una prerrogativa propia y especial que la ley atribuye a los órganos judiciales militares dentro de los procedimientos judiciales militares no penales y en especial en los contenciosos-disciplinarios militares, pues es propia de todo procedimiento contencioso-administrativo en general. Así, el artículo 61 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala que:

«1. El juez o tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto.

2. Finalizado el período de prueba, y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia, el órgano jurisdiccional podrá también acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare necesaria».

El art. 61 permite al órgano judicial, una vez finalizado el período de prueba, disponer de oficio la práctica de nuevas pruebas que estime pertinentes para la correcta decisión del litigio; pero exige la intervención de las partes en la práctica de dichas pruebas.

Esta previsión, la del art. 61, LJCA, se corresponde con las diligencias para mejor proveer de la anterior Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) y que ahora, en la vigente LEC, han sido sustituidas por las diligencias finales que, con presupuestos y requisitos distintos, ya no se corresponden con las prescripciones del art. 61, LJCA, pues el art. 435, LEC (normativa vigente) solo admite las diligencias previas a instan-

cia de parte en supuestos tasados y de oficio en casos excepcionales, hasta el punto de requerir que la prueba practicada de oficio sea «sobre hechos relevantes oportunamente alegados», siempre que los actos de pruebas anteriores no hubieran sido contundentes, «y siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos». Estas exigencias suponen la dificultad, cuando no imposibilidad, de acudir a esa regulación en busca de una subsidiariedad que no se corresponde con el supuesto previsto en la LJCA.

Las diligencias de prueba previstas en el art. 61.2, LJCA son una facultad del órgano jurisdiccional y no un deber (STC 144/2006, de 8 de mayo). Así, el ATS, Sala 3.^a, Sección 1.^a, de 12 de marzo de 1999 viene a concretar que «las diligencias para mejor proveer a que se refiere este precepto no están para suplir la falta de actividad de las partes en el trámite de prueba, siendo la actividad probatoria de oficio una facultad libérrima del órgano judicial y no una imposición de las partes». Así, las diligencias para mejor proveer no pueden utilizarse para suplir las omisiones de las partes, pues no constituyen un derecho de las partes sino una facultad del tribunal, de manera que su previsión legal no puede servir para desplazar al tribunal la carga de la prueba (STS de 26 de febrero de 2001 y STS de 17 de marzo de 2003), y el órgano jurisdiccional no tiene la obligatoriedad de acordar la práctica de pruebas para mejor proveer sino que el precepto consagra una facultad enderezada a la más acertada decisión del asunto (STS de 14 de noviembre de 2006¹) y no pueden servir para desplazar al órgano jurisdiccional la carga de la prueba ni pueden utilizarse para suplir las omisiones de las partes (STS de 27 de noviembre de 2007).

También en el ámbito de los recursos contenciosos disciplinarios militares se habilita a los tribunales militares a solicitar pruebas de oficio en los recursos que estén tramitando. Señala el artículo 486 de la LPM que en los procedimientos contenciosos disciplinarios ordinarios y preferentes y sumarios: «El tribunal podrá también acordar, de oficio, el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto». Pero como sucede en los procedimientos ordinarios, como se acaba de exponer en líneas precedentes, también la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo mira con cierta «desconfianza» esta potestad que puede alterar la imparcialidad objetiva de los miembros de los tribunales militares. Esta suspicacia surge, como ocurre con los tribunales penales y contenciosos ordinarios, de la implicación que asumiría el tribunal en un procedimiento en el que existe una fase de prueba, en la que se invita a las partes personadas, el recurrente y el representante de la abogacía del Estado, en el recurso ordinario, y también al Ministerio Fiscal, en

el preferente y sumario, a proponer todas aquellas pruebas que consideren oportunas para la defensa de sus respectivas posiciones.

No obstante lo anterior, debemos destacar algunas especialidades de esta fase de recibimiento del pleito a prueba en los recursos contenciosos militares, pues si bien es cierto que es habitual ver cómo el recurrente hace uso de esta facultad proponiendo todo tipo de pruebas, entre ellas las de carácter testifical, no es habitual que el resto de partes implicadas en este expediente —tanto la abogacía del Estado como el Ministerio Fiscal— propongan prueba alguna en los recursos en los que participan. Tras la práctica de las pruebas hay dos vías para poder llegar a la sentencia, bien la celebración de vista o bien su sustitución por un escrito de conclusiones (artículo 489 de la LPM). Pero volviendo a la fase de recibimiento del pleito a prueba, hay que señalar que no es competencia de los tribunales corregir o subsanar las decisiones de las partes personadas en el expediente, aun cuando en algunas ocasiones los tribunales se vean limitados por la inacción de estas partes personadas a no apreciar todas las pruebas que se podían haber practicado. Y es en este punto, donde ha de interpretarse el artículo 486 de la LPM que habilita la proposición de pruebas de oficio.

Ante esta cuestión ¿cuál es la postura de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo? La Sala Quinta ha analizado este problema en diferentes resoluciones, pero por su contemporaneidad vamos hacer referencia a la sentencia de 9 de abril de 2019. Viene a indicar esta resolución que los recursos contenciosos no deben ser la vía de subsanación de los defectos que se aprecien en las resoluciones sancionadoras. En concreto señala esta resolución que «como afirma nuestra sentencia de 20 de febrero de 2006, seguida por las de 16 de septiembre de 2009, 12 de mayo, 29 de junio y 22 de septiembre de 2016 y n.º 2/2017, de 13 de enero de 2017, a partir del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 14 de febrero anterior “en atención a la doctrina del Tribunal Constitucional expresamente contenida, entre otras, en sus SSTC n.º 126/05 y 59/04, esta Sala entiende que la infracción de las garantías constitucionales previstas en el art. 24 de la CE realizadas en el expediente disciplinario no pueden subsanarse en el posterior proceso contencioso (sin prejuzgar que se puedan subsanar en el ámbito administrativo en algunos casos) pues los derechos fundamentales deben protegerse desde el inicio del expediente y no después” —es decir, ya en sede judicial—, pero ello en relación con un supuesto fáctico en el que el sancionado impugnante alegó la vulneración de su derecho esencial a la presunción de inocencia en razón de que en sede jurisdiccional se subsanó la falta de ratificación en el procedimiento administrativo de un parte por su emisor, lo que llevó a esta Sala, en aplicación de la dicha doctrina,

a sentar, en sus antedichas sentencias de 16 de septiembre de 2009, 12 de mayo y 22 de septiembre de 2016 y n.º 2/2017, de 13 de enero de 2017, “que la ratificación del parte en el posterior proceso contencioso —no importa que lo realice la propia defensa del sancionado— carece de toda eficacia probatoria”.

En el mismo sentido, y como también ha aseverado esta Sala en sus sentencias de 5 de febrero y 17 de julio de 2008, 16 de septiembre de 2009, 12 de mayo y 22 de septiembre de 2016 y n.º 2/2017, de 13 de enero de 2017, “conforme a la actual doctrina constitucional (SSTC 175/2007, de 23 de julio y 243/2007, de 10 de diciembre) recogida ya con anterioridad por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en el caso de que se hubiere producido una afectación de derecho fundamental del inculpado en la tramitación de un expediente administrativo, tal vulneración no puede ser subsanada en sede judicial. Sigue señalando esta sentencia: “no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los tribunales contencioso administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, ‘condenen’ al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE”; y la Sala Primera del Tribunal Constitucional en su Sentencia 82/2009, de 23 de marzo, seguida por las de esta Sala de 16 de septiembre de 2009, 12 de mayo y 22 de septiembre de 2016 y n.º 2/2017, de 13 de enero de 2017, afirma que “hemos advertido que el proceso contencioso administrativo no puede servir para remediar las posibles lesiones de garantías constitucionales causadas por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora (SSTC 125/1983, de 26 de diciembre, FJ 3; 89/1995, de 6 de junio, FJ 4; 7/1998, de 13 de enero, FJ 6; 59/2004, de 19 de abril, FJ 3; 243/2007, de 10 de diciembre, FJ 3; y 70/2008, de 23 de junio, FJ 7, por todas)”. De este modo, queda claro que las posibilidades de los tribunales de proponer pruebas nuevas queda sumamente limitada, por no decir que excluida.

Pero es la propia sentencia que comentamos la que abre un poco la puerta que había cerrado casi completamente, al señalar en su fundamento sexto que cuestión distinta sería que la indefensión producida en sede administrativa venga a ser posteriormente subsanada por el Tribunal *a quo*

en razón de haber acordado, a solicitud del demandante el recibimiento del proceso a prueba, o por haber acordado —como diligencia para mejor proveer que le autoriza el párrafo segundo del artículo 486 de la Ley Procesal Militar— la práctica de determinadas pruebas, de cuyo resultado se deriven efectos favorables para el demandante».

En concreto señala esta sentencia: «En definitiva, como pusimos de relieve en nuestra sentencia n.º 2/2017, de 13 de enero de 2017, siguiendo las de 16 de septiembre de 2009 y 12 de mayo y 22 de septiembre de 2016, “no es exacto que el proceso judicial de impugnación no subsane las lesiones del artículo 24.2 de la Constitución causadas en el ámbito del procedimiento sancionador, el proceso en sede judicial puede venir a remediar la efectiva vulneración que se hubiere producido en el seno del expediente administrativo sancionador del derecho esencial a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, que se tradujera en una efectiva indefensión del interesado, o lo que es lo mismo y como señala el Tribunal Constitucional —SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 26/2000, FJ 2 y 45/2000, FJ 2, entre otras—, que fue decisiva en términos de defensa, de manera que lo que, precisamente, puede venir a conseguir la actuación judicial —a instancia del interesado, que, haciendo uso oportunamente de los remedios hábiles para hacer valer sus intereses en sede judicial, utilice sus posibilidades de defensa, interesando, y logrando, el recibimiento a prueba del proceso, requisito imprescindible para haber podido acudir, en su caso, en casación por la vía del artículo 88.1 c) de la Ley Jurisdiccional, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del aludido precepto— no ha de ser, como dijimos en aquellas nuestras sentencias de 16.09.2009 y 12.05 y 22.09.2016, “otra cosa que remediar, en favor del administrado, recurrente o recurrido, ‘y no de la Administración sancionadora, la vulneración de derecho fundamental que esta le originó a aquel, declarando que en sede del procedimiento administrativo se ha producido aquella conculcación por haberse inadmitido en él la práctica de pruebas que, por su pertinencia y necesidad, debieron haberse admitido y practicado en dicha sede y estimando el recurso en base a ellas’”». Es decir, existe una posibilidad de proposición de prueba *in dubio* pro demandante.

¿Pero cómo se puede saber, al proponer una prueba que esta bascule en favor al demandante, y no en contra suya, sin que esta prueba se haya practicado?. No es la proposición de prueba, fase habilitada a los tribunales militares, sino la práctica de esa prueba la que puede determinar si la misma favorece o no al demandante o recurrente, con lo que difícilmente

podríamos conocer la bondad o no de la prueba solicitada hasta que esta se ha practicado.

Un ejemplo de ello sucedió en el Recurso Contencioso Disciplinario Ordinario 10/2017 instruido en el Tribunal Militar Territorial Segundo, recurso que conocía de una sanción impuesta a un guardia civil por la posible omisión de un saludo al jefe de puesto de un pueblo al que había acudido a presentar una denuncia. En el parte, el comandante de puesto informaba a sus superiores de lo ocurrido e indicaba que de los hechos era conocedor otro guardia que se encontraba en las oficinas. La instrucción estuvo plagada de deficiencias, hasta el punto que solo se tomó declaración al dador del parte, ratificación que se efectuó sin la presencia del expedientado o su letrado, y sin que dicho defecto fuera corregido en el recurso de alzada que agotó la vía administrativa. En su recurso contencioso, el recurrente denunciaba la falta de contradicción de la prueba incorporada al procedimiento sancionador (artículo 42 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil), mientras que la abogacía del Estado, manteniendo su costumbre de no pedir prueba alguna, omitió la solicitud de proponer la declaración del guardia que se identificaba en el parte de inicio del expediente sancionador, y que podía precisar si lo manifestado por su jefe se correspondía con lo cierto o si tenía alguna discrepancia con dicho relato. Sin la ratificación del parte de manera contradictoria, ratificación esencial para ser entendido dicho documento como prueba, de acuerdo con la doctrina de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, entre otras sentencias de 24 de enero de 2018 y de 9 de julio de 2018, el tribunal carecía de pruebas, salvo si decidía de oficio traer al expediente la omitida por las partes del testimonio del guardia presente en los hechos. Se podía entender que dicho testigo no fuera propuesto por el recurrente, al considerar que como subordinado del dador del parte, no iba a contradecir a su jefe. Mucho más complicado era que no fuera traído al recurso por el abogado del Estado, en una omisión poco justificada, ante la ausencia de otros medios de prueba. Ante esta situación el tribunal podía haber resuelto el recurso estimando la pretensión del recurrente, ante la falta de prueba lícitamente practicada en el expediente sancionador y en el recurso de alzada, o bien proponer la prueba de oficio. Se tomó esta segunda opción, al entender que la prueba estaba ya introducida en el expediente sancionador por el propio dador del parte, al identificar al guardia que decía presencié los hechos en el documento que daba origen al expediente sancionador, por mucho que la misma no hubiera sido practicada. Con la práctica de oficio se corría el riesgo de que se entendiera la declaración del testigo como un acto del tribunal en el que se asumía el papel de acusador y persecutor del

acusado, cuando ciertamente la intención era bien distinta, conocer la realidad de lo sucedido, al no tener más prueba que un parte no ratificado. De este modo, si el guardia declaraba en favor del recurrente, la prueba podría ser estimada de acuerdo con la doctrina marcada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, pero si la declaración del testigo ratificara los hechos descritos por su jefe en el parte, la sentencia del tribunal podía ser recurrida en casación alegando la falta de imparcialidad de sus miembros. Un callejón con difícil salida.

El resultado de la prueba, en este caso, condujo a la estimación del recurso contencioso ante la manifestación del guardia de su falta de presencia en los hechos relatados por el comandante de puesto en su parte, y con ello la falta de ajuste con la realidad de lo relatado en el parte que dio origen a la sanción impuesta y al recurso contencioso disciplinario subsiguiente, acreditando lo complejo de la proposición de oficio de pruebas y de los riesgos de tomar dicha decisión, pero evitando que la resolución fuera recurrida en casación, pues tampoco es costumbre de la abogacía del Estado el recurrir las sentencias que no siguen sus criterios, por lo que no conocemos cómo hubiera entendido la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo este caso de aportación de oficio de elementos probatorios, no aportados por ningunas de las parte personadas.

6. CONCLUSIONES

La imparcialidad objetiva de los tribunales, y entre ellos los tribunales militares, se convierte hoy en un tema de suma vigencia y del necesario estudio doctrinal y jurisprudencial a la vista de la cada vez mayor sensibilidad en relación al contacto de los miembros de los tribunales con el objeto del proceso.

Vista la actual jurisprudencia sobre imparcialidad objetiva tanto del TEDH como del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, y especialmente desde que se ha hecho «habitual» por parte de los representantes de las partes implicadas en los procedimientos la invocación del extremo respeto del derecho a un juez imparcial, es necesario dotar a los tribunales militares de una planta de vocales suficiente como para poder responder a sus obligaciones. De este modo, los encargados de llevar a término la anunciada reforma o transformación de la jurisdicción militar deberían tener en cuenta este problema a la hora de fijar los nuevos órganos jurisdiccionales, tanto en la composición de las salas que deben ser encargadas del enjuiciamiento, como en la designación de juzgados de garantías y de posi-

bles salas para resolver resoluciones interlocutorias. Sobre la composición de la sala o salas «de la nueva jurisdicción» habría que abogar por órganos constituidos al menos con seis miembros, con el fin de poder contar dos salas completas para el caso de la contaminación de la primera designada, durante la instrucción o en la impulsión de la fase intermedia.

Mientras que nos encontremos al amparo del actual sistema jurisdiccional (LO 4/1987, de 15 de julio; LO 9/203, de 15 de julio; Ley 44/1998, de 15 de diciembre y LO 2/1989, de 13 de abril), sería preferible tener cubiertas las plantillas de vocales de los tribunales, todo ello a la vista de la cada vez más frecuente práctica de requerir la recusación de los miembros de los tribunales por su contacto con el procedimiento. Así mismo, habría que habilitar un sistema ágil de suplencias y de designación de vocales.

Por otro lado, en el acto de la vista oral, los componentes de la sala deberán tener sumo cuidado en sus intervenciones, por mucho que en ocasiones sea necesario precisar por los miembros de la sala cuestiones debatidas por las partes, a la vista de la cada vez más estricta sensibilidad jurisprudencial sobre la necesaria imparcialidad de los componentes de la sala.

Por último, es difícil delimitar la potestad de los tribunales militares de presentar pruebas de oficio en los recursos contenciosos disciplinarios-ordinarios y preferentes y sumarios, porque si bien el Tribunal Supremo limita esta práctica a aquellas pruebas que no vayan en contra del recurrente, la mera proposición de pruebas por parte de un tribunal, no puede determinar hasta su conclusión qué pruebas van a favor o en contra del mismo, siendo este un problema de difícil solución.

Se corre el riesgo, si se utiliza esta práctica de un modo habitual, sin las excepciones con el que está concebido, de que el tribunal que use esta facultad atente contra su exigida imparcialidad, en especial al considerar que con el hecho de abrir el pleito a prueba y proponer la práctica de la prueba desnaturalice la función revisora del recurso o sentencia, suplantando la actividad instructora y probatoria, y genera indefensión, por proponer pruebas que no han sido propuestas por las partes del proceso. Ante esta alegación, y a la vista de la normativa antes señalada, hay que indicar que en el proceso contencioso-disciplinario, el tribunal no actúa como un mero destinatario de la actividad probatoria sino que debiendo fallar el recurso interpuesto puede estimar necesario tomar en cuenta pruebas no aportadas por las partes, pero este tipo de actuación debe de ejecutarse en contadísimas ocasiones y de modo excepcional, cuando los elementos de prueba aportados por las partes no permitan la resolución de la controversia.

NUEVAS TECNOLOGÍAS E INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS

Alfonso López Feria
Comandante auditor

Resumen

La regulación de la interceptación de las comunicaciones ha adquirido una especial relevancia en los últimos años como consecuencia de la irrupción de las nuevas tecnologías en la vida de los ciudadanos, y, especialmente, debido a los nuevos sistemas de comunicación utilizados, dando origen a la proclamación de un nuevo derecho del ciudadano denominado «derecho del individuo al entorno digital». El objeto del presente estudio es analizar las características que ha de reunir una comunicación para que pueda ser acreedora de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, en qué supuestos se puede acordar la restricción de este derecho, para una vez perfilado lo anterior, determinar si los mensajes de wasap gozan de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones y el procedimiento de incorporación de dichos mensajes al proceso judicial.

Abstract

The regulation of the interception of communications has acquired a special relevance in recent years as a result of the emergence of new technologies in the lives of citizens, and, especially, due to the new communication systems used, giving rise to the proclamation of a new right

of the citizen called “Right of the individual to the digital environment”. The purpose of the present study is to analyze the characteristics that a communication must gather so that it can be creditor of the protection of the right to the secrecy of communications, in which cases the restriction of this right can be agreed, so once the above is outlined, determine if whatsapp messages enjoy the protection of the right to secrecy of communications and the procedure for incorporating said messages into the judicial process.

Palabras clave: interceptación, comunicaciones, nuevas tecnologías, wasap.

Keywords: Interception, Communications, New Technologies, Whatsapp.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Características que ha de reunir una comunicación para que pueda ser acreedora de la protección del artículo 18.3 de la Constitución. 3. Presupuestos. Supuestos en los que el juez de instrucción puede acordar la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. 3.1 Ámbito objetivo. 3.2 Ámbito subjetivo. 4. Wasap e interceptación de las comunicaciones. Derechos protegidos. 5. Incorporación del contenido de los wasaps al procedimiento judicial. 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de la interceptación de las comunicaciones ha adquirido una especial relevancia en los últimos años como consecuencia de la irrupción de las nuevas tecnologías en la vida de los ciudadanos, y, especialmente, debido a los nuevos sistemas de comunicación utilizados. Los correos electrónicos, los sistemas de mensajería instantánea como el SMS (*Short Message Service*), los MMS (*Multimedia Messaging System*), y muy especialmente, plataformas de comunicación específica como WhatsApp han supuesto un aumento considerable de la interactividad de los usuarios.

La aparición de las nuevas tecnologías y la utilización de estas en nuestro día a día, ha dado origen a la proclamación de un nuevo derecho fundamental, que ha de entenderse englobado dentro del catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas protegidos en nuestra

norma fundamental, recibiendo la denominación actual, ya recogida por nuestro Tribunal Supremo, de «Derecho del individuo al entorno digital».

Tanto los ordenadores como los denominados teléfonos inteligentes (los llamados *smartphone*) almacenan gran cantidad de datos con múltiples funcionalidades. Este derecho del individuo al entorno digital se configura como un derecho de nueva generación, dentro del cual encontramos distintos escalones de protección jurisdiccional.

En la actualidad, en un *smartphone*, existen diferentes tipos de datos que pueden incidir en el derecho a la intimidad del artículo 18.1 de nuestra Constitución, como por ejemplo los contactos, las fotografías o los archivos personales; en el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3, tal podría ser el caso del contenido de los mensajes enviados por los sistemas de mensajería instantánea; y en el derecho a la protección de datos del artículo 18.4, como determinados datos personales y de geolocalización.

Resulta frecuente, durante la fase de instrucción del procedimiento penal, que las partes soliciten la práctica de pruebas que pueden afectar al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y relacionados con estos nuevos sistemas de comunicación. Tales pruebas, en muchas ocasiones, son solicitadas al juez de instrucción por los letrados intervinientes en los procedimientos, bien por el letrado defensor, al objeto de incorporar al procedimiento pruebas que favorezcan la defensa de su defendido y le eximan de responsabilidad; o bien por la acusación particular, al objeto de incorporar al procedimiento pruebas determinantes de la responsabilidad penal del investigado. Además, en no pocas ocasiones, se solicita la práctica de las pruebas no ya en relación con el investigado, sino en relación con terceras personas ajenas al procedimiento judicial y que no son parte propiamente dicha en el procedimiento.

Por tanto, el objeto del presente estudio es delimitar:

1. Las características que ha de reunir una comunicación para que pueda ser acreedora de la protección del artículo 18.3, a través de una delimitación negativa de la misma.
2. En qué supuestos el juez de instrucción puede acordar la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.
3. Perfilado lo anterior, si el contenido de las conversaciones de wasap goza de la protección del artículo 18.3.
4. La incorporación del contenido de los wasaps al procedimiento judicial, tanto en fase de instrucción como en fase de juicio oral.

2. CARACTERÍSTICAS QUE HA DE REUNIR UNA COMUNICACIÓN PARA QUE PUEDA SER ACREEDORA DE LA PROTECCIÓN DEL ARTÍCULO 18.3 DE LA CONSTITUCIÓN

La LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, ha introducido una regulación detallada de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas como diligencia de investigación que limita el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, introduciendo una nueva regulación contenida en el capítulo V, del título VIII, del libro II, en los artículos 588 ter a) y siguientes.

El punto de partida de la interceptación de las comunicaciones es el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, recogido en el artículo 18.3 de la Constitución: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

La previsión contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, se extiende a las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Por comunicaciones telemáticas habría que entender aquellas que emplean la informática para la transmisión de información. En consecuencia, el criterio distintivo entre ambos tipos de comunicación debe residir en el medio que se utiliza para llevar a cabo la comunicación: telefónica, cuando se utilice un teléfono para generar el mensaje que se comunica; y telemática, cuando se utilice un sistema informático. No obstante, nos encontramos con que hoy en día los teléfonos inteligentes (*smartphones*) mezclan en un mismo dispositivo las capacidades de un teléfono y de un ordenador y, por tanto, podrían ser catalogadas como comunicaciones mixtas. No obstante, ambas comunicaciones son objeto de regulación unitaria en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que estamos en presencia de una mera distinción.

Nuestro Tribunal Supremo ha ido perfilando las características que ha de reunir una comunicación para que pueda ser acreedora de la protección del artículo 18.3 de la Constitución. Partiendo de una delimitación negativa del derecho al secreto de las comunicaciones, y siguiendo la jurisprudencia del Alto Tribunal, podemos enumerar una serie de supuestos que no estarían comprendidos en la protección del artículo 18.3 de nuestra norma fundamental:

a) Las conversaciones grabadas o difundidas por uno de los interlocutores.

La Sentencia del Tribunal Supremo 214/2018, de 8 de mayo, Sala de lo Penal, Sección 1.^a, señala que «La jurisprudencia de esta Sala ha declarado la no afectación al derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad cuando una persona, graba sus propias conversaciones con terceros, con exclusión de aquellos supuestos relacionados con la provocación delictiva o su empleo como medio de indagación desde estructuras oficiales de investigación delictiva, o que afectan al núcleo de la intimidad. También ha de añadirse los supuestos en los que el contenido de lo grabado es divulgado, ocasionando un daño a la intimidad para lo que habría de estarse al contenido, íntimo o no, de lo que se divulga y ha sido obtenido de forma irregular. Salvados esos escollos, de provocación, de empleo por parte de una institución pública de investigación, o de vulneración del derecho a la intimidad, su utilización podrá ser considerada inapropiada, o cuestionada éticamente, pero no supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones...».

La Sentencia 214/2018, recogiendo la doctrina del propio Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sienta las siguientes conclusiones:

1. La utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.
2. Tampoco vulnera el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores.
3. Vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y en consecuencia incurren en nulidad probatoria, cuando las grabaciones se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño, salvo los supuestos de grabaciones autorizadas por la autoridad judicial conforme a los arts. 588 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
4. No vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, cuando se han realizado en el ámbito particular.

5. Pueden vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra, en cuyo caso habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes.

La doctrina jurisprudencial prescinde de calificar las manifestaciones realizadas por el inculcado en estas grabaciones como confesión, utilizando las grabaciones como ratificación de las declaraciones de los demás intervinientes en la conversación, que tienen el valor de testimonio de referencia sobre las declaraciones del inculcado.

Desde lo expuesto ninguna lesión se produce cuando el inicio de las actuaciones resulta de las grabaciones que una persona aporta a la investigación y son objeto de la pesquisa policial y judicial, sujeta a los principios y garantías propios de un sistema procesal observante de los derechos fundamentales.

b) Las comunicaciones por radio.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), Sentencia 695/2013 de 22 julio, afirma que «Como decíamos en la STS 1397/2011 de 22 de diciembre, con citación de la STS 209/2007, de 9 de marzo, y en un supuesto muy similar al de autos, donde dicha captación tiene lugar, también en el curso de otra investigación, las captaciones de conversaciones radiotelegráficas, en frecuencia de uso público, no precisan autorización judicial, porque precisamente por ser de uso público y siendo esto conocido por los usuarios, ello implica una implícita aceptación de la posibilidad de captación».

c) Datos contenidos en la agenda de contactos de un teléfono móvil.

Nuestro Tribunal Constitucional, Sentencia 115/2013 de 9 mayo, ha declarado lo siguiente: «No estamos, por tanto, ante un supuesto de acceso policial a funciones de un teléfono móvil que pudiesen desvelar procesos comunicativos, lo que requeriría, para garantizar el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), el consentimiento del afectado o la autorización judicial, conforme a la doctrina constitucional antes citada. El acceso policial al teléfono móvil del recurrente se limitó exclusivamente a los datos recogidos en la agenda de contactos telefónicos del terminal —entendiendo por agenda el archivo del teléfono móvil en el que consta

un listado de números identificados habitualmente mediante un nombre—, por lo que debe concluirse que dichos datos “no forman parte de una comunicación actual o consumada, ni proporcionan información sobre actos concretos de comunicación pretéritos o futuros” (STC 142/2012 FJ 3), de suerte que no cabe considerar que en el presente caso la actuación de los agentes de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones de investigación supusiera una injerencia en el ámbito de protección del artículo 18.3 CE.

En efecto, con el acceso a la agenda de contactos del teléfono móvil del recurrente los agentes de policía no obtuvieron dato alguno concerniente a un proceso de comunicación emitida o recibida mediante dicho aparato, sino únicamente a un listado de números de teléfono introducidos voluntariamente por el usuario del terminal, equiparable a los recogidos en una agenda de teléfonos en soporte de papel (STC 70/2002, FJ 9). Por tanto, “siendo lo determinante para la delimitación del contenido de los derechos fundamentales garantizados por los artículos 18.1 y 18.3 CE [...] no el tipo de soporte, físico o electrónico, en el que la agenda de contactos esté alojada”, ni “el hecho [...] de que la agenda sea un aplicación de un terminal telefónico móvil, que es un instrumento de y para la comunicación, sino el carácter de la información a la que se accede” (STC 142/2012, FJ 3), debe descartarse que el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) se haya visto afectado en el presente caso por la actuación policial descrita».

Y, respecto al derecho a la intimidad del artículo 18.1, la misma sentencia¹ señala que no queda afectado el derecho a la intimidad cuando se den los siguientes requisitos:

¹ La STC 115/2013 señala en relación a la posible vulneración del derecho a la intimidad lo siguiente: «Debemos, por tanto, examinar seguidamente, pues la presente es una Sentencia de caso concreto, si en el supuesto que nos ocupa, como también se alega en la demanda de amparo, el acceso policial a la agenda de contactos del teléfono móvil del recurrente sin su consentimiento y sin previa autorización judicial supone una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), pues sostiene el recurrente que no concurrían en el presente caso las razones de urgencia, necesidad y proporcionalidad que hubieran podido justificar, conforme a la doctrina constitucional, la injerencia en dicho derecho fundamental.

Ciertamente, como ya se dijo, el acceso policial limitado a los datos recogidos en el archivo electrónico o agenda de contactos telefónicos de un terminal móvil —sin afectar al registro de llamadas entrantes y salientes, ni a ningún otro archivo o enlace que pudiera contener el terminal móvil— constituye una injerencia en el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), al igual que lo es la apertura de una agenda en soporte de papel y la lectura de los papeles encontrados en ella (STC 70/2002 FJ 9), pues la agenda de contactos telefónicos contenida en un teléfono móvil (entendiendo por tal el archivo elaborado por el titular de dicho teléfono que, como también ya hemos dicho, recoge una relación de números telefó-

1. Existencia de un fin constitucionalmente legítimo. Dicho fin existe en los supuestos de interés público propio de la investigación de un delito y descubrimiento del delincuente. A través de este bien se defienden otros tales como la paz social y la seguridad ciudadana (artículo 10.1 y 104 de la Constitución).
2. Existencia de cobertura legal. Tiene lugar cuando los agentes actúan con el apoyo legal del artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de

nicos identificados habitualmente mediante un nombre) ofrece información que pertenece al ámbito privado de su titular, siendo aplicable nuestra doctrina según la cual el artículo 18.1 CE garantiza al individuo un ámbito reservado de su vida “vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio” (SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7, y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5, entre otras). La protección de ese ámbito reservado confiere a la persona, así, el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre FJ 5; 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2, y 241/2012, FJ 3, entre otras muchas).

No obstante, también constituye doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la intimidad no es absoluto —como no lo es ningún derecho fundamental—, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5, 186/2000, de 10 de julio, FJ 5, y 156/2001, de 2 de julio, FJ 4).

Así mismo, hemos señalado, como antes se dijo, que a diferencia de lo que sucede en el caso del derecho garantizado por el artículo 18.3 CE, el artículo 18.1 CE no prevé la misma garantía de autorización judicial respecto de las intervenciones que afectan al derecho a la intimidad, de modo que excepcionalmente se ha admitido la legitimidad constitucional de que en algunos casos y con la suficiente y precisa habilitación legal, los agentes policiales pueda realizar en el ejercicio de sus funciones de investigación determinadas actuaciones que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas sin previa autorización judicial (y sin consentimiento del afectado), siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad (por todas, SSTC 123/2002, FJ 4; 281/2006, FJ 4; 173/2011, FJ 2, y 142/2012, FJ 2).

Precisando la anterior doctrina, hemos venido estableciendo como requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia policial en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), los siguientes: a) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, considerando como tal el interés público propio de la prevención e investigación del delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal; b) que la medida limitativa del derecho a la intimidad esté prevista en la ley (principio de legalidad); c) que, en caso de no contar con autorización judicial (o consentimiento del afectado), la actuación policial se atenga a la habilitación legal, teniendo en cuenta que la ley puede autorizar a la policía la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad, concretado en tres exigencias o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y juicio de proporcionalidad en sentido estricto (por todas, STC 173/2011, FJ 2, y la jurisprudencia allí citada)...».

Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que conforman una habilitación legal específica que faculta a la policía para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente. Entre estas diligencias se encuentra la de examinar o acceder al contenido de esos instrumentos o efectos, así como a los documentos o papeles que se le ocupen al detenido, realizando un primer análisis de los mismos, siempre que ello sea necesario de acuerdo con una estricta observancia de los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad.

3. Necesidad de la intervención policial para la averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes o la obtención de pruebas incriminatorias, siempre que se respete el principio de proporcionalidad. Estas razones de urgencia y necesidad vienen avaladas por la flagrancia del delito, circunstancia que refuerza la necesidad de intervención inmediata de la policía.
4. Existencia de proporcionalidad. Es decir, que permita la detención del delincuente, que no exista otra medida más moderada, y que se deriven de dicha medida más beneficios y ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, dada la naturaleza y gravedad del delito investigado y la leve injerencia que comporta en el derecho a la intimidad del recurrente el examen de la agenda de contactos de su teléfono móvil (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En consecuencia, se concluye que el acceso policial a la agenda de contactos telefónicos del terminal móvil, sin el consentimiento del usuario y sin previa autorización judicial, no vulnera el derecho a la intimidad personal cuando se den tales requisitos.

- d) Los datos contenidos en la agenda telefónica, visionado de la pantalla de un teléfono para identificar una llamada de teléfono entrante o la comprobación de la memoria del teléfono o el registro de llamadas.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), Sentencia 264/2018 de 31 mayo, ha señalado que «una razón más justifica la desestimación del reproche. De acuerdo con la jurisprudencia imperante al

tiempo en que se produjo el volcado del teléfono (que, insistimos, se llevó a cabo a presencia de la autoridad judicial, del usuario entonces detenido y de su defensa letrada) los datos obtenidos en el volcado y a los que se refiere el oficio (tanto la agenda telefónica como el contenido de los mensajes) no afectan al secreto de las comunicaciones del investigado, sino al derecho a su intimidad, sin que fuera preciso, en tales supuestos y en todo caso, la previa autorización judicial. La STS 41/2010, de 26 de enero, explica como “la jurisprudencia ha venido considerando que no existe intromisión en el derecho al secreto de las comunicaciones (sino intervención en el derecho a la intimidad) en los supuestos de acceso por la policía a una carta abierta que el detenido llevaba consigo en el momento de la detención (STC 70/2002, de 3 de abril); examen por la policía de la pantalla de un teléfono fijo para identificar una llamada entrante o comprobación de la memoria del aparato (STS 3-3-2000); examen de los mensajes SMS registrados en un teléfono móvil intervenido (SSTS 27-6-2002, 30-11-2005); examen del registro de llamadas de un teléfono móvil (SSTS 25-9-2003, 25-7-2003 y 30-11-2005; STC 56/2003, de 24 de marzo)».

- e) La conversación escuchada por terceros o agentes policiales a través de aparatos amplificadores de uno de los interlocutores que presta su consentimiento.

La Sentencia 214/2018, de 8 de mayo, ha declarado que «... quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera *íntima del interlocutor*, *pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 CE...*».

Y nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), Sentencia 589/2015 de 28 septiembre, afirma que «... en consecuencia, si la que realiza las llamadas telefónicas voluntariamente es la propia coimputada [...] y la misma está de acuerdo en que sus conversaciones sean oídas por terceras personas, en este caso los Mossos d'Esquadra, es indudable que no existe vulneración del secreto de las comunicaciones, ni delito provocado, porque la intención del referido sujeto era recoger aquello que había transportado [...] , luego no se le indujo a llevar a cabo ninguna actividad que no fuera aquella que tenía previamente intención de realizar».

3. PRESUPUESTOS. SUPUESTOS EN LOS QUE EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN PUEDE ACORDAR LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

3.1 ÁMBITO OBJETIVO

La Ley de Enjuiciamiento Criminal dedica el artículo 588 ter a), el primero con el que se abre el capítulo V, al principio de proporcionalidad, que impone limitar el uso de la medida a la investigación de aquellos hechos que, por su especial gravedad, justifiquen la limitación de los derechos fundamentales. Dice el precepto que «La autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación».

Y, por su parte, el artículo 579.1 establece que «El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos:

1. Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.
2. Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
3. Delitos de terrorismo».

Como se puede observar, el artículo 579.1 fija el marco legal mínimo para la interceptación de las comunicaciones, de manera que dicho marco ha de respetar los principios rectores para la adopción de la medida que establece el artículo 588 bis a), dentro de las disposiciones generales, de manera que la resolución judicial ha de recoger la plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad y necesidad. E igualmente, dicho marco también ha de completarse con los criterios de ponderación que establece el artículo 588 bis a) 5 para justificar la concurrencia del principio de proporcionalidad en un supuesto concreto, es decir, la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de

producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Igualmente, se ha de hacer una precisión respecto de los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación. El fundamento de su inclusión reside en que los delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías, difícilmente pueden investigarse a través de otros medios, de suerte que, la interceptación de las comunicaciones y, en particular las telemáticas, puede ser en ocasiones la única vía de investigación criminal de los ilícitos que se cometen a través de la red, de manera que, en este caso, el fundamento de la proporcionalidad no es la gravedad del delito, sino el medio a través del cual se comete el mismo².

² En relación a dicha cuestión, el Auto 170/2018 de 3 abril, de la Audiencia Provincial de Huelva, por el que se estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de sobreseimiento provisional de las actuaciones, por considerar que no se trata de un delito grave, señala lo siguiente: «... En cuanto a la cuestión de la gravedad, a la vista del contenido de la denuncia, los hechos *prima facie* parecen encajar en el tipo previsto en el artículo 183 ter, apartado 2, del Código Penal: “El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”, y si bien dicho delito está castigado con una pena máxima de dos años de prisión, y sin perjuicio de que de la investigación pudieran resultar delitos más graves, en el momento procesal inicial a la hora de acordar la medida hay que recordar que el artículo 588 ter a. de la LECrim. al establecer los presupuestos de las medidas como la que aquí nos ocupa, dispone que la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley (delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo) o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación, es decir, el principio de proporcionalidad no se vulnera en este segundo supuesto en la medida en que la investigación recae precisamente sobre los medios o instrumentos empleados por el autor para la comisión de los hechos...».

Por su parte, el Auto 484/2019, de 26 de junio, de la Audiencia Provincial de Orense, establece lo siguiente: «... en consecuencia no habiéndose practicado las diligencias de investigación pertinentes y útiles para dictar cualquiera de las resoluciones del art. 777, ha de revocarse el auto recurrido siendo esta diligencia imprescindible al objeto de determinar la autoría de los hechos investigados, teniendo tal diligencia pleno acomodo en el art. 598 ter a) de la LECRm, el cual respecto a los delitos que autorizan la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas no contempla solamente los del art. 579.1 sino que utilizando la conjunción alternativa “o” la permite también para “los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la comunicación o servicio de comunicación” independientemente respecto a este segundo grupo de la pena con la que estén castigados, de manera que se viene a cercenar la impunidad que supone denegar tal medio de investigación cuando los medios tecnológicos son utilizados para cometer el delito».

En cuanto al ámbito objetivo de la interceptación de las comunicaciones, aparece recogido en el artículo 588 ter b):

«1. Los terminales o medios de comunicación objeto de intervención han de ser aquellos habitual u ocasionalmente utilizados por el investigado.

2. La intervención judicialmente acordada podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, en los que participe el sujeto investigado, ya sea como emisor o como receptor, y podrá afectar a los terminales o los medios de comunicación de los que el investigado sea titular o usuario.

También podrán intervenir los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad.

A los efectos previstos en este artículo, se entenderá por datos electrónicos de tráfico o asociados todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga».

Como se observa, el precepto contempla que el juez autorice no solo el acceso al contenido de las comunicaciones, sino también a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento. De modo que si el juez instructor considera necesario el acceso no solo al contenido de la comunicación, sino también al resto de datos, deberá determinarlo y recogerlo de manera precisa en la resolución judicial habilitante y que se dicte al efecto³.

³ La Circular 2/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas (*BOE* n.º 70, de 22 de marzo de 2019), páginas 11 y 12, señala al respecto lo siguiente: «En palabras del preámbulo de la LO 13/2015, se pretende con ello que sea el propio juez, ponderando la gravedad del hecho que está siendo objeto de investigación, el que determine el alcance de la injerencia del Estado en las comunicaciones particulares.

Se termina, de esta manera, con una práctica que se había venido generalizando con anterioridad a la reforma LECrim consistente en la inclusión sistemática, en las resoluciones que acordaban la intervención de comunicaciones, de todos los datos de tráfico o asociados que pudieran ser aportados por el operador telefónico y, todo ello, sin fundamen-

tación alguna que lo justificara. Este indebido modo de proceder, puesto ya de manifiesto por algún pronunciamiento jurisprudencial a partir del voto particular a la STS n.º 316/2011, de 6 de abril, resultaba poco respetuoso con los principios esenciales fundadores de la limitación del derecho fundamental.

Por lo tanto, deberá precisar el juez si la intervención queda limitada a las comunicaciones orales que puedan sostenerse a través del terminal telefónico o se incluyen también los intercambios de mensajes cortos (SMS), correo electrónico o mensajes multimedia (MMS). Igualmente deberá precisarse si la intervención se extiende, además de al contenido de la comunicación, a los datos de tráfico o asociados, o a aquellos que se produzcan con independencia del establecimiento de una comunicación».

Por su parte, el voto particular formulado por el magistrado D. Manuel Marchena Gómez a la Sentencia del Tribunal Supremo 316/2011, de 6 de abril, señala lo siguiente: «Mi discrepancia con el criterio de mis compañeros surge ante la necesidad de poner de relieve lo que, a mi juicio, constituye un entendimiento excesivamente convencional del derecho al secreto de las comunicaciones proclamado por el art. 18.3 de la CE.

Hago mía la cita de la jurisprudencia constitucional y del TEDH acerca de los requisitos de necesidad y proporcionalidad de la medida de injerencia en el ámbito del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Sin embargo, nuestra sentencia solo pondera uno de los aspectos ligados a la reivindicada quiebra del derecho al secreto de las comunicaciones, sin detenerse en el dato decisivo que se desprende del auto judicial, que no se limita a autorizar la intervención de las conversaciones telefónicas, sino que va mucho más allá, intensificando el grado de injerencia en el espacio de privacidad de los imputados.

En efecto, la parte dispositiva del auto dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Guecho, Vizcaya, autoriza "... la intervención y escucha por el sistema SITEL, de los teléfonos [...] pertenecientes a los abonados Carlos Alberto y Eutimio, s e autoriza la captación del tránsito de llamadas recibidas y realizadas con los teléfonos número NUM006 y NUM007 pertenecientes a la compañía Movistar, así como el contenido de los mensajes de texto o SMS, identificación y localización de los repetidores, identificación de los números que interactúan con el intervenido (llamante o llamado) IMEI correspondientes a los teléfonos intervinientes, identidad del titular de los teléfonos que interactúan [...]. Debiendo, igualmente, remitir la titularidad de los referidos teléfonos, caso de no ser tarjeta prepago, así como los listados de llamadas efectuadas y entrantes, con identificación de los titulares de las mismas, en el período de tiempo entre el inicio y la finalización de la intervención telefónica, incluyéndose las prórrogas que en su momento se pudieran autorizar».

La lectura de esa parte dispositiva pone de manifiesto, sin necesidad de mayores esfuerzos argumentales, que la intromisión del poder público en las comunicaciones de quienes fueron considerados sospechosos de dedicarse al tráfico de drogas, fue mucho más allá de la escucha y grabación de los flujos de comunicación verbal entre el ciudadano observado y sus interlocutores. La resolución cuestionada permitió a la policía el acceso sin límites, no ya a la completa identidad de los terceros que contactaban con los sospechosos —tuvieran o no relación con el delito investigado—, sino a todos los mensajes de texto, voz o imagen emitidos desde los terminales intervenidos y, por si fuera poco, a los datos de ubicación geográfica de quienes mantenían una conversación telefónica.

No cuestiono que esos datos electrónicos, generados durante una conversación telefónica mantenida mediante telefonía móvil, pueden llegar a ser de vital interés para el éxito de las investigaciones. Tampoco pongo en duda, la legitimidad de su sacrificio cuando judicialmente se considere que la restricción de ese derecho está justificada con arreglo a los principios que informan la investigación penal en una sociedad democrática. Pero, lo que no puedo avalar, es que la resolución que autoriza el menoscabo del derecho al secreto de las comunicaciones no dedique una sola línea a explicar el porqué de su necesidad y, además, silencie el ineludible juicio de proporcionalidad. Es aquí donde sitúo mi discrepan-

Actualmente, la LECRIM recoge ya esta exigencia en el artículo 588 ter d):

«1. La solicitud de autorización judicial deberá contener, además de los requisitos mencionados en el artículo 588 bis b, los siguientes:

- a) la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica,
- b) la identificación de la conexión objeto de la intervención o
- c) los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

2. Para determinar la extensión de la medida, la solicitud de autorización judicial podrá tener por objeto alguno de los siguientes extremos:

- a) El registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta.
- b) El conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza.
- c) La localización geográfica del origen o destino de la comunicación.
- d) El conocimiento de otros datos de tráfico asociado o no asociado, pero de valor añadido a la comunicación. En este caso, la solicitud especificará los datos concretos que han de ser obtenidos».

Por otra parte, por datos electrónicos de datos de tráfico o asociados se entiende, según el artículo 588 ter b, último párrafo: «... todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga». Para distinguir entre datos de tráfico y datos asociados debemos acudir al Convenio sobre Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de

cia respecto de mis compañeros de Sala. Toda decisión judicial que acuerde, además de las escuchas telefónicas de los sospechosos, el control por la policía de otros datos generados durante la conversación, pero con incidencia sustantiva en el ámbito definido por el art. 18 de la CE, ha de motivar, con el mismo nivel de exigencia que venimos imponiendo para validar las escuchas, las razones que explican y legitiman el sacrificio añadido de otros aspectos íntimamente ligados a la privacidad».

2011⁴ cuyo artículo 1 establece que «a los efectos del presente Convenio: d) por “datos sobre el tráfico” se entenderá cualesquiera datos informáticos relativos a una comunicación por medio de un sistema informático, generados por un sistema informático como elemento de la cadena de comunicación, que indiquen el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño y duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente».

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativas a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, señala que «1. Esta Ley tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

2. Esta Ley se aplicará a los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas y a los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o usuario registrado.

3. Se excluye del ámbito de aplicación de esta Ley el contenido de las comunicaciones electrónicas, incluida la información consultada utilizando una red de comunicaciones electrónicas»⁵.

⁴ Instrumento de ratificación publicado en el *BOE* N° 226, de 17 de septiembre de 2010.

⁵ El artículo 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, establece que «1. Los datos que deben conservarse por los operadores especificados en el artículo 2 de esta Ley, son los siguientes:

- a) Datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación:
 - 1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:
 - i) Número de teléfono de llamada.
 - ii) Nombre y dirección del abonado o usuario registrado.
 - 2.º Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:
 - i) La identificación de usuario asignada.
 - ii) La identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía.
 - iii) El nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono.
- b) Datos necesarios para identificar el destino de una comunicación:
 - 1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:

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

ii) Los nombres y las direcciones de los abonados o usuarios registrados.

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

i) La identificación de usuario o el número de teléfono del destinatario o de los destinatarios de una llamada telefónica por Internet.

ii) Los nombres y direcciones de los abonados o usuarios registrados y la identificación de usuario del destinatario de la comunicación.

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

1º *Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: la fecha y hora del comienzo y fin de la llamada o, en su caso, del servicio de mensajería o del servicio multimedia.*

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

i) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a Internet registradas, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección del Protocolo Internet, ya sea dinámica o estática, asignada por el proveedor de acceso a Internet a una comunicación, y la identificación de usuario o del abonado o del usuario registrado.

ii) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de correo electrónico por Internet o del servicio de telefonía por Internet, basadas en un determinado huso horario.

d) Datos necesarios para identificar el tipo de comunicación.

1º *Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil.* El servicio telefónico utilizado: tipo de llamada (transmisión de voz, buzón vocal, conferencia, datos), servicios suplementarios (incluido el reenvío o transferencia de llamadas) o servicios de mensajería o multimedia empleados (incluidos los servicios de mensajes cortos, servicios multimedia avanzados y servicios multimedia).

2º *Con respecto al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet: el servicio de Internet utilizado.*

e) Datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación:

1º *Con respecto a la telefonía de red fija: los números de teléfono de origen y de destino.*

2.º Con respecto a la telefonía móvil:

i) Los números de teléfono de origen y destino.

ii) La identidad internacional del abonado móvil (IMSI) de la parte que efectúa la llamada.

iii) La identidad internacional del equipo móvil (IMEI) de la parte que efectúa la llamada.

iv) La IMSI de la parte que recibe la llamada.

v) La IMEI de la parte que recibe la llamada.

vi) En el caso de los servicios anónimos de pago por adelantado, tales como los servicios con tarjetas prepago, fecha y hora de la primera activación del servicio y la etiqueta de localización (el identificador de celda) desde la que se haya activado el servicio.

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

i) El número de teléfono de origen en caso de acceso mediante marcado de números.

ii) La línea digital de abonado (DSL) u otro punto terminal identificador del autor de la comunicación.

f) Datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil:

1º *La etiqueta de localización (identificador de celda) al inicio de la comunicación.*

Se trata, en suma, de datos que no afectan exclusivamente al secreto de las comunicaciones proclamado en el artículo 18.3 de la Constitución, sino que se incluyen también otros datos que afectarían a la esfera del derecho a la intimidad del artículo 18.1 o del derecho a la protección de datos del artículo 18.4.

3.2 ÁMBITO SUBJETIVO

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, regula en los artículos 588 ter b) y 588 ter c), la delimitación subjetiva de la medida de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. En el artículo 588 ter b) el derecho fundamental que se limita es el del investigado. Y también recoge el supuesto de la intervención de los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad.

En el artículo 588 ter c) se limita el derecho fundamental de un tercero con fundamento en su relación con el delito a través del investigado. Precepto que enlaza con el artículo 588 bis h) que admite de manera genérica que las medidas de investigación tecnológica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puedan afectar a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas.

Podemos, en consecuencia, distinguir tres supuestos:

1. Utilización por el investigado de terminales o medios de comunicación ajena.

Nuestro Tribunal Supremo ha venido admitiendo la posibilidad de la interceptación de las comunicaciones no solo de las personas sobre las que existen indicios de responsabilidad criminal, sino también de las comunicaciones ajenas. En estos supuestos, lo determinante y relevante es la persona que utiliza el medio de comunicación, de manera que es lícita la intervención del medio de comunicación que usa el investigado, independientemente de que sea o no el titular de la línea.

^{2º} *Los datos que permiten fijar la localización geográfica de la celda, mediante referencia a la etiqueta de localización, durante el periodo en el que se conservan los datos de las comunicaciones.*

2. Ningún dato que revele el contenido de la comunicación podrá conservarse en virtud de esta Ley».

Y, en el mismo sentido, artículo 39 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, 242/2014, de 27 de marzo, señala lo siguiente:

«... El hecho de no haberse acreditado que la acusada fuera titular del teléfono utilizado que se interviene, no debe afectar a la regularidad de la intervención, toda vez que la compañía telefónica no lo facilita. En ese sentido, conviene recordar —como expone el fiscal— la doctrina vigente en esta Sala y en el Tribunal Constitucional.

La S.T.S. de 23-1-2013 nos dice: “Lo cierto es que el art. 579 L.E.Cr. admite como objeto de interceptación las comunicaciones del procesado o [...] de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”. Y la normalidad de un acto jurisdiccional de injerencia respecto de un teléfono que no es titularidad del investigado, no puede ser cuestionada, más allá de la exigencia —no planteada por el recurrente— de un reforzamiento de la motivación en el momento de ponderar la concurrencia de los principios de proporcionalidad, necesidad y especialidad. El criterio favorable a la posibilidad de que la persona investigada no sea la titular del terminal objeto de injerencia ha sido expresado en numerosos precedentes judiciales (cfr. SSTC 49/1999, 5 de abril; 299/2000, 11 de diciembre; 17/2001, 19 de enero; 136/2006, 8 de mayo; y SSTC 474/2012, 6 de junio; 759/1995, 3 de junio; 11811/2000, 3 de julio; 934/2004, 15 de julio; 463/2005, 13 de abril; 918/2005, 12 de julio y 1154/2005, 17 de octubre) (STS 23-1-2013).

Por ello, en todo caso, lo relevante es la determinación de la persona que usa el teléfono, siendo así que cabe la intervención del número utilizado por quien resulta sospechoso de la participación en el delito investigado, con independencia de que sea el titular formal de la línea. En el caso presente, los agentes tienen determinada la identidad de la usuaria de ese número, resultando ser la acusada Fátima, lo que, como señala la Sala de instancia, queda también constatado con el contenido de las conversaciones, y las referencias familiares, además de ser conforme con los seguimientos efectuados».

Lo relevante, en consecuencia, en estos casos, para fundamentar la medida no es la relación de la titularidad del investigado con el terminal o medio de comunicación, sino su relación con el usuario⁶.

⁶ La Circular 2/2019, de la Fiscalía General del Estado, páginas 16 y 17, señala lo siguiente: «... En cualquier caso, la intervención de terminales o medios de comunicación

Respecto a la intervención de las comunicaciones en las que el investigado aparezca como receptor, aparece regulado en el artículo 588 ter b) 2.: «La intervención judicialmente acordada podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, en los que participe el sujeto investigado, ya sea como emisor o como receptor, y podrá afectar a los terminales o los medios de comunicación de los que el investigado sea titular o usuario»⁷.

2. Intervención de terminales o medios de comunicación de la víctima

Aparece regulada en el artículo 588 ter b) 2, al señalar que «también podrán intervenir los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad».

que figuren a nombre de terceros va a requerir un especial esfuerzo en la motivación del principio de idoneidad de la medida, que exigirá la exteriorización de indicios que justifiquen esa relación del sujeto investigado con el medio de comunicación de ajena titularidad que se pretende intervenir.

De esta manera, en los supuestos de utilización por el investigado de terminales o medios de comunicación que figuren a nombre de terceros, la necesaria identificación subjetiva de la medida pasará por justificar la relación del investigado con el teléfono y la existencia de indicios que pongan de manifiesto que utiliza ese terminal o medio de comunicación para sus fines delictivos. En estos casos, por lo tanto, la falta de identificación del titular formal del medio no resultará trascendente para valorar la legalidad de la medida, habiendo señalado la STS n.º 48/2013, de 23 de enero: «esa disociación entre el titular o abonado y el usuario de los servicios de telefonía encuentra también reflejo en la Ley 32/2003, 3 de noviembre, en cuyo art. 38.4 se reconoce un estatuto específico a los usuarios que no tengan la condición de abonados, admitiendo el hecho incuestionable de una utilización de las terminales telefónicas disociada de la titularidad del servicio. En consecuencia, el hecho de que en el auto inicial no se especificara quién era el titular de los teléfonos intervenidos, limitándose a hacer mención a uno de los usuarios, identificado como Ramón —otro de los coacusados finalmente condenados—, no afecta a la legitimidad de la medida».

⁷ La Circular 2/2019, de la Fiscalía General del Estado, página 17, señala, respecto a esta cuestión que «... la jurisprudencia no ha tenido objeciones en admitir la legalidad de la limitación del derecho fundamental del interlocutor no investigado como consecuencia de la interceptación de las comunicaciones del verdaderamente investigado (“recogida de arrastre”, en palabras de la STS n.º 419/2013, de 14 de mayo). De manera muy elocuente señala el Tribunal Constitucional (STC n.º 219/2009, de 21 de diciembre): “No puede considerarse constitucionalmente ilegítima la intervención de las conversaciones de las personas que comunican o con las que se comunican aquellas sobre las que recaen inicialmente los indicios, en la medida en que tales conversaciones estén relacionadas con el delito investigado, correspondiendo al juez, a través del control de la ejecución de la medida, la identificación de las conversaciones relevantes”».

3. Intervención de terminales o medios de comunicación de terceras personas. Aparece condicionado en el artículo 588 ter c) a tres supuestos⁸:

⁸ El Auto del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018 (caso independencia de Cataluña, señala que «Este precepto dispone que podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que: “2º el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad”».

En este caso, el instructor ponderó que algunas personas que estaban vinculadas con las instituciones de autogobierno podían estar colaborando con el sector secesionista, ampliando el espectro de los afectados por la medida a ese ámbito que aparece previsto en el art. 588 ter c) de la LECrim, ante la posibilidad de descubrir actos de colaboración con respecto a personas que aparecían incardinadas en sectores oficiales vinculados al proyecto secesionista.

El referido precepto brinda ciertamente esa posibilidad de investigación; sin embargo, también conviene advertir que se trata de una norma que genera algunos interrogantes que no tienen una fácil respuesta.

Nos referimos con ello a que si una persona colabora con otra investigada en sus fines ilícitos es muy plausible que a la primera también deba asignársele la condición procesal de investigada. Frente a ello puede replicarse que es posible que se trate de una colaboración meramente objetiva, sin que el sujeto sea consciente de la ilicitud punible que conlleva su colaboración. Sin embargo, esa presunción de falta de dolo, al margen de la dificultad para su determinación al inicio de una investigación, en la práctica, supone excluir las garantías procesales inherentes a la condición de investigado, presumiendo así en su favor algo que realmente le acaba perjudicando más que favoreciendo. De forma que se le otorga un estatus procesal meramente virtual (investigado en potencia) a pesar de que, de facto, se le cercenan sus derechos fundamentales.

En el caso no consta que alguno de esos sujetos haya impugnado la resolución y tampoco se han acreditado los efectos generados por una medida de esa índole dentro del proceso, desconociéndose si se derivaron perjuicios concretos para sujetos sometidos a una situación procesal de esa naturaleza indefinida. En el supuesto de que se acreditaran siempre podría declararse la nulidad de una medida de esa naturaleza cuando la aplicación del art. 588 ter c) 2º cercenara las garantías que amparan a un sujeto cuyos derechos fundamentales hayan sido indebidamente restringidos».

Igualmente, la Sentencia 709/2015, de 16 de octubre, señala respecto a esta medida que «por último, y respecto a la queja de que no se tuviera en cuenta que la mujer de uno de los investigados fuera quien realmente utilizaba el teléfono del que este era titular, carece de la pretendida trascendencia puesto que se autoriza la intervención de un teléfono cuyo titular es el investigado, no siendo imputable al juez, el hecho de que su mujer voluntariamente lo utilizara. Esa disociación entre el titular o abonado y el usuario de los servicios de telefonía encuentra también reflejo en la Ley 32/2003, 3 de noviembre, en cuyo art. 38.4 se reconoce un estatuto específico a los usuarios que no tengan la condición de abonados, admitiendo el hecho incuestionable de una utilización de las terminales telefónicas disociada de la titularidad del servicio (STS 48/2013). La nueva LO 13/2015, dispone en su art. 588 bis h) la afectación de terceras personas, en el sentido de que “podrán acordarse las medidas de investigación reguladas en los siguientes capítulos aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas”. Y en el art. 588 ter c), relativo a la afectación a tercero, que podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que: 1.º exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, o 2.º el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se be-

1º) que exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información; 2º) el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad; y 3º) uso malicioso del dispositivo por parte de terceros.

4. WASAP E INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES. DERECHOS PROTEGIDOS

Como se dijo anteriormente, en un *smartphone* se pueden encontrar diferentes tipos de datos que pueden incidir en el derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la Constitución, el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 y en el derecho a la protección de datos del artículo 18.4.

La naturaleza que pueden tener los mensajes de wasap es determinante a la hora de precisar las normas aplicables para su tratamiento y regulación:

- a) Si consideramos que el contenido de los wasap afecta al derecho del secreto de las comunicaciones, su interceptación e intervención deberá regirse por la regulación contenida en los artículos 588 ter a) y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (relativa a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas).
- b) Si entendemos que el contenido de los wasap afectan al derecho a la intimidad del artículo 18.1 de nuestra norma fundamental, la regulación será la contenida en los artículos 588 sexies a) y siguientes (relativos al registro de dispositivos masivos de información).

Nuestro Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia 462/2019, de 14 de octubre, considera que la solución depende del momento de la intervención del mensaje. La sentencia en cuestión se refiere tanto a los correos electrónicos como a los sistemas de mensajería instantánea y a la plataforma de wasap, recogiendo las siguientes conclusiones:

1. Si el mensaje no ha llegado a su destinatario todavía o si habiendo llegado no ha sido abierto, nos encontramos ante un proceso de co-

neficie de su actividad. También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular».

municación no concluido, afectando, en consecuencia, al derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3.

2. Si el contenido del mensaje de wasap ha sido ya leído y posteriormente almacenado, el conocimiento de su contenido, por similitud con la intervención de una carta de correo postal ya abierta y almacenada en el domicilio del investigado, afectaría al derecho a la intimidad y no al secreto de las comunicaciones.

Nuestro Tribunal Supremo, había seguido una línea vacilante en esta materia, pudiendo citarse al respecto la Sentencia 884/2012, de 8 de noviembre que catalogaba los mensajes SMS como un correo electrónico y consideraba que entraba de lleno en el contenido de la inviolabilidad de las comunicaciones y participando de la misma naturaleza el MMS (Multimedia Messaging System).

Así, dice la referida Sentencia, que «... el contenido de los mensajes SMS está constitucionalmente protegido no es cuestionable. El art. 2.h) de la Directiva 2002/58 CE, 12 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, proporciona un concepto legal de correo electrónico. Por tal debe entenderse “todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que este acceda al mismo”.

A la vista de esa delimitación conceptual no puede existir duda alguna acerca de la catalogación del mensaje SMS como correo electrónico. Es cierto que no todos los contenidos imaginables de mensajería mediante teléfono móvil pueden aspirar al mismo grado de protección constitucional. No faltan casos en que el SMS se utiliza con una finalidad distinta a la transmisión de un pensamiento o de una imagen. Pensemos en su extendida utilización como forma de aviso, de comunicación, de participación en concursos, como receptor de alarmas o de titulares de un medio de comunicación. Pero lo que no es cuestionable —más allá de los matices que podrían hacerse en función del momento en el que se produce la injerencia, si esta tiene lugar cuando el texto ya ha sido leído y simplemente está archivado— es que el mensaje de texto (Short Message System) entra de lleno en el contenido de la inviolabilidad de las comunicaciones. También participa de la misma naturaleza el MMS (Multimedia Messaging System), esto es, el mecanismo técnico que permite el envío de imágenes entre teléfonos móviles».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo 342/2013, de 17 de abril, aborda directamente la naturaleza del contenido de los mensajes, cuando estos ya han sido abiertos, considerando que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por el destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. En este caso, la comunicación ya ha culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad protegida en el artículo 18.1 de nuestra Constitución, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Dice al respecto la Sentencia 342/2013, que «el acceso de los poderes públicos al contenido del ordenador de un imputado no queda legitimado a través de un acto unilateral de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. El contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE). Pero su contenido también puede albergar —de hecho, normalmente albergará— información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Es opinión generalizada que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En consecuencia, el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial. Esta resolución ha de dispensar una protección al

imputado frente al acto de injerencia de los poderes públicos. Son muchos los espacios de exclusión que han de ser garantizados. No todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal».

Ahora bien, lo que resulta evidente, es que una vez se ha producido la aprehensión física del teléfono, en un *smartphone*, pueden existir mensajes de wasap leídos o escuchados, pero también, se podrían encontrar contenidos de wasap no leídos o escuchados. En consecuencia, a mi juicio, la resolución judicial, que autorice la medida, no solo ha de recoger los criterios necesarios para el registro de los dispositivos masivos de información contenida en los artículos 588 sexies a) y ss. (en relación a los wasaps leídos u oídos), sino también los criterios necesarios para la interceptación de las comunicaciones (en relación a los registros no leídos u oídos) contenida en los artículos 588 ter a) y ss. De esta manera, los derechos afectados serían no solo el derecho a la intimidad (artículo 18.1), sino también, el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3).

No obstante, la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, exige en ambos casos resolución judicial motivada, de manera que en dicha resolución habrá de recoger los criterios necesarios para la restricción de ambos derechos fundamentales.

5. INCORPORACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS WASAPS AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

En cuanto al procedimiento para incorporar el contenido de los mensajes de wasap a un proceso judicial, debemos de distinguir entre la fase de instrucción y la fase de juicio oral.

a) Fase de instrucción.

Nuestros Tribunales de Justicia⁹ han ido perfilando el procedimiento para la incorporación del contenido de los wasaps a un proceso judicial en fase de instrucción como medio de prueba.

⁹ Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1.) Auto 328/2018 de 30 noviembre; Audiencia Provincial de Málaga (Sección 2.ª) Sentencia 495/2017 de 13 diciembre; Au-

Con carácter previo, ha de señalarse, en relación con el contenido de los mensajes de wasap, que los mismos han de cumplir dos presupuestos para su admisibilidad como prueba en un procedimiento judicial. De una parte, cualquier medio de prueba que las partes propongan y que el juez de instrucción acuerde ha de ser obtenido de forma que, ya sea directa o indirectamente, no se violen derechos fundamentales y libertades públicas, de manera que el primer presupuesto de la aceptación del contenido de un wasap como prueba en un determinado procedimiento judicial, es que su obtención se haya llevado a cabo respetando, de un lado, el derecho a la intimidad, y, de otro, el derecho al secreto de las comunicaciones.

El segundo presupuesto de admisibilidad de mensajes de wasap, es la preservación de la cadena de custodia en la obtención y la conservación de la prueba, elemento fundamental para la validez y admisibilidad de la prueba, de modo que permita acreditar su autenticidad e integridad.

Sentado lo anterior, el protocolo debería integrarse por las siguientes actuaciones:

1. Aportación del dispositivo electrónico en el que se contenga el wasap (ya se haya aportado voluntariamente, o mediante intervención policial o judicial), garantizándose su cadena de custodia. Con los requisitos específicos de la misma establecidos en la jurisprudencia, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo 587/2014, de 18 de julio en la que se señala que «... la cadena de custodia constituye un sistema formal de garantía que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias».
2. Transcripción de su contenido por la policía judicial —o bien por impresión del contenido de la pantalla, los denominados pantallazos— bien íntegra o bien de los aspectos relevantes que decida el instructor.

Como variante, también es posible, que se lleve a cabo el volcado del contenido del móvil por perito informático de alguno de los grupos de policía científica; siempre que esté autorizado por resolución judicial. En este caso la fuente de prueba se convertiría en un medio de prueba pericial, cuyo valor probatorio puede y debe conjugarse con otros como testificales, declaraciones de las partes o reconocimiento judicial.

diencia Provincial de Soria (Sección 1.ª) Sentencia 47/2018 de 21 mayo.

3. Cotejo, bajo la fe pública del secretario relator o letrado de la Administración de Justicia, de lo transcrito con el dispositivo que lo contenga, con citación de las partes —debe respetarse la contradicción— que deberán tener todo el material a su disposición.

Será este el momento más oportuno para la impugnación de la autenticidad o integridad de la comunicación; pero en todo caso deberá llevarse a cabo de manera que pueda practicarse la pericial oportuna por la parte que lo solicite.

Al margen del protocolo que han ido perfilando nuestros tribunales de justicia, no se debe olvidar que el derecho constitucionalmente protegido en estos supuestos no es solo, como hemos advertido, el derecho a la intimidad, sino que, en algunos supuestos quedaría afectado el derecho al secreto de las comunicaciones. De manera que, en dicho procedimiento deberían incorporarse las reglas establecidas en los artículos 584 a 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativos a la apertura de correspondencia.

b) Fase de juicio oral

La regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que contienen los artículos 588 ter a) y siguientes, relativa a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, no dedica precepto alguno a la introducción y práctica de esta prueba en el juicio oral.

Podemos establecer las siguientes premisas:

1. Estamos en presencia de una prueba que requiere ser introducida en el acto de juicio oral bajo los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción. En consecuencia, tratándose de wasap de audio, se podría proceder a la audición de las grabaciones o la lectura de sus transcripciones por el secretario relator o por el letrado de la Administración de Justicia.

La Sentencia del Tribunal Supremo 513/2010, de 2 de junio, señala que: «Es necesario dejar claro que el material probatorio son en realidad las cintas grabadas y no su transcripción, que solo tiene como misión permitir un más fácil manejo de su contenido. Lo decisivo, por lo tanto, es que las cintas originales están a disposición de las partes para que puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición total o parcial. Las transcripciones, siempre que estén debidamente cotejadas bajo la fe

pública del secretario judicial, una vez incorporadas al acervo probatorio como prueba documental, puedan ser utilizadas y valoradas como prueba de cargo, siempre que las cintas originales estén a disposición de las partes a los fines antes dichos, de manera que puedan contradecir las afirmaciones y argumentaciones que sobre su contenido se presenten como pruebas de cargo. Así lo ha entendido esta Sala en SSTS. 960/99 de 15.6, 893/2001 de 14.5, 1352/2002 de 18.7, 515/2006 de 4.4 o como dice la STS. 1112/2002 “su introducción regular en el plenario lo será primordialmente mediante la audición directa del contenido de las cintas por el tribunal, fuente original de la prueba. Ahora bien, también es admisible mediante la lectura en el juicio de las transcripciones, diligencia sumarial documental, previamente cotejadas por el secretario con sus originales, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas”.

En definitiva, los requisitos relativos al protocolo de la incorporación de las escuchas para su posterior utilización como prueba en el juicio son:

1. La aportación de las cintas.
2. La transcripción mecanográfica de las mismas, bien íntegra o bien de los aspectos relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de las cintas.
3. El cotejo bajo la fe del secretario judicial de tales párrafos con las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue —como es usual— a los funcionarios policiales.
4. La disponibilidad de este material para las partes.
5. Y finalmente la audición o lectura de estas en el juicio oral, que da cumplimiento a los principios de oralidad y contradicción, previa petición de las partes, pues si estas no lo solicitan, dando por bueno su contenido, la buena fe procesal impediría invocar tal falta de audición o lectura en esta sede casacional.

Consecuentemente las transcripciones de las cintas solo constituyen un medio contingente —y por tanto prescindible— que facilita la consulta y constatación de las cintas, por lo que solo están las imprescindibles. No existe ningún precepto que exija la transcripción ni completa ni los pasajes más relevantes, ahora bien, si se utilizan las transcripciones su autenticidad solo valdrá si están debidamente cotejadas bajo la fe del secretario judicial (SSTS. 538/2001 de 21.3, 650/2000 de 14.9)».

Ha de señalarse que si bien la jurisprudencia reseñada hace referencia a las cintas magnetofónicas, en la actualidad, dicha doctrina ha de enten-

derse completada y referida a los nuevos soportes digitales de grabación de las comunicaciones mediante los sistemas de interceptación utilizados por la Policía Judicial (sistema SITEL), soportes de grabación a los que ya hace referencia el artículo 588 ter f) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre¹⁰.

2. Se puede introducir también mediante declaración testifical o pericial de los agentes de la policía judicial que procedieron al volcado de los wasaps.

¹⁰ En relación con el sistema SITEL, la Sentencia del Tribunal Supremo 524/2017, de 7 de julio, ha señalado lo siguiente: «La jurisprudencia de esta Sala, de la que también ha hecho cita exhaustiva la sentencia recurrida, ha refrendado el uso de tal sistema como suficiente de cara a considerar la autenticidad e integridad de lo grabado. Basta así reiterar, con la STS 358/2016 de 26 de abril (RJ 2016, 6530) que:

“Conviene recordar sobre el sistema SITEL que las acreditaciones individualizadas a los miembros de las unidades de investigación para acceder al sistema, autorizaciones que únicamente permiten visualizar el contenido, pero nunca modificarlo, son pues usuarios pasivos de la información. Y cumpliendo lo ordenado por la autoridad judicial proceden a volcar a un soporte, CD/DVD, el contenido de la intervención correspondiente, volcado que implica nueva certificación digital de cada soporte empleado con las siguientes precisiones:

a) Ese volcado se realiza desde los centros remotos y utilizando los terminales del SITEL.

b) Se verifica de fecha a fecha, es decir, que comienza con el primer día de la intervención e incorpora la totalidad de las conversaciones y datos asociados producidos hasta la fecha que se indique al sistema, que será la señalada por el juzgado para que se le dé cuenta (semanal o quincenalmente) o la necesaria para solicitar la prórroga de la intervención.

c) La realización de sucesivos volcados de la intervención a los soportes CD/DVD se lleva a cabo sin solución de continuidad, enlazando los períodos temporales hasta que finaliza la intervención, de forma que los CD/DVD aportados de esta manera al Juzgado contienen íntegramente la intervención correspondiente por lo que son los soportes que han de emplear para la solicitud de la prueba, en el caso de que sea necesario, para el acto del juicio oral. Desde un equipo remoto no es posible modificar ni borrar absolutamente nada del servidor central del SITEL. El soporte DVD en el que se vuelca la intervención telefónica se trata de un soporte de solo lectura, porque así lo han acordado llevar a cabo, es decir, se trata de un soporte en el que no se puede grabar sobre el mismo.

d) Las transcripciones de parte de las conversaciones no implican más que una herramienta de facilitación del trabajo al juez. El contenido de las conversaciones y datos asociados queda íntegramente grabado en el Servidor Central del SITEL, y no es posible su borrado sin autorización judicial específica, sin que sea posible su alteración porque queda registrado en el sistema cualquier intento de manipulación y ello de forma indeleble. La aportación de los soportes CD/DVD en los que se ha volcado la información, se efectúa por los responsables de las unidades de investigación y amparadas por la intervención que realiza el funcionario policial que actúa como secretario de estas.

e) En cualquier momento del proceso es posible la verificación de la integridad de los contenidos volcados a los soportes CD/DVD entregados en el juzgado, mediante su contraste con los que quedan registrados en el Servidor Central del SITEL a disposición de la autoridad judicial. Este contraste puede realizarse por el juzgado en los terminales correspondientes para acreditar su identidad con la “matriz” del servidor central...».

Dice al respecto la Sentencia 112/2012, de 23 de febrero, en relación con las escuchas telefónicas que «tampoco esta tesis impugnatoria puede tener acogida. Conviene recordar que ni la jurisprudencia constitucional ni esta misma Sala han exigido como presupuesto de validez ni de suficiencia probatoria que las cintas hayan sido objeto de audición en el plenario. Con carácter general, la escuchas, debidamente autorizadas, sometidas a control judicial e inspiradas en los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, serán susceptibles de valoración jurisdiccional siempre que puedan convertirse en verdadera prueba. En efecto, las SSTS 363/2008, 23 de junio, 1778/2001, 3 de octubre y 807/2001, 11 de mayo, precisan que el contenido de esas escuchas, como medio de prueba plena en el juicio deberá ser introducido en el mismo regularmente, bien mediante la audición directa del contenido de las cintas por el Tribunal, fuente original de la prueba, mediante la lectura en el juicio de las transcripciones, diligencia sumarial documentada, previamente cotejadas por el secretario con sus originales, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas, criterio también reiterado en las SSTS 1070/2003, 22 de julio y 112/2002, 4 de febrero».

3. Un tercer mecanismo de introducción sería su aportación como prueba documental de los mensajes de wasap transcritos, en el caso de que se dé por reproducida, no solicitando ninguna de las partes su audición (wasap de audio) o su lectura. La Sentencia del Tribunal Supremo 867/2014 11 de diciembre, establece lo siguiente: «Así nos hemos pronunciado ante supuestos similares al presente —prosigue diciendo la precitada sentencia del TC—, tales como los resueltos en el ATC 196/1992, de 1 de julio; o en la STC 128/1988, de 27 de junio. En la primera de las resoluciones citadas afirmamos que la no audición de las cintas en el juicio, así como que el secretario no leyera la transcripción de las mismas, no supone, sin más, que las grabaciones no puedan ser valoradas por el tribunal sentenciador. En efecto, las grabaciones telefónicas tienen la consideración de prueba documental (documento fonográfico), por lo que pueden incorporarse al proceso como prueba documental, aunque la utilización de tal medio probatorio en el juicio puede hacerse, claro está, de maneras distintas. Ahora bien, el hecho de que las grabaciones puedan reproducirse en el acto del juicio oral y someterse a contradicciones por las partes —bien de modo directo, mediante la audición de las cintas, bien indirectamente con la lectura de las transcripciones— no significa, como pretende la hoy recurrente, que la prueba documental fonográfica carezca de valor probatorio en los supuestos en los que haya sido incorporada como prueba documental y haya

sido dada por reproducida sin que nadie pidiera la audición de las cintas o la lectura de su transcripción en la vista oral (FJ 1). Y ya en la citada STC 128/1988, llegamos a idéntica conclusión bajo el argumento de que no habiéndose impugnado en todo o en parte la transcripción de las cintas, y habiéndolas dado por reproducidas, no se le puede negar valor probatorio a tales transcripciones».

Finalmente, y en relación con la trascendencia probatoria de los mensajes de wasap en la fase de juicio oral, el propio Tribunal Supremo, ha reconocido la posibilidad de manipulación de los sistemas de mensajería instantáneo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 300/2015, de 19 de mayo, ha señalado lo siguiente: «... y es que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales, mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido».

En consecuencia, mientras no se resuelvan dichos problemas de vulnerabilidad, el contenido de los mensajes wasap, siempre y cuando sean impugnados por la parte contraria, no pueden ser utilizados por sí solos y como único elemento con pleno valor probatorio en la fase de juicio oral, por no poder acreditarse su autenticidad e integridad. Por ello, lo necesario en estos casos será la valoración conjunta de todo el material probatorio llevado a cabo en la fase de juicio oral, atendiendo, en consecuencia, no únicamente al contenido de los mensajes de wasap, sino también al resto de pruebas practicadas, tales como las declaraciones testificales o periciales.

Ahora bien, también es cierto que nuestros tribunales de justicia¹¹ han considerado que ha de darse pleno valor probatorio a las conversaciones

¹¹ Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1.ª) Auto 328/2018 de 30 noviembre; Audiencia Provincial de Málaga (Sección 2.ª) Sentencia 495/2017 de 13 diciembre; Audiencia Provincial de Soria (Sección 1.ª) Sentencia 47/2018 de 21 mayo.

de wasap convenientemente incorporadas al proceso, al menos en los casos siguientes:

- a) En todo caso, en los supuestos de no impugnación por la parte opuesta, interlocutora en los mensaje.
- b) Necesariamente en aquellos casos de reconocimiento expreso de la conversación y de su contenido (Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 159/2014 de 2 de abril).
- c) De igual modo cuando así resultara en caso de cotejo con el otro terminal implicado (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 143/2014 de 7 de mayo).
- d) En los casos de contradicción, cuando exista una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación de que se trate (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 51/2013 de 23 de septiembre de 2013).

6. CONCLUSIÓN

El derecho del individuo al entorno digital es un nuevo derecho que ha de entenderse englobado en el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas protegidos en nuestra norma fundamental, configurándose como un derecho de nueva generación con distintos escalones de protección jurisdiccional.

Los correos electrónicos, los sistemas de mensajería instantánea como el SMS (Short Message Service), los MMS (Multimedia Messaging System), y muy especialmente, plataformas de comunicación específica como WhatsApp han supuesto un aumento considerable de la interactividad de los usuarios, dando origen también a nuevas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías que desbordaban la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Consciente de ello, la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, ha introducido una regulación detallada de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas como diligencia de investigación que limita el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Dentro de estos nuevos sistemas de comunicación destaca la plataforma wasap como, probablemente, el sistema de comunicación más utilizado por los usuarios. El contenido de los mensajes de wasap afecta tanto al derecho a la intimidad como al derecho al secreto

de las comunicaciones, de manera que la resolución judicial que autorice la medida, no solo ha de recoger los criterios necesarios para el registro de los dispositivos masivos de información contenida en los artículos 588 sexies a y ss., sino también los criterios necesarios para la interceptación de las comunicaciones contenida en los artículos 588 ter a) y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

NOTAS

**LA RELEVANCIA DE LA PRUEBA INDICIARIA EN
LOS DELITOS DE DESLEALTAD MILITAR: ESPECIAL
REFERENCIA A LA DIFICULTAD PROBATORIA EN LOS
CONTROLES DE ORINA**

Manuel Rodríguez Monserrat
Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz

Resumen

La lealtad y el honor constituyen dos valores de vital importancia en el ámbito de las Fuerzas Armadas. En consecuencia, se requiere de la existencia de un tipo penal que castigue aquellos actos que atenten contra dichos valores. Si bien, debido a la naturaleza fraudulenta que requiere la acción penal, se debe recurrir a la figura de la prueba indiciaria para vislumbrar indicios que permitan conocer la intencionalidad del investigado y condenarlo sin que se vea afectado el derecho a la presunción de inocencia.

Palabras clave: deslealtad, prueba indiciaria, presunción de inocencia, control de drogas.

Abstract

Loyalty and honor constitute two values of vital importance in the field of the armed forces. Consequently, the existence of a criminal type that punishes those acts that attempt against such values is required. Although, due to the fraudulent nature that the criminal action requires, the figure of

the evidence must be used to glimpse evidence that allows knowing the intentionality of the investigated and condemning it without affecting the right of the presumption of innocence.

Keywords: disloyalty, evidence, presumption of innocence, drug control.

SUMARIO

1. Introducción. 2. El delito de deslealtad militar. 3. Pruebas para la detección del consumo de drogas. 4. La prueba indiciaria. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea y los Estados Unidos han alcanzado un modelo político en el que se respetan los derechos y libertades de todo individuo o grupo de personas, que no se aprecian con la misma intensidad en otros países del entorno. Concretamente, en España, la Constitución de 1978 ha consagrado un «Estado social y democrático de derecho» que toma como base valores como «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1 de la Constitución Española, en adelante, CE). Todas las declaraciones de derechos y la propia Constitución se pueden aplicar en el territorio nacional gracias a la labor de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Especialmente, por el trabajo desarrollado por las Fuerzas Armadas, que tienen como misión «garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y», como no podía ser de otra manera, defender «el ordenamiento constitucional» (art. 8 de la CE). El uso de la fuerza, ya sea penal a través de lo que se conoce como *ius puniendi* o a través del uso militar denominado *ius bellum*, permite al Estado poder disuadir o intervenir ante delitos o conflictos, así como ante determinadas amenazas que quebranten el modelo de vida alcanzado cimentado en los valores citados *ut supra*.

Es de vital importancia para la supervivencia de cualquier Estado que sus fuerzas armadas estén bien organizadas y dotadas de los medios materiales, tecnológicos y humanos idóneos para la correcta ejecución de la labor que les ha sido encomendada por la Carta Magna. Si bien, cuando se hace referencia a los medios humanos, no se debe caer en el error de traducir los medios humanos simplemente desde un punto de vista cuantitativo, relativo al grosor o número de efectivos de los que disponen los ejércitos, sino también al ámbito individual de todo aquel que forme parte de los ejércitos, o si se permite, a la

esfera espiritual. Cuando se habla del valor espiritual no se hace referencia a las creencias políticas, religiosas, o culturales que puede tener cada individuo por el hecho de serlo, sino a una serie de valores que deben presidir el estamento militar: el honor y la lealtad. El honor es la «cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo». La lealtad implica el «cumplimiento de lo que exigen las leyes de fidelidad y las del honor» (DRAE). Existen unas reglas de honor entre los miembros de cada sociedad, no obstante, ese honor tiene un plus en el ámbito marcial. La organización de las fuerzas armadas y el desarrollo de su actividad en los diversos entornos operativos requiere un canal de confianza y lealtad inquebrantable para que el proceso de toma de decisiones sea el más adecuado. Una decisión fundamentada en información falsa o fraudulenta puede poner en peligro tanto las vidas de los miembros que constituyen las fuerzas armadas, así como los valores y el mandato constitucional que estas tienen atribuidas. Para muestra un botón: el hecho de no poner conscientemente en conocimiento de los mandos irregularidades en los diversos servicios posibles, como podría ser la no prestación de un servicio de guardia por parte de un soldado, estaría provocando que el órgano decisor no contase con la posibilidad de una grieta en la seguridad del perímetro objeto de vigilancia y que podría dar lugar a acciones hostiles no previstas y por lo tanto sorpresivas ante la falta de honor y lealtad con respecto al resto de compañeros. Igualmente, la ocultación del consumo de sustancias que alteren o modifiquen el estado mental del militar también implica un desvalor del honor y de la lealtad, pues ante determinadas situaciones se puede ordenar la intervención armada sin que la persona esté ante las idóneas y necesarias aptitudes que les requiera el servicio y que pueden implicar el uso de la fuerza a través de las armas de fuego.

En base a todo lo anterior, es necesario realizar un estudio jurídico del delito de deslealtad militar, especialmente desde el prisma de los casos de deslealtad que se han producido cuando se han celebrado pruebas de orina para controlar el consumo de sustancias prohibidas, ya que se requiere un análisis de las herramientas jurídicas de las que disponen los tribunales para enervar la presunción de inocencia de los investigados por proporcionar información aparentemente verdadera, pero que en realidad es ficticia.

2. EL DELITO DE DESLEALTAD MILITAR

En el artículo 55 del Código Penal Militar se regula el delito de deslealtad, entendiéndose por la conducta por la que se castiga *la* «información militar falsa en la que están previstos los efectos atenuantes de la retrac-

tación» (preámbulo del Código Penal Militar). Concretamente, el citado artículo establece lo siguiente:

«El militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa o expidiere certificado en sentido distinto al que le constare será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de tres a diez años. En todo caso se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.

En todos los supuestos previstos en este artículo, se impondrá la pena inferior en grado cuando el culpable se retractare, manifestando la verdad a tiempo de que surta efectos».

Los elementos de la tipicidad penal de la teoría jurídica del delito se clasifican en dos. De un lado, los elementos objetivos, independiente de la forma de pensar de cada individuo, «que existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce»; por otro lado, los elementos subjetivos, que se consideran en «oposición al mundo externo, perteneciente o relativo al modo de pensar o de sentir del sujeto, y no al objeto en sí mismo».

Respecto al tipo objetivo, en primer lugar, debe realizarse un estudio del bien jurídico objeto de protección por la norma penal. Conviene resaltar que el Código Penal, como constitución en negativo, no consagra literalmente un bien jurídico protegido, sino que este debe desprenderse de la acción negativa que se castiga, en este caso, lo que es contrario a dar información falsa: la veracidad en la información que toma como referencia el honor y la lealtad de cada individuo. El Tribunal Supremo (en adelante, TS), en su Sentencia de 2 de julio de 2012 reconoce el carácter plural o múltiple del bien que se tutela, ya que se protege tanto el «valor de la lealtad» recogido en las Reales Ordenanzas que preside las relaciones y la organización militar (lealtad funcional), así como el interés y necesidad de que un militar actúe con franqueza¹. La lealtad exige exactitud en la infor-

¹ DE URBANO CASTRILLO, E.; CALDERÓN CEREZO, A «Acepción de delito de deslealtad. “Non bis in idem” [Crónicas TS (Sala 5.ª) año 2012-2013]». Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2012, p. 1. En este sentido, se destaca en la Sentencia 2 de diciembre de 2005 que, «la lealtad en el ámbito castrense constituye un valor relevante resaltado por las RR.OO. de las Fuerzas Armadas (arts. 13, 35, 46, 47 y 110) que debe presidir las relaciones entre las personas integradas en la organización militar, especialmente cuando están enmarcadas en el ámbito de la jerarquía y tiene su componente nuclear en el deber de informar verazmente en los asuntos del servicio», siendo de reseñar que, al momento de ocurrencia de los hechos, el artículo 17 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, dispone que el militar «tendrá presente que la

mación que se debe transmitir a los mandos en virtud de sus obligaciones para el correcto desarrollo de los deberes que tienen atribuidos².

El Tribunal también destaca que «el reproche penal se asienta en el grave quebranto de la relación de confianza en el ámbito funcional que se produce cuando se facilita información falsa o desnaturalizada sobre asuntos del servicio (sentencia de 1 de diciembre de 2005)». Dicha inveracidad o mendacidad debe guardar conexión con el servicio, teniendo la suficiente potencialidad como para que exista un riesgo real y grave de perjudicarlo y lesionarlo³. Añade el TS que, «aunque en todo lo público la búsqueda de la honestidad y probidad resulte sin duda especialmente trascendente, es en el ámbito castrense en el que el legislador, conocedor de sus necesidades, ha configurado determinados tipos delictivos, buscando una especial salvaguarda de las expresadas virtudes en unión de la propia de la lealtad en especial al mando, a la obligación e incluso al cuerpo de pertenencia. Si es cierto que el servidor público debe comportarse con arreglo a un código riguroso de conducta —siempre en el seno de la legalidad constitucional y ordinaria— lo es aún más que las Ordenanzas Militares y las relaciones deontológicas que en su cúmulo de desarrollo reglamentario rigen los servicios de la Guardia Civil conllevan un plus de exigencia que fundamenta estos delitos, los cuales alcanzan una especial comprensión en el seno de la organización jerárquica militar y muy en particular en el de la Guardia Civil por la especial vinculación de esta a la sociedad en sus misiones. Con este prisma específico de huida de la iniquidad y de persecución de la fal-

disciplina, valor, prontitud en la obediencia y exactitud en el servicio son virtudes a las que nunca ha de faltar», que el artículo 34 de las mismas estipula que «al informar sobre asuntos del servicio lo hará de forma objetiva, clara y concisa, sin ocultar ni desvirtuar nada de cuanto supiera» y que el artículo 80 preceptúa que, en tareas de apoyo al mando, «ayudará a este en el cumplimiento de la misión encomendada, prestándole su colaboración total ... Sus cualidades esenciales son la lealtad...». DE URBANO CASTRILLO, E.; CALDERÓN CERESO, A «Acepción de delito de deslealtad. “Non bis in idem” [Crónicas TS (Sala 5.^a) año 2012-2013]». Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2012, p. 1. El delito «protege el bien jurídico de la lealtad, que representa una de las obligaciones del militar a la que, con especial énfasis, se refieren las Reales Ordenanzas: las de las Fuerzas Armadas, en su artículo 13, consideran la lealtad, junto al espíritu militar y el compañerismo, como pilares donde se asienta la voluntad de asumir solidariamente la responsabilidad de la defensa, y a esa misma lealtad, como deber, aluden sus artículos 35 y 110». Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Quinta, 19 de septiembre de 2000). Fundamentos jurídicos. Ponente: Fernando Pérez Esteban.

² Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 69/2018 de 14 junio. Fundamento Jurídico 4.º. Ponente: Lorenzo Marroig Pol.

³ DE URBANO CASTRILLO, E.; CALDERÓN CERESO, A «Acepción de delito de deslealtad. “Non bis in idem” [Crónicas TS (Sala 5.^a) año 2012-2013]». Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2012, p. 2-2. Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 56/2018 de 8 mayo. Ponente: Manuel Zafra Riasco.

edad en las relaciones del servicio se deben enmarcar y explicar determinadas normas militares y en este caso que el reproche penal ha pretendido destacar la especial profundidad y singularidad de los principios morales y éticos que son el sostén de la virtud de la lealtad»⁴.

El objeto de protección no solamente tiene un carácter plural como se indicó en el párrafo anterior, sino que también está relacionado con otros bienes jurídicos protegidos por distintos tipos delictivos. Se destaca en las sentencias la relación entre los delitos de deslealtad y de abandono de destino, ya que también implica cierta deslealtad hacia los compañeros el hecho de que se abandone un puesto. El abandono de destino fácilmente puede encuadrarse bajo el ámbito del delito de deslealtad, pues se trata de una conducta que requiere la observancia de fidelidad, «de la fe que alguien debe a otra persona», de «exactitud en la ejecución de algo». Si bien, el TS señala la existencia de una naturaleza diferente en los bienes jurídicos que se protegen en los delitos de abandono de destino y en los delitos de deslealtad, ya que, como establece el TS en relación al delito de deslealtad, «el bien jurídico protegido es la preservación del deber de veracidad y de confianza que debe presidir las relaciones funcionales propias del ámbito castrense, mientras que en el delito de abandono de destino se infringe el deber de presencia del militar y su disponibilidad para el cumplimiento de las funciones y deberes militares, por lo que el reproche establecido en cada uno de ellos responde a una distinta razón o fundamento, al ser diversos los intereses que en cada delito se trata de proteger». La peculiaridad del delito de deslealtad no solo conlleva a la confusión con otros delitos, sino a que también se puedan aplicar reglas concursales. Destaca el TS que en los casos en los que se presenta un certificado falso se puede estar cometiendo un delito de falsedad documentado tipificado en el art. 399.2 del Código Penal que no implicaría necesariamente la exclusión de la aplicación del delito militar, «debiendo únicamente establecer la posible absorción por el tipo desleal de dicha conducta falsaria o su punición en régimen concursal, según resulte, o no, imprescindible la falsificación para cometer el delito en su concreta concepción y dinámica ejecutiva». El caso analizado por el TS versaba sobre la presentación de documentos académicos necesarios para la formalización del compromiso de larga duración. En este caso, «resultaría aplicable la regla de alternatividad contenida en el artículo 12.1 de la LOCOJM y en el artículo 1, apartados 1 y 3, del CPM de 2015, siendo que aquí la pena señalada al delito militar de deslealtad del

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Quinta, 22 de junio de 2001). Fundamento jurídico 3.º. Ponente: Agustín Corrales Elizondo.

párrafo primero del artículo 55 del vigente CPM, en su modalidad de dar a sabiendas información falsa sobre asuntos del servicio, es la de prisión de seis meses a cuatro años, mientras que la pena señalada para el delito del art. 399.2 del CP, es la de multa de tres a seis meses; lo que hace de preferente aplicación el delito militar»⁵.

Cabe concluir en relación al bien jurídico, que la finalidad última es «preservar el propio interés del servicio y que este no llegue a perjudicarse como consecuencia de la conducta inveraz» (Sentencia de 3 de mayo de 2007)⁶. Es tal la importancia de la lealtad en las Fuerzas Armadas, que el Tribunal declara como «vana» la «tarea intentar encontrar en el repertorio de las faltas disciplinarias una que esté específicamente referida al quebrantamiento de dicho deber, excepción hecha de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil y en los términos que aquella previene»⁷. La lealtad es de tal importancia que su deterioro y quebranto no debe encajarse en el ámbito disciplinario, sino que es necesario el reproche penal.

Conviene también hacer hincapié de que se trata de un delito de simple actividad, ya que lo que se prescribe en la norma no es que se produzca un resultado o daño en el ejercicio de la actividad militar, sino que simplemente el legislador utiliza el verbo «dar» para establecer un tipo que castigue la actividad, no el resultado. Por tanto, no requiere que la conducta se materialice en un daño «en el servicio, sino que simplemente ha de tener aptitud (o la potencialidad) para perjudicarlo»⁸. El TS matiza que «la mera actividad descrita en el tipo delictivo, por su carácter formal, determina su total realización»⁹.

Sobresale de entre los elementos objetivos del tipo la necesidad de que se trate de «asuntos del servicio», entendido como el «conjunto de actos que incumbe realizar a las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de la misión que constitucionalmente le ha sido confiada»¹⁰. Los asuntos del servicio llevan aparejado implícitamente el deber de lealtad, quedando como conducta atípica aquella actuación que no afecte al ámbito funcional del

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.ª) Sentencia n.º 73/2017 de 6 julio. Fundamento Jurídico 2.º. Ponente: Excmo Sr. Javier Juliani Hernan.

⁶ Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 52/2017 de 19 diciembre. Fundamento Jurídico 1.º. Ponente: Vicente Emilio Palazuelos García.

⁷ Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 52/2017 de 19 diciembre. Fundamento Jurídico 1.º. Ponente: Vicente Emilio Palazuelos García.

⁸ Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 69/2018 de 14 junio. Fundamento Jurídico 4.º. Ponente: Lorenzo Marroig Pol.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Quinta, 19 de septiembre de 2000). Fundamento jurídico. Ponente: Fernando Pérez Esteban.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 69/2018 de 14 junio. Fundamento Jurídico 4.º. Ponente: Lorenzo Marroig Pol.

servicio militar y que por lo tanto no constituiría una conducta desleal hacia el resto de compañeros y mandos del Ejército¹¹. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 22 de marzo de 2002 estableció que la trasgresión de la lealtad «es siempre sancionable en vía penal»¹².

En cuanto al tipo subjetivo, se descarta su modalidad imprudente, ya que se trata necesariamente de una actitud dolosa, por la que un militar conoce y quiere cometer la acción, en este caso, proporcionar información falsa o expedir certificados fraudulentos. En este sentido, «el autor debe obrar con conocimiento de los elementos objetivos del tipo y con voluntad de hacer lo que previamente conoce». Continúa el Tribunal Togado estableciendo que debe concurrir dolo de primer grado, «en la medida en que se obra con propósito de engañar o confundir al destinatario de la información, aunque el dolo no deba abarcar ningún resultado porque el delito es de mera actividad, en que el resultado coincide con la realización de la conducta que la norma prohíbe»¹³. Tal y como indica el TS en su sentencia de 2 de marzo de 2009, el engaño debe «ser idóneo para causar error y confundir al destinatario de la mendacidad»¹⁴. En este sentido, «el engaño requerido por el tipo penal en cuestión ha de tener cierta entidad y además ha de ser idóneo para causar error y confundir al destinatario de la mendacidad, y no solo eso, sino que además el engaño exigido puede ser “ex ante y ex post”, bastando a estos efectos con que el ardid utilizado vaya encaminado a no cumplir lo debido»¹⁵. Por lo tanto, y en referencia

¹¹ En este sentido, resultan «atípicas las mendacidades que no guarden aquella vinculación o que por sus características no incorporan el dato de la lesividad. Al igual que no toda mentira o mutación de la verdad constituye, sin más, falsedad punible; del mismo modo no toda manifestación inveraz constituye delito de deslealtad». Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Quinta, de 5 de abril de 2001). Ponente: Ángel Calderón Cerezo.

¹² Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 52/2017 de 19 diciembre. Fundamento Jurídico 1.º. Ponente: Vicente Emilio Palazuelos García.

¹³ Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 52/2017 de 19 diciembre. Fundamento Jurídico 1.º. Ponente: Vicente Emilio Palazuelos García. En este sentido se afirma que «la conducta inveraz que está en la base de los tipos penales de deslealtad viene referida, como decimos, a los actos del servicio en que se acota y concreta la inveracidad que sin esta vinculación no sería punible; aunque la perfección del delito no se haga depender del perjuicio para el servicio, porque no es delito de resultado sino de actividad». El delito de deslealtad se consume simplemente con el propósito de eximirse de obligaciones a través del engaño. Sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo. Sentencia de 1 febrero 2019. Fundamento jurídico 2.º. Ponente: Oscar Sánchez Rubio.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 69/2018 de 14 junio. Fundamento Jurídico 4.º. Ponente: Lorenzo Marroig Pol.

¹⁵ VV.AA. «Delito de deslealtad: doctrina. Elementos. Especial referencia a los elementos subjetivos del injusto. Ánimo de engañar: se estima. No hay vulneración del derecho a la presunción de inocencia [Crónicas TS (Sala 5.ª) año 2008-2009]». *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2009.

a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2010, habría que tener en cuenta dos requisitos para la apreciación del delito. El primer parámetro lo constituiría la potencialidad del engaño, entendida como «la entidad objetiva de la simulación o engaño utilizado de manera que resulte idónea para causar error y confundir al destinatario de la mendacidad. Lo será en la mayoría de los casos en que se empleen elementos documentales falsos, cuya absorción por el tipo desleal o la punición en régimen concursal habrá de discernirse según resulte, o no, imprescindible la falsificación para cometer el delito en su concreta concepción y dinámica ejecutiva». El segundo parámetro a tener en cuenta lo constituye el deber referente, por el que debe «ponderarse la clase de deber militar a cuya excusa tienda el despliegue de la conducta mendaz, excluyéndose del tipo delictivo los deberes u obligaciones genéricos que no constituyan específicos actos de servicio»¹⁶.

En el segundo párrafo del artículo se establece una atenuante específica de la punición. Las razones que se observan desde la política criminal para atenuar la pena del delito de deslealtad se fundamenta en el arrepentimiento y la manifestación de la verdad. El TS se ha pronunciado estableciendo que, «tras la consumación, se produce la retractación del culpable respecto a lo falsamente informado o certificado y se manifiesta la verdad a tiempo de que surta efecto. Pero estos efectos a que se refiere la ley no constituyen elementos de la configuración del tipo penal, sino consecuencias del delito consumado, cuyas consecuencias no han de haberse agotado, es decir, no han de haberse producido cuando tiene lugar la retractación»¹⁷.

El legislador también ha previsto una pena agravada de tres a diez años de prisión cuando la conducta fraudulenta se realiza en un contexto de conflicto armado o estado de sitio. Dicha agravación se encuentra totalmente justificada, debido al plus de lealtad que se requiere ante situaciones hostiles o estados de guerra.

En relación a los casos que pueden encuadrarse bajo el tipo del art. 55 del Código Penal Militar, pueden observarse: comunicar falsamente la prestación del servicio de guardia; la incorporación a expedientes de certificados médicos o académicos falsos; omitir anomalías trascendentes durante el desarrollo del servicio de guardia; informar sobre el abono de

¹⁶ BALMISA GARCÍA-SERRANO, C.; CALDERÓN CEREZO, Á. «Delito de deslealtad. Parte médico toscamente manipulado. Idoneidad para producir el engaño deseado. Absolución [Crónicas TS (Sala 5.ª) año 2010-2011]». *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2011.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Quinta, 19 de septiembre de 2000). Fundamento jurídico. Ponente: Fernando Pérez Esteban

haber a la tropa falsamente; la falsificación de documento de identidad militar y utilización posterior; la manipulación de las pruebas de orina para la detección de drogas¹⁸, informar que el servicio se desarrolla sin novedad cuando ha existido una agresión entre militares, o no informar de que los puestos de centinelas han quedado sin cubrir¹⁹.

3. PRUEBAS PARA LA DETECCIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS

Las pruebas para detectar el consumo de drogas están íntimamente relacionadas con los asuntos del servicio. El Tribunal Supremo, en su Sentencia con fecha 3 de marzo de 2016, dispone en relación a dichos controles que son necesarios, ya que el consumo de drogas incide «claramente en la aptitud para prestar servicio, y ser objetivamente, un riesgo tanto para la integridad de aquel a quien se le realiza como para los demás miembros de las Fuerzas Armadas, que, en cuanto depositarias de las armas que la Nación les confía, deben extremar el celo para que todos sus miembros puedan mantener en todo momento el equilibrio mental y emocional que les permita desarrollar su cometido», concretando que, desde el momento que se ordena el sometimiento a una prueba de detección de drogas, la realización de la prueba constituye un deber enmarcado en el conjunto de funciones militares y que como dice el Tribunal «guarda indudable relación con el servicio»²⁰.

Existen varios pronunciamientos por parte de los tribunales que ponen el acento en la carga probatoria y que suelen fundamentarse en la prueba indiciaria para condenar a los investigados.

1. En uno de los casos analizados se consideran hechos probados que «el acusado es dotado de un vaso de muestra y procede a su llenado», si bien, el policía militar, observa a través de un espejo colocado en el

¹⁸ DE URBANO CASTRILLO, E.; CALDERÓN CEREZO, A. «Acepción de delito de deslealtad. “Non bis in idem” [Crónicas TS (Sala 5ª) año 2012-2013]». *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2012, p. 1. HERNÁNDEZ VERGARA, A.; CALDERÓN CEREZO, A. «Simulación de delito. Deslealtad. Presupuestos de eficacia de las declaraciones autoinculpatórias [Crónicas TS (Sala 5ª) año 2013-2014]». *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2014.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Quinta, de 5 de abril de 2001). Fundamento jurídico 2.º. Ponente: Ángel Calderón Cerezo.

²⁰ Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 69/2018 de 14 junio. Fundamento Jurídico 4.º. Ponente: Lorenzo Marroig Pol.

techo del urinario, que el militar, que se haya de espaldas, tiene una perilla de goma azul en sus partes. Sin embargo, no puede apreciar si lo depositado en el vaso ha sido el líquido contenido en la perilla o si ha sido su propia orina. «El líquido que contenía la perilla no fue ni custodiado ni objeto de un análisis posterior»²¹. El Tribunal considera que aunque son probados los hechos, «no puede inferir que la orina que pudiera contener la perilla utilizada por el procesado no contuviera la suya propia y tampoco que esta no hubiera sido evacuada en el momento en el que aquel afirma que lo hizo y ello porque no se vio por nadie que dicho dispositivo fuera usado y, en todo caso, si así hubiera sido, se desecharon tanto la muestra como el contenido habido en la perilla, por lo que es imposible constatar si ha habido o no alteración en las pruebas y, por tanto, falsedad en la información que pudiese desprenderse de las mismas. Cuestión distinta, es que, indubitadamente, queda constatado que la práctica de la prueba ordenada no fue cumplimentada debidamente por el procesado, manteniéndose la margen del mismo y quebrantándolo a conciencia, sin embargo, dicho quebranto no supone la existencia de un reproche penal sino disciplinario, cuyo procedimiento se ha iniciado para la posible depuración de los hechos. Por lo argumentado, el sustrato fáctico que da lugar a la acción penal carece de consistencia a medida que procedemos al examen de la prueba practicada dando lugar a la no enervación del principio de presunción de inocencia»²². Finalmente, el tribunal resolvió absolviendo al militar como autor de un delito de deslealtad.

2. En otro caso, un soldado «coloca la etiqueta de identificación personal, y hace entrega, de tubos de orina que no contenían, a sabiendas del acusado, una muestra de su orina auténtica o real para ser analizada en el control de drogas» y que es detectado por un sargento «que interviene en ese control de orina», y que «nota que los tubos de orina que entrega el acusado tienen una temperatura baja, anómala», informando al superior. Ese mismo día, al acusado se le toma una nueva muestra de orina²³. Las muestras de orina del soldado se enviaron al laboratorio, obteniéndose de la primera muestra de ori-

²¹ Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 52/2017 de 19 diciembre. Antecedente de hechos 2.º. Ponente: Viciente Emilio Palazuelos García.

²² Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 52/2017 de 19 diciembre. Fundamento Jurídico 2.º. Ponente: Viciente Emilio Palazuelos García.

²³ Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 69/2018 de 14 junio. Fundamento Antecedente de hechos 2.º. Ponente: Lorenzo Marroig Pol.

na un resultado negativo, y de la segunda muestra de orina, que sin lugar a duda alguna era del acusado, da, como resultado, positivo en cocaína²⁴. En este supuesto el Tribunal considera que «el elemento nuclear de la acción reside en sustituir la propia orina por lo que debía ser otra sustancia líquida», condenando al acusado por un delito de deslealtad.

3. En otro supuesto, el TS desestima el recurso de casación penal 101/29/2018, deducido frente a la sentencia condenatoria de fecha 10 de abril de 2018 dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero en sumario 12/06/2017²⁵. Queda probado en sentencia que «durante la realización de la prueba y mientras el soldado procedía a trasvasar a los tubos entregados el contenido del recipiente en el que se orina, el oficial, que estaba presente durante esa operación, y vio orinar al soldado, observó un estado de nerviosismo en el referido soldado, lo que le llevó a pensar que la prueba no se estaba llevando a cabo como había sido ordenado (...) le ordenó que se bajara los pantalones hasta la rodilla, observando el teniente que el soldado llevaba como una tira oscura que le sobresalía del calzoncillo, preguntándole que era esa tira, contestando el soldado que esa tira era del calzoncillo. Toda vez que no le convenció dicha respuesta ordenó nuevamente al procesado bajarse los calzoncillos, observando que este portaba un artulugio colocado en sus partes íntimas consistente en un pene de plástico que llevaba incorporado un depósito de orina y que sujetaba al cuerpo con un arnés de color negro alrededor de la cintura que llevaba por dentro de los calzoncillos. Descubierta el artulugio, y que este había sido utilizado para rellenar el recipiente con orina que pertenecía a otra persona, el soldado manifestó al teniente que llevaba el mismo para no dar positivo en la prueba de detección de consumo de sustancias psicotrópicas y que la orina era de su hermano. Sin embargo nada dice, en ese momento, acerca de que no haya llenado el recipiente con la orina procedente del artulugio»²⁶. Aunque se argumenta error de hecho en la valoración de la prueba documental, al no llegarse a acreditar que llegara a llenar el recipiente y los tubos facilitados con la orina ajena, habiendo desistido en la consu-

²⁴ Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 69/2018 de 14 junio. Fundamento Antecedente de hechos 3.º. Ponente: Lorenzo Marroig Pol.

²⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.º). Sentencia n.º 9/2019 de 7 febrero. Ponente: Excmo Sr. Angel Calderón Cerezo.

²⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.º). Sentencia n.º 9/2019 de 7 febrero. Antecedente de hechos 1.º. Ponente: Excmo Sr. Angel Calderón Cerezo.

mación, el Tribunal alcanza la convicción sobre la culpabilidad del investigado a través de la prueba indiciaria, tomando como indicios acreditados: «a) la previa preparación del mecanismo descrito del que formaba parte la bolsa de orina facilitada por un hermano suyo; b) el reconocimiento de haber consumido cannabis y el propósito de no dar positivo en la analítica; c) el hallazgo de la bolsa conteniendo solo residuos de orina; d) la confesión de los hechos hecha ante su superior inmediatamente después de la comisión y ante el coronel jefe de la Base, en el preceptivo trámite de audiencia practicada en el procedimiento oral seguido para la imposición de falta disciplinaria de carácter leve por los mismos hechos y, e) el resultado positivo al consumo de cannabis arrojado por la analítica practicada»²⁷.

En la mayoría de los casos, los tribunales deben acudir al recurso de la prueba indiciaria para incriminar al que dolosamente ha manipulado certificaciones o comunicado información falsa que suele descubrirse con posterioridad a la comisión del hecho delictivo.

4. LA PRUEBA INDICIARIA

La prueba indiciaria se basa en el uso de fenómenos o hechos perceptibles como medio para inferir la existencia de otro fenómeno no percibido pero relevante en el ámbito jurídico penal.

Esos fenómenos o hechos vienen a denominarse indicios, y deben apoyarse «en elementos de hecho»²⁸, deben estar acreditados «plenamente, con prueba directa»²⁹, en resumen, deben existir como hecho natural perceptible a través de los sentidos. El indicio al inferir se comporta como un intermedio, ya que «su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a este a través de una regla de experiencia»³⁰.

²⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia n.º 9/2019 de 7 febrero. Fundamento Jurídico 2.º. Ponente: Excmo Sr. Angel Calderón Cerezo.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª). Sentencia n.º 175/2018 de 12 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Andrés Palomo del Arco.

²⁹ SAP de Vizcaya (Sección 2.ª). Sentencia n.º 22/2014 de 20 de marzo. Ponente: Ilmo. Sr. D. Elsa Pisonero del Pozo Riesgo.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª). Sentencia n.º 409/2013 de 21 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. El intermedio es un hecho, una circunstancia, una huella, un fenómeno o un rastro. CORTÉS SOTO, R. «La prueba indiciaria». *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*. N.º 2. 2010, p. 274.

En base a todo lo anterior debe diferenciarse el uso de indicios como prueba en el proceso penal de las simples conjeturas o sospechas que en ámbito de la práctica jurídica puede provocar confusión. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre las diferencias de los dos elementos afirmando que «una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades»³¹, que es lo que constituyen las suposiciones y las sospechas, ya que no puede haber márgenes para la equivoicidad ni para el ejercicio de la adivinación o de la mera conjetura (en este sentido Sentencia el Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1995)³²,

En el proceso probatorio basado en indicios se exigen una serie de circunstancias que vengán a reforzar la carga probatoria indiciaria. El Tribunal Supremo ha afirmado que lo ideal es la existencia plural de indicios, y que sean concomitantes, concatenados, concordantes, convergentes y coincidentes, en otras palabras, que estén interrelacionados formando un hecho base sólido, de tal forma que la conclusión sea inmediata y natural mediante un enlace preciso y directo³³. En la pluralidad de indicios se fundamenta el carácter reforzador³⁴, fuerza disuasoria o indicativa³⁵ sobre los hechos, así como la apreciación global de los indicios nucleares con carácter unidireccional³⁶. No obstante, se prevé excepcionalmente la acogida de un solo indicio como carga probatoria debido a su «singular potencia acreditativa».

Los elementos que debe valorar el tribunal son: a) que los indicios aparezcan relacionados o en conexión³⁷ (enlace preciso y directo); b) que

³¹ TC (Sala Primera). Sentencia n.º 174/1985 de 17 de diciembre: Ponente: Don Ángel Latorre Segura.

³² SAP de Vizcaya (Sección 2.º). Sentencia n.º 22/2014 de 20 de marzo. Ponente: Ilmo. Sr. D. Elsa Pisonero del Pozo Riesgo.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 279/2003 de 12 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Perfecto Andrés Ibáñez.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 266/2005 de 1 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 1755/2000 de 17 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Candido Conde-Pumpido Tourón. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 918/1999 de 9 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia num. 1/1996 de 19 de enero. Excmo. Sr. Francisco Soto Nieto.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo «Caso Operación Chacal» (Sala de lo Penal, Sección 1.º). Sentencia n.º 2/2011 de 15 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo. Voto particular: Ponente: Don Alberto Jorge Barreiro.

³⁷ SAP de Vizcaya (Sección 2.º). Sentencia n.º 22/2014 de 20 de marzo. Ponente: Ilmo. Sr. D. Elsa Pisonero del Pozo Riesgo.

la hipótesis tienda a ser exclusiva, «no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa»³⁸; c) tiene que haber una relación e inferencia razonable³⁹, racional y motivada⁴⁰ (conclusión inmediata y natural), que no resulte por tanto ilógico o inconsecuente⁴¹.

En relación con la conexión que se requiere por constituir el indicio el intermedio que infiere la comisión de un hecho delictivo, el TS se ha pronunciado excluyendo los supuestos en el que «el razonamiento se aprecian saltos lógicos o ausencia de necesarias premisas intermedias, ya que se requiere de una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo, de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores, que haya sido posible concentrar en el proceso»⁴².

En lo relacionado con la apertura de los indicios, se analiza el hecho de que los indicios puedan mostrar diversas posibilidades, ya que la prueba indiciaria «siempre deja abierta cierta holgura propiciatoria de alguna contrahipótesis alternativa favorable a la defensa»⁴³, por tanto, pueden existir varias hipótesis con sus correspondientes conclusiones, «en este caso el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estima como conveniente»⁴⁴ o más lógica, ya que se requiere que el razonamiento no se ilógico (canon de la lógica⁴⁵). En esta línea el TS entiende que «no basta la plasmación de otra hipótesis alternativa fáctica, para entender conculcado el derecho a la presunción de inocencia (STC 55/2015, de 16 de marzo)». Solo cabría considerar conculcado la presunción de inocencia «cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alter-

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.º). Sentencia n.º 409/2013 de 21 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.º). Sentencia n.º 175/2018 de 12 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Andrés Palomo del Arco.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 279/2003 de 12 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Perfecto Andrés Ibáñez.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.º). Sentencia n.º 409/2013 de 21 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 378/1998 de 12 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Soto Nieto.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo «Caso Operación Chacal» (Sala de lo Penal, Sección 1.º). Sentencia n.º 2/2011 de 15 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo. Voto particular: Ponente. Don Alberto Jorge Barreiro.

⁴⁴ TC (Sala Primera). Sentencia n.º 174/1985 de 17 de diciembre. Ponente: Don Ángel Latorre Segura.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo «Caso Operación Chacal» (Sala de lo Penal, Sección 1.º). Sentencia n.º 2/2011 de 15 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo. Voto particular: Ponente. Don Alberto Jorge Barreiro.

nativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre)»⁴⁶, esto es, que la holgura de la que se hablaba «no presente una plausibilidad ni un grado de verificabilidad que ponga en cuestión la elevada probabilidad que apunta el hecho indiciario a favor de la hipótesis acusatoria»⁴⁷. Si la conclusión es demasiado abierta, se estaría quebrantando el canon de la suficiencia⁴⁸. Tal y como indica el Tribunal, la clave está en la probabilidad, ya que se debe obtener «un grado de certidumbre que, al menos, supera la simple probabilidad o el mero juicio de verosimilitud»⁴⁹, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable»⁵⁰. No obstante, no se puede olvidar lo que también indica el tribunal, y es que «cuando es factible establecer conclusiones alternativas plausibles, basadas en la incertidumbre o la indeterminación, el proceso valorativo debe decantarse por una solución absolutoria»⁵¹.

5. CONCLUSIONES

La condena por falsificar las muestras en las pruebas de orina requiere del uso de la prueba indiciaria, cuyos requisitos jurisprudenciales deben cumplirse. La casuística será la que indique el carácter unidireccional de los indicios. Si a un soldado, ante las sospechas, se le requiere una segunda muestra de orina, a la hora de acreditar la potencialidad del engaño, tiene una gran fuerza incriminatoria el resultado del análisis de la primera muestra de orina. Una primera muestra de orina sospechosa que da negativo, y una segunda muestra de orina que da positivo en el consumo de drogas, son elementos suficientes como para poder condenar por el delito de deslealtad, ya que permiten al

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.º). Sentencia n.º 175/2018 de 12 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Andrés Palomo del Arco.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo «Caso Operación Chacal» (Sala de lo Penal, Sección 1.º). Sentencia n.º 2/2011 de 15 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo. Voto particular: Ponente. Don Alberto Jorge Barreiro.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo «Caso Operación Chacal» (Sala de lo Penal, Sección 1.º). Sentencia n.º 2/2011 de 15 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo. Voto particular: Ponente. Don Alberto Jorge Barreiro.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 1/1996 de 19 de enero. Excmo. Sr. Francisco Soto Nieto.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.º). Sentencia n.º 304/2008 de 5 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.º). Sentencia n.º 304/2008 de 5 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

tribunal, en la historificación de los hechos e indicios, llegar al convencimiento de que el acusado dio una muestra falsa para encubrir su verdadero estado corporal, afectando gravemente al servicio. Si bien, la problemática jurídica estriba en la falta de análisis de la primera muestra presuntamente fraudulenta y que sería el intermedio necesario para condenar a un investigado. Si la cadena de custodia ha sido quebrantada, o si simplemente, la muestra de orina sospechosa se extravía, no existiría la suficiente fuerza probatoria como para incriminar a una persona mediante prueba indiciaria por la simple posesión de un objeto con la capacidad de albergar líquidos en su interior y que no han sido analizados. La falta de la muestra sospechosa impide conocer la potencialidad del engaño y la intencionalidad del sujeto. Por lo que dependerá de las declaraciones que el propio acusado haya exteriorizado en las distintas instancias que investiguen la comisión del delito, en concreto, los argumentos o motivos que proporcione para justificar la posesión del frasco. En algunos casos, dada la singular potencia acreditativa del objeto, el tribunal puede llegar al convencimiento de la entidad del engaño. Basta traer a colación la sentencia analizada en la que se acredita que el investigado portaba un «falo de plástico» con depósito de orina incorporado, cuyo uso y finalidad no puede cuestionarse. En otros casos, la posesión de frascos (colonias o medicamentos para su uso nasal, etc.) no implicarían a priori la intención de cometer un hecho delictivo. El hecho de portar un tarro o recipiente puede ser sospechoso, pero no debe desembocar en probabilidades o conjeturas. Deben acreditarse hechos como que dichos objetos contengan líquidos en su interior, e igualmente, deben concurrir indicios como para constatar que el líquido es orina. Otra circunstancia que podría plantearse sería que el soldado, al intuir que va a ser registrado, vacíe el contenido del frasco rápidamente para evitar su incautación y posterior análisis ante los requerimientos de un superior. En dicho caso, la prueba indiciaria podría aplicarse, ya que las combinaciones de los hechos no constituirían meras conjeturas o probabilidades. En ese supuesto ficticio, habría una singular potencia acreditativa por la grave actitud de desobedecer una orden y deshacerse de un líquido sospechoso en el mismo instante en el que se desarrolla el control. En ausencia de los resultados de la muestra de orina presuntamente fraudulenta, la condena deberá fundamentarse en todo caso en lo observado y declarado por la Policía Militar, sin que existan versiones contradictorias entre los mismos, y de las declaraciones de la persona que se investiga, que igualmente no debe incurrir en contradicciones.

BIBLIOGRAFÍA

- CORTÉS SOTO, R. «La prueba indiciaria». *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 2. 2010.
- DE URBANO CASTRILLO, E.; CALDERÓN CEREZO, Á. «Aceptación de delito de deslealtad. “Non bis in idem” [Crónicas TS (Sala 5.ª) año 2012-2013]». *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2012.
- BALMISA GARCÍA-SERRANO, C.; CALDERÓN CEREZO, Á. «Delito de deslealtad. Parte médico toscamente manipulado. Idoneidad para producir el engaño deseado. Absolución [Crónicas TS (Sala 5.ª) año 2010-2011]». *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2011.
- VV.AA. «Delito de deslealtad: doctrina. Elementos. Especial referencia a los elementos subjetivos del injusto. Ánimo de engañar: se estima. No hay vulneración del derecho a la presunción de inocencia [Crónicas TS (Sala 5.ª) año 2008-2009]». *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Quinta, 19 de septiembre de 2000). Ponente: Fernando Pérez Esteban.
- Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 69/2018 de 14 junio. Ponente: Lorenzo Marroig Pol.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Quinta, 22 de junio de 2001). Ponente: Agustín Corrales Elizondo.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia n.º 73/2017 de 6 julio. Fundamento Jurídico 2.º. Ponente: Excmo. Sr. Javier Juliani Hernan.
- Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sentencia n.º 52/2017 de 19 diciembre. Ponente: Vicente Emilio Palazuelos García.
- Sentencia del Tribunal Supremo. (Sala Quinta, de 5 de abril de 2001). Ponente: Ángel Calderón Cerezo.
- Sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo. Sentencia de 1 febrero 2019. Ponente: Oscar Sánchez Rubio.
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.º). Sentencia n.º 9/2019 de 7 febrero. Ponente: Excmo. Sr. Angel Calderón Cerezo.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.º). Sentencia n.º 175/2018 de 12 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Andrés Palomo del Arco.

- SAP de Vizcaya (Sección 2.º). Sentencia n.º 22/2014 de 20 de marzo. Ponente: Ilmo. Sr. D. Elsa Pisonero del Pozo Riesgo.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.º). Sentencia n.º 409/2013 de 21 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.
- TC (Sala Primera). Sentencia n.º 174/1985 de 17 de diciembre. Ponente: Don Ángel Latorre Segura.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 279/2003 de 12 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Perfecto Andrés Ibáñez.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 266/2005 de 1 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 1755/2000 de 17 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Candido Conde-Pumpido Tourón.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 918/1999 de 9 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia num. 1/1996 de 19 de enero. Excmo. Sr. Francisco Soto Nieto.
- Sentencia del Tribunal Supremo «Caso Operación Chacal» (Sala de lo Penal, Sección 1.º). Sentencia n.º 2/2011 de 15 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo. Voto particular: Ponente. Don Alberto Jorge Barreiro.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 378/1998 de 12 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Soto Nieto.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.º). Sentencia n.º 304/2008 de 5 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado mayor del Consejo de Estado

SUMARIO

I. Comentario general de doctrina legal del Consejo de Estado: 1. La potestad administrativa de interpretación de los contratos. 2. La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes.

1. LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El Consejo de Estado ha emitido diversos dictámenes en interpretación de cláusulas contractuales (dictámenes núms. 877/2017, de 12 de abril; 310/2018, de 11 de enero de 2019; 238/2019, de 11 de abril; 820/2018, de 14 de marzo de 2019 y 945/2019, de 28 de noviembre de 2019), en los que ha ido exponiendo una perfilada doctrina sobre el alcance y el contenido de la potestad administrativa de interpretar los contratos por parte de los órganos de contratación.

Corresponde a la Administración el ejercicio de esa potestad, como auténtica prerrogativa reconocida a su favor en la legislación reguladora de los contratos administrativos y solo respecto de estos. No la tiene atribuida legalmente en los contratos privados, ni aun cuando tengan la consideración de sujetos a regulación armonizada. No obstante, respecto de este último tipo de contratos, se le puede reconocer en el correspondiente

pliego al amparo del principio de autonomía de la voluntad (Código Civil, artículo 1255).

La potestad de interpretar los contratos administrativos estaba reconocida en la Ley 13/1995, de 13 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000 y lo está hoy en el artículo 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Este último precepto citado —al igual que el artículo 60 del primero de los textos legales mencionado y el 59 del segundo— establece que

«Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta...».

El ejercicio de la potestad de interpretar el contrato corresponde al órgano de contratación. Se concretará en el correspondiente acuerdo que deberá aprobarse y revestir la forma que proceda según la autoridad que lo dicte: resolución en el caso de que lo sea un secretario de Estado; orden ministerial, si lo es el titular de un departamento ministerial y, en fin, real decreto si el órgano de contratación es el Consejo de Ministros.

El ejercicio de la potestad de interpretación de los contratos debe sujetarse al correspondiente procedimiento (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, artículo 191 y Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, artículo 93). En él, ha de formularse la propuesta interpretación de la Administración, darse audiencia al contratista, emitirse informe por el Servicio Jurídico (Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, artículo 93) y evacuarse el dictamen de este Consejo en el caso de formularse oposición por parte del contratista.

A los procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, les resulta de aplicación esta norma aun cuando el contrato —en lo tocante a sus disposiciones sustantivas— se rija por disposiciones anteriores. Y ello porque el procedimiento de interpretación, ni es propiamente un expediente de contratación, ni forma parte del de extinción de los contratos. En consecuencia, no le resulta de aplicación lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que previene que

- «1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior (.../...)
2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

Es criterio general de nuestro ordenamiento que, en el caso de cambios legislativos atinentes a cuestiones de procedimientos, los nuevos resulten de aplicación a todos los que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor de las nuevas leyes, con independencia de que las cuestiones sustantivas o de fondo se sustancien con arreglo al derecho anterior.

Así las cosas, en el caso de contratos que se rigen por las leyes anteriores a la de 2017, los procedimientos de interpretación quedan sujetos a las prescripciones establecidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, cuando se inicien con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor, sin perjuicio de que el fondo del asunto se dilucide conforme con las normas sustantivas vigentes al momento de su celebración (Dictamen 238/2019, de 11 de abril).

El procedimiento de interpretación no está sujeto por otra parte a la inexorable declaración de caducidad que previene el artículo 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, cuando se supera el plazo máximo de tramitación establecido —tres meses en aplicación del artículo 21.3 del mismo cuerpo legal—. Ello por cuanto no se trata de un procedimiento en el que se ejerzan por la Administración ni potestades sancionadoras ni de intervención (Dictamen n.º 877/2017, de 12 de abril de 2018).

Están legitimados para intervenir en el procedimiento de interpretación el contratista y, en su caso, los subcontratistas. No obstante, el Consejo ha declarado el carácter legítimo de la intervención de los fondos de inversión, titulares de derechos de crédito a la sazón transmitidos a su favor por entidades concesionarias, en el caso de los procedimientos de resolución y liquidación de los contratos de concesión de autopistas. En efecto, en el Dictamen 238/2019, de 11 de abril, se señaló que «aun cuando ni son parte en los contratos concesionales ni han prestado las garantías cuya pérdida puede decretarse, tienen la condición de interesados conforme con el artículo 4.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Son titulares de intereses legítimos o efectos reflejos que pueden resultar afectados por la resolución que se adopte en este procedimiento de interpretación en la medida en que determinará el contenido de la liquidación contractual correspondiente e incidirá el alcance de aquellos».

La potestad de interpretación subsiste aún después de haberse extinguido el contrato. Dicha pervivencia lo es a los efectos del procedimiento de su liquidación. El Consejo de Estado ha afirmado que dicha potestad pervive también como efecto reflejo de la situación contractual preexistente, señalando que así lo reconoce expresamente el artículo 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Por otra parte, la potestad de interpretar los contratos se ciñe a determinar el alcance y contenido de la voluntad contractual coincidente de las partes. Los procedimientos de interpretación tienen pues un objeto delimitado a este ámbito sin que, ni sea dable extenderlo a otros distintos, ni quepa resolver a través de él solicitudes o pretensiones de diferente índole.

En tal sentido, el Consejo de Estado tuvo ocasión de señalar en el dictamen 945/2019, de 28 de noviembre, que el procedimiento de interpretación no es cauce adecuado para sustanciar las reclamaciones formuladas por los contratistas. Desde el momento en que estos formulan una pretensión indemnizatoria, el cauce a seguir es previsto para las reclamaciones, con independencia de que para resolverlas deba operarse una operación interpretativa de la norma o del pliego contractual. Así las cosas, las reclamaciones formuladas en el seno de una relación contractual que contienen una pretensión de indemnización, ni pueden, ni deben encauzarse como solicitudes de interpretación por el hecho de que la solicitante invoque una cláusula contractual que la Administración considera que no la ampara. Los procedimientos para resolver reclamaciones y para interpretar un contrato tienen objetos y finalidades distintas. Aquellos, pronunciarse sobre una pretensión de indemnización. Estos, por su parte, encontrar la voluntad común de las partes concretada en la cláusula contractual correspondiente.

También ha señalado el Consejo la necesidad de deslindar el procedimiento de interpretación del de resolución de las incidencias surgidas durante el cumplimiento del contrato.

Junta a la prerrogativa de interpretar los contratos, la Administración tiene también la de resolver las incidencias surgidas durante su cumplimiento.

Los procedimientos a seguir en los casos de interpretación del contrato y de resolución de incidencias surgidas con ocasión de su ejecución son parejos. En ambos casos, corresponde al órgano de contratación la adopción de la decisión pertinente previa audiencia del interesado e informes de la Asesoría Jurídica y la Intervención —conforme previene el artículo 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre—. Ahora bien, en el supuesto de interpretación, la oposición del contratista a la formulada por la

Administración comporta que el Consejo de Estado intervenga preceptivamente conforme con lo establecido en el artículo 22.11 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril. Intervención que, por el contrario, no es precisa en el caso de que se trate incidencias surgidas con ocasión de la ejecución.

La distinción entre interpretación y resolución de incidencias surgidas con ocasión de la ejecución de un contrato no es siempre sencilla o fácil. En muchas ocasiones, basta columbrar la cuestión suscitada para incardinarla en una u otra categoría. Pero, en otras, la delimitación de uno y otro concepto exige adentrarse en la controversia surgida entre la Administración y el contratista y examinar su alcance y contenido.

Existe una incidencia cuando esta consiste o trae causa de un incumplimiento por parte del contratista de las previsiones legales y contractuales aplicables, sin que exista duda o discrepancia sobre el alcance y contenido de estas; cuando se trata de divergencias atinentes a la mera cuantificación de las prestaciones de las partes —mediciones y precios aplicables—; cuando en la discrepancia prevalecen los aspectos fácticos; o, en fin, cuando versa sobre aclaración o determinación de aspectos meramente técnicos de las prestaciones.

En las incidencias, puede haber necesidad de interpretar las cláusulas legales o contractuales pero ello no las convierte en cuestiones de interpretación. Lo prevalente en ellas es el hecho controvertido, que tiene fundamentalmente carácter fáctico, y su subsunción en la norma. Por ello, son casos de incidencias aquellos supuestos en los que se discute por las partes el sentido concreto y el alcance que ha de darse al clausulado en atención a las singulares circunstancias fácticas concurrentes. La incidencia requiere, bien la ponderación solo de elementos de hecho, bien de índole jurídica y fáctica pero, cuando se da esta concurrencia, han de prevalecer estos últimos.

Por el contrario, la interpretación requiere la existencia de una duda jurídica; esto es, de una situación de oscuridad que exige averiguar la intención, sentido y voluntad común de los contratantes (Código Civil, artículo 1281, 1282 y 1289) plasmada en la ley del contrato (Código Civil, artículo 1091). Hay duda jurídica en los casos en los que es preciso determinar, en abstracto, el sentido de una norma aplicable o cláusula contractual. La interpretación requiere por tanto la ponderación de elementos, bien estrictamente, bien relevantemente, jurídicos.

Por ello, cae de lleno en el ámbito propio de las cuestiones interpretativas de los contratos las divergencias que versan sobre la determinación de su objeto y del contenido de las obligaciones de las partes cuando se opera con ignorancia de las circunstancias fácticas. Y lo hacen, en el ámbito de

las incidencias, cuando esas mismas divergencias han de dilucidarse a la vista de unos concretos hechos dados (Dictamen n.º 820/2018, de 14 de marzo de 2019).

La potestad de interpretar los contratos se extiende a todo el grupo normativo aplicable a los contratos; esto es, no se limita a las cláusulas contractuales —generales y particulares— sino a todas las normas jurídicas aplicables.

El ejercicio de la potestad está sujeta *mutatis mutandis* a las reglas hermenéuticas generales establecidas en el Código Civil; en particular, en los artículos 1281 y siguientes. Ello comporta que el proceso de interpretación está encaminado a determinar la voluntad de las partes, esto es, su intención común. No tiene por finalidad, ni reconstruir, ni complementar la citada voluntad.

El hito inicial de toda interpretación está en el hecho de que el significado literal de los términos del contrato expresa la intención de las partes (Código Civil, artículo 1281, párrafo primero), sin que proceda «tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones» (Código de Comercio, artículo 57). Ese es el sentido del brocardo *in claris no fit interpretatio*.

Solo en el caso de insuficiencia de la regla expuesta, resultan de aplicación las demás que previene el ordenamiento jurídico. Solo entran en juego cuando existe oscuridad.

Hay oscuridad cuando la literalidad de las cláusulas, bien no permite determinar el supuesto de hecho al que resulta aplicable, bien es incomprensible en todo sentido, bien genera una situación en la que no se sabe en qué forma serán operativas, bien no contempla directamente una regulación precisa para un supuesto de hecho concreto. No la hay por el mero hecho de que la cláusula sea difícil de leer, que pueda contradecir a otras, que presente lagunas, que se oponga a reglas de derecho dispositivo o que no se ajuste a previsiones legales nuevas.

Las reglas subsidiarias de interpretación de los contratos, contenidas en los artículos 1282 y siguientes del Código Civil, se han de aplicar conforme a los siguientes cánones hermenéuticos: el de totalidad, que obliga a hacer una interpretación sistemática de las cláusulas en relación con las otras del propio contrato (Código Civil, artículo 1285); el de finalidad, que comporta que la interpretación debe ser la más adecuada para que el contrato produzca efectos (Código Civil, artículo 1283); el de equivalencia, que implica que la duda debe ser resuelta, en el caso de los contratos

onerosos, en favor de la mayor reciprocidad de intereses (Código Civil, artículo 1289) y, finalmente, el de coherencia o interpretación normativa, que exige que la interpretación sea internamente homogénea (Dictamen n.º 310/2018, de 11 de enero de 2019).

Todos estos cánones tienen un límite de aplicación en la regla contra proferentem, contenida en el artículo 1288 del Código Civil que previene que «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad».

La regla contra proferentem tiene no obstante su ámbito propio. Viene delimitado por la existencia de una oscuridad causada por una de las partes. Cuando no la hay, no opera. No existe oscuridad causada por una de las partes cuando la eventualmente existente deriva de la aplicación de las cláusulas contenidas en los pliegos generales de contratación, ya que estos tienen naturaleza reglamentaria. Por tanto, no es un mecanismo que resulte aplicable cuando la eventual oscuridad de las cláusulas es consecuencia de su integración con las previsiones legales y reglamentarias.

Finalmente, el Consejo de Estado ha señalado que la citada regla tampoco es un mecanismo de retorsión contra quien la estableció, que pueda utilizarse como técnica encaminada a menoscabar su posición jurídica en beneficio de la contraparte. Es técnicamente neutra.

2. LA POTESTAD NORMATIVA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

A lo largo del año 2019, se sometieron a consulta del Consejo de Estado diversos proyectos de circulares del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (dictámenes 775/2019, de 26 de septiembre de 2019; 823/2019, de 7 de noviembre de 2019; 824/2019, de 21 de noviembre de 2019; 825, de 5 de diciembre de 2019; 836/2019, de 14 de noviembre de 2019; 837/2019, de 5 de diciembre de 2019; 942/2019, de 28 de noviembre de 2019 y 975/2019, de 5 de diciembre de 2019). Con ocasión de dichas consultas, el Consejo de Estado ha ido conformando un cuerpo doctrinal sobre estas normas, que se sintetiza en los siguientes criterios:

a) La intervención del Consejo de Estado en el procedimiento de su elaboración es la misma que en el caso de los reglamentos. En efecto, el dictamen de este cuerpo consultivo es preceptivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 22, números 2 y 3, de su Ley Orgánica, el cual, en su redacción actual, establece que «la Comisión Permanente del Consejo de Esta-

do deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) 2. Disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo. 3. Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones».

b) El ejercicio de la potestad reglamentaria de estas autoridades administrativas independientes está reconocido legalmente. El reconocimiento legal está hecho genéricamente en el artículo 129.4. párrafo cuarto de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y específicamente en sus normas reguladoras —v.gr., en el artículo 30 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, en el caso de la CNMMC—.

c) El ejercicio de la potestad normativa de estas autoridades administrativas independientes tiene características propias, tanto frente a la reglamentaria atribuida al Gobierno como entre cada una de las citadas autoridades entre sí.

En el Estado contemporáneo, tal y como hoy se configura bajo las cláusulas del Estado social y democrático de derecho, el ejercicio de la potestad normativa se vincula de ordinario a la existencia de una particular legitimidad política del titular de dicha potestad, legitimidad que explica no solo la atribución de la posibilidad de dictar normas, sino también la propia fuerza de obligar de sus normas y su posición en el orden jurídico. Esto es aplicable, desde luego, a la Constitución y a las leyes, pero también a la potestad reglamentaria del Gobierno, atribuida por el artículo 97 de la Constitución, y que se explica, precisamente, por la responsabilidad política de este órgano (artículos 99 y 108 siguientes de la C.E.). Ello no quiere decir que no sea legítimo desde el punto de vista constitucional la atribución de potestad normativa a los organismos de la denominada Administración independiente (Banco de España, CNMV o CNMC); sin embargo, dicha atribución no tiene, ni la misma intensidad, ni los mismos límites en cuanto a su ejercicio. La posibilidad de atribuir potestad normativa a estas Administraciones —analizada por el Tribunal Constitucional— es legítima desde el punto de vista constitucional. Así, lo dijo la Sentencia 135/1992, que se pronunció sobre el reconocimiento de la potestad de dictar circulares a favor del Banco de España y la Sentencia 133/1997, de 16 de julio, en relación con la potestad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

La razón que justifica, desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, el ejercicio de la potestad normativa por parte de los organismos independientes no es su discrecionalidad («no se legitima por su carácter discrecional»), sino que «la especialización técnica del Banco de España explica y hace razonable, en el contexto constitucional, que se le confíen determinadas misiones por delegación del Gobierno o ex lege».

d) El ejercicio de la potestad normativa de estas autoridades administrativas independientes tiene características propias, tanto frente a la reglamentaria atribuida al Gobierno, como entre las atribuidas a cada una de ellas. No es ni genérica ni uniforme en todos los ámbitos. No ser genérica implica que no cuentan con una competencia general para dictar normas en cualquiera de los ámbitos a los cuales se extiende su supervisión, sino que responde a un principio de atribución: solo tienen potestad para dictar circulares allí donde una norma se lo reconoce expresamente. Tampoco es uniforme: su capacidad normativa depende de la materia a regular y de la atribución que le hace el correspondiente texto legal, pudiendo ser diferente según el ámbito sobre el que opere. Y finalmente es limitada, es decir, no supone ajenidad al derecho —artículo 9.3 de la Constitución— y al ordenamiento jurídico; no es un derecho propio, al margen del resto del ordenamiento jurídico administrativo. Ello implica que las circulares no pueden regular materias que no queden dentro del ámbito material al que se refiere la habilitación existente o que, de alguna forma, han sido atribuidas expresamente a otra autoridad (por ejemplo, al desarrollo normativo por parte del Gobierno o de uno de sus miembros). Y, de otra parte, los límites de la potestad derivan de la sujeción de su ejercicio al resto de las normas vigentes, tanto legales como reglamentarias.

e) En su elaboración han de respetarse ciertas reglas procedimentales imperativas. La caracterización de la potestad que antes se ha efectuado tiene consecuencias relevantes en orden al proceso de elaboración de las circulares. Como se ha señalado, el ejercicio de la potestad normativa no se legitima por su carácter discrecional, sino por su especialización técnica. Por ello, resulta particularmente relevante la justificación técnica de las soluciones adoptadas. Cuando en una circular se recogen medidas susceptibles de afectar de forma relevante a los derechos o deberes de los sujetos que participan en el mercado, es preciso llevar a cabo una justificación técnica adecuada de ellas, analizando sus efectos económicos generales y particulares y las razones las amparan.

Mas cuando, de ordinario, el ejercicio de las potestades públicas va acompañado de mecanismos de responsabilidad, coherentes con la propia naturaleza del órgano al que se atribuye dicha potestad. Y en el caso de las autoridades administrativas independientes, por lo general, no están sujetas a mecanismos de responsabilidad política, pues, por relevante que sean las previsiones contempladas en sus normas reguladoras en relación con el control parlamentario, no se trata propiamente de un mecanismo de responsabilidad política análogo al que comporta su ejercicio por el Gobierno o sus miembros.

f) Las circulares no pueden derogar las normas reglamentarias del Gobierno o sus miembros que hasta ahora regulaban aquellas materias que, como consecuencia de la atribución de competencias operadas por otras normas, son objeto de circulares de las autoridades administrativas independientes. Ello, entre otras razones, porque no existe una relación jerárquica entre unas y otras.

No obstante, la aprobación de circulares que regulan determinados aspectos hasta entonces recogidas en normas reglamentarias tiene como consecuencia que sean ellas las que, a partir de dicho momento, pasen a ser de aplicación, deviniendo inaplicables las que, hasta entonces, lo hacían.

Habida cuenta de que las normas reglamentarias que hasta entonces regulaban esta materia siguen formalmente vigentes, es necesario desde la perspectiva de la seguridad jurídica realizar los ajustes necesarios en el orden jurídico con el fin de derogar las que han devenido inaplicables. Dicha derogación debe hacerse, en cada supuesto específico, por la propia autoridad que dictó la norma, el Gobierno o el titular del departamento.

g) En relación con el procedimiento de elaboración de las circulares de las autoridades administrativas independientes, el Consejo ha afirmado —en relación con la potestad de dictar circulares del Banco de España, el Dictamen 726/2019, y en relación con la CNMV, el Dictamen 745/2019— la cuestión de si les resultan de aplicación las reglas recogidas con carácter general en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y en la Ley 39/2015. Ha dicho que la Ley del Gobierno no les es aplicable, al menos de forma directa, y tampoco el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, de desarrollo de dicha Ley. En efecto, aquella, en su título V, se refiere a la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria del Gobierno y de sus miembros, pero no a las circulares que puedan dictar otros organismos independientes, como el Banco de España o la propia CNMC. Así resulta, en particular, de la enumeración contenida en el artículo 24.1 (que se refiere a los diferentes tipos de normas y acuerdos); y así resulta, igualmente, del régimen recogido en el artículo 26, que toma en consideración de forma explícita las propuestas o proyectos que se elaboran en los departamentos. Si bien la no aplicación de estas previsiones es clara y razonable en unos casos —cuando se regulan aspectos tales como la exigencia de la aprobación previa del Ministerio de Política Territorial y Función Pública o se prevé el informe del Ministerio de la Presidencia—, en otros supuestos —como cuando se regula la memoria de impacto normativo— puede generar vacíos normativos que suscitan mayores dificultades. La memoria es un documento clave para conocer la oportunidad de la propuesta, las al-

ternativas de regulación, los diferentes impactos, la adecuación al derecho nacional y de la Unión Europea o el análisis de cargas.

En lo que hace a la Ley 39/2015, su artículo 129 regula los principios de buena regulación (entre los cuales, se incluyen los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia) y el Consejo de Estado ha afirmado la aplicabilidad de estos principios a las iniciativas normativas de las autoridades administrativas independientes

**REVISTA ESPAÑOLA
DE DERECHO MILITAR.
NORMAS EDITORIALES**

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. NORMAS EDITORIALES

La Revista Española de Derecho Militar, iniciada en el año 1956, publicada en un principio por la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco de Vitoria del el 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 ésta 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 LATINTEX.

Lo publicado en la Revista Española de Derecho Militar 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

REQUISITOS DE LOS TRABAJOS

La Revista Española de Derecho Militar 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, acompañada 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 hará constar, de forma continua y sin puntos y aparte, los distintos apartados y subapartados en los que el tema se va a desarrollar.

El contenido del artículo será desarrollado siguiendo la estructura prefijada en el Sumario. En cuanto al sistema de citas se podrá optar bien por el sistema abreviado, consistente en indicar en el texto, entre paréntesis, el nombre del autor, año de aparición de la obra y número de la página, por ejemplo: (Rodríguez Villasante 1987, p.2), referido a un elenco bibliográfico al final del artículo. O bien el sistema tradicional con notas bibliográficas a pie de página. En cuanto a las citas bibliográficas, siempre Y 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, éstos 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: 2,5 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 nº6, 28047 Madrid, preferiblemente en soporte electrónico, a la siguiente dirección de correo-e: emej@oc.mde.es. Una vez recibidos, se remitirá el correspondiente acuse de recibo.

NORMAS DE EVALUACIÓN

Tras la recepción del texto se procederá a una primera evaluación. Al menos dos miembros del Consejo de Redacción comprobarán que el trabajo se ajusta a los requisitos exigidos sobre extensión y sistema de citas, así como a la temática, metodología científica y líneas editoriales de la REDEM, pudiendo rechazarse aquellos artículos que reproduzcan temas tratados en el número anterior. En el caso de ser rechazado el trabajo, se notificará al autor a quien también se le podrá requerir, en su caso, para que efectúe las correspondientes modificaciones.

Cada colaboración será evaluada mediante el sistema de “doble referee”. A estos efectos la colaboración se remitirá a un miembro del Consejo de Redacción de la Revista, experto en la especialidad de que se trate, y que tendrá la consideración de gestor. Éste 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 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

TITULO 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

