

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

88

JULIO
DICIEMBRE
2006

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

Ministerio de Defensa



REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

DIRECTOR:

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
General Consejero Togado

CONSEJO EDITORIAL:

Ángel Calderón Cerezo, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. María Victoria San José Villacé, Secretaria General Técnica del Ministerio de Defensa. José Luis Fernández Flores y de Funes, Catedrático de Derecho Internacional, ex-Magistrado del Tribunal Supremo. Francisco Blay Villasante, General Consejero Togado. Juan Carlos Girgado Doce, General Auditor. José Jiménez Villarejo, ex-Presidente de las Salas Segunda y Quinta del Tribunal Supremo. Ángel Menéndez Rexach, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Francisco Menchén Herreros, Asesor Jurídico General del Ministerio de Defensa. Javier Mata Tejada, Auditor Presidente del Tribunal Militar Central.

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Rafael Alcalá Pérez Flores, Magistrado. Luis Bernardo Álvarez Roldán, General Auditor. Javier Aparicio Gallego, Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. José Luis Bermúdez de la Fuente, ex-Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. José Manuel Blanque Avilés, Abogado del Estado del Tribunal Supremo. Estanislao Cantero Núñez, General Auditor. Agustín Corrales Elio-zondo, Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Concepción Escobar Hernández, Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Carlos Eymar Alonso, General Auditor. Federico Fernández de Buján Fernández, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, Teniente Coronel Auditor. Francisco Fernández Segado, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Juan Manuel García Labajo, Coronel Auditor. José Leandro Martínez-Cardós Ruiz, Letrado del Consejo de Estado. Rafael Matamoros Martínez, Coronel Auditor. Antonio Millán Garrido, Catedrático de la Universidad de Cádiz. Eduardo Montull Lavilla, General Consejero Togado. Antonio Mozo Seoane, General Consejero Togado. Carlos Pérez del Valle, Magistrado. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid. Fernando Pignatelli y Meca, General Auditor. Diego Ramos Gancedo, General Auditor. Luis Rueda García, Fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.

SECRETARIO:

Jesús Bello Gil
Coronel Auditor

SECRETARIOS ADJUNTOS:

María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera, Lda. Ciencias Políticas y Sociología. David Suárez Leóz, Magistrado. Juan Carlos González Barral, Comandante Auditor. Eva Bru Peral, Capitán Auditor. María África Herrera Alonso, Capitán Auditor

REDACCIÓN:

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

Teléf.: 91 422 07 09

Fax: 91 422 07 08

SUSCRIPCIONES:

Centro de Publicaciones. Secretaría General Técnica: Ministerio de Defensa.
Juan Ignacio Luca de Tena, 30 - 28027 Madrid. Teléf.: 91 205 42 22. Fax: 91 205 40 25
Correo electrónico: Publicaciones@mde.es.
Precio de este número: 1.000 Ptas. (6,01 euros).
Suscripción anual: 1.600 Ptas. (9,62 euros).

Se ruega dirigir la correspondencia de colaboradores e intercambios a la redacción.
Rogamos nos comuniquen los cambios o errores en su dirección.

**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

88

***JULIO
DICIEMBRE
2006***

MADRID

Edita:



NIPO: 076-06-109-4
ISSN: XXXXXXX

Depósito Legal: M-XXXXXX

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares
Fecha de cierre: XXXXX 2007

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

NIPO: 076-06-109-4 (edición en línea)



ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 88 JULIO-DICIEMBRE 2006

— <i>In memoriam</i> Joaquín Peñarubia Iza.....	00
---	----

DOCTRINA

ESTUDIOS

— Resumen de contenidos. Table of contents	00
— Joaquín Peñarubia Iza, «Los derechos del militar en Francia tras el Estatuto General de 2005. Algunas conclusiones para la reforma del Derecho español».....	00
— Santiago Ripol Carulla, «Protección del espacio aéreo y nueva política de Defensa Nacional»	00
— Héctor Olásolo Alonso, «Reflexiones sobre los ataques desproporcionados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional»	00
— Isabel María Romero Lucas, «La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Especial referencia al Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas».....	00

NOTAS

— David Fernández Puyana, «¿Separación de poderes en «tiempo de guerra»? : una respuesta al terrorismo internacional desde la Constitución de los Estados Unidos de América»	00
— José Manuel Oltra García, «El desahucio administrativo de los titulares de vivienda militar»	00
— Francisco Javier Gómez Docampo, «Caducidad y prescripción en los procedimientos disciplinarios militares: Reflexiones en torno a la sentencia del pleno de la Sala 3ª de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 2006».....	00
— Pablo García-Manzano Jiménez de Andrade, «Consideraciones sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y la contratación militar».....	00

— Fernando del Val Esteban, «La indemnización sustitutoria en el derecho de reversión»	00
TEXTOS	
LEGISLACIÓN	
— Por María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera	00
JURISPRUDENCIA	
— Contencioso-administrativa. Por Eva Bru Peral	00
DOCUMENTACIÓN	
— Doctrina Legal del Consejo de Estado. Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz.....	00
— Estados Partes en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario por el Centro de Estudios de DIH de la Cruz Roja Española	00
BIBLIOGRAFIA	
RECENSIÓN DE LIBROS	
— María José Cervell Hortal, «El Derecho Internacional y las armas químicas», por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto.....	00
— José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), «Lucha contra el terrorismo y Derecho Internacional», por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández	00
NOTICIA DE LIBROS	
— Por Emilio Fernández Piñeyro y Hernández.....	00
RECENSIÓN DE REVISTAS	
— Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz	00

INFORMACION

— Premios «José F. de Querol y Lombardero», 2006	00
— Jornadas de la Fiscalía Jurídico Militar	00

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

IN MEMORIAM JOAQUIN PEÑARRUBIA IZA

El pasado diez de agosto falleció, tras una corta y penosa enfermedad, nuestro compañero Joaquín Peñarrubia Iza. Ya han pasado unos meses y aún hoy cuesta sobreponerse a tan dolorosa pérdida cuando en la memoria de quienes nos honramos en haber contado con su amistad perdura, y lo hará por mucho tiempo, la imagen de Joaquín como hombre que derrochaba cordialidad, entusiasmo y vitalidad a raudales.

En reconocimiento a su memoria, la REDEM quiere encabezar con estas líneas todos los trabajos incorporados a este número y publicar, como primero de los Estudios en él incluidos, precisamente el último que Joaquín nos remitió y que presentó también a la última edición del Premio Querol y que dedicó a «Los Derechos del Militar»

Era Joaquín ese amigo con el que siempre te agradaba encontrarte y hablar de la vida en general escuchando sus pareceres siempre tan fundados y positivos, fruto, sin duda, de ser una persona esencialmente cabal y feliz, tanto personal como profesionalmente. Hablaba de su mujer, Alicia, con tal admiración, y de sus cuatro hijos, con tanto orgullo y cariño, que era fácil adivinar cuan afortunado se sentía.

También era Joaquín un entusiasta de su actividad profesional, tan generosamente desplegada en los mas diversos ámbitos: *el Cuerpo Jurídico Militar*, en el que obtuvo el empleo de Capitán Auditor y con el que, después de cesar en la situación de actividad, siempre se esforzó en mantener una estrechísima relación, bien a través de su permanente colaboración con la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, bien mediante su valiosa aportación a esta REDEM de la que era Vocal de su Consejo de Redacción; *la actividad pública* en la que, muy joven por cierto, fue meritoriamente designado para el desempeño de cargos tan relevantes

como los de Secretario General Técnico de la Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid y Director General de Turismo de dicha Comunidad Autónoma, además de ejercer funciones de Consejero en diversas empresas y entes públicos; *la docencia universitaria*, actividad a la que se vinculó muy tempranamente, casi acto seguido de licenciarse, y a la que dedicó gran parte de su vida profesional, ejerciéndola en distintas Universidades, primero como Profesor Colaborador, luego como Profesor Asociado y, finalmente como Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos; y *el ejercicio profesional* que, últimamente, había emprendido como miembro de un prestigioso Despacho de Abogados.

Complemento de su dilatada labor docente ha sido su abundante y creativa actividad investigadora en la disciplina por él cultivada, de la que son manifestación, además de los diversos estudios aportados a nuestra Revista, un muy considerable número de artículos y colaboraciones publicadas en otras Revistas jurídicas de acreditado prestigio, así como algunas obras cuya solvencia ha sido objeto de un común reconocimiento entre los estudiosos de la disciplina, y entre los que es de destacar «Los Presupuestos Constitucionales de la Función Militar», obra de análisis hoy absolutamente imprescindible para un correcto entendimiento de cual es el lugar que ocupa, cual la función y cual la actuación que compete realizar a nuestras Fuerzas Armadas en el orden jurídico que dimana de nuestra Norma Fundamental, hasta el punto de haberse elevado a la categoría de «libro de texto» en la formación que los Alumnos de nuevo ingreso en el Cuerpo Jurídico reciben en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, al tiempo que referente obligado entre las enseñanzas que se imparten en el mismo Centro en otros Cursos dirigidos a los cuadros de Mando de los tres Ejércitos (Curso del Estatuto Jurídico del Militar Profesional)

Tan generosa, fructífera y relevante actividad merece ser objeto de público reconocimiento desde estas líneas de la Revista Española de Derecho Militar y ofrecer a su viuda e hijos como justo homenaje, aunque modesto, la publicación en este número de estas líneas «in memoriam» y del citado trabajo lleno de interés y actividad.

Párticipes de las convicciones religiosas que él profesaba, sólo nos queda decir que, como reza la oración castrense, siempre nos consuela el tener la certeza que Él ya le ha devuelto a la vida, ya le ha llevado a la luz...

Jesús Bello Gil

DOCTRINA

ESTUDIOS

**RESUMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 88
(JULIO-DICIEMBRE, 2006)**

Joaquín Peñarrubia Iza, «Los derechos del militar en Francia tras el Estatuto General de 2005: Algunas conclusiones para la reforma del Derecho español»

La razón de ser de este trabajo es estudiar una nueva realidad a la vista de la legislación y, también, de la más reciente doctrina y de la actual jurisprudencia francesa y europea. El Estatuto general de los militares franceses databa de 1972 y ha sido revisado en 2005, con el fin de tomar en cuenta tanto la evolución de la sociedad como la profesionalización de los Ejércitos. Lo más interesante del estudio no es el mero prurito comparatista del investigador, sino las enseñanzas que para el Derecho español puedan extraerse, cuando se revise el modelo de la regulación de los derechos de los militares en España. Dadas las limitaciones espaciales de un artículo de revista y para no romper el hilo argumental, el trabajo se ha limitado al tratamiento de las comparaciones imprescindibles.

JOAQUÍN PEÑARRUBIA IZA: The rights of military in France after the General Statute of 2005: some conclusions for the Spanish Law reform.

The reason of this article is to study a new reality in the view of legislation and, also, the more recent doctrine and the current French and European jurisprudence. The General Statute of French military dated from 1972 and has been reviewed in 2005, in order to take into account society's evolution as well as the professionalisation of Armed Forces. The most interesting point of the study is not the simple investigator's comparative

urge but the teaching that can be drawn for Spanish Law when reviewing the model of the military's rights regulation in Spain. In view of space limitations that a journal article presents and trying not to break the story line, the study is limited to the treatment of essential comparisons.

Santiago Ripoll Carulla, «Protección del espacio aéreo y nueva política de Defensa Nacional»

El artículo 16 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional se refiere como una de las misiones de las Fuerzas Armadas a «la vigilancia del espacio aéreo y el control del espacio aéreo de soberanía nacional». El nuevo escenario estratégico, caracterizado por la globalización y el nuevo marco de las relaciones internacionales así como por el terrorismo internacional, incide en todas las operaciones que puedan llevar a efecto las Fuerzas Armadas en el cumplimiento de sus misiones. El trabajo se refiere también a la interdependencia entre los Estados en la vigilancia del espacio aéreo y a la participación en el sistema multilateral (Naciones Unidas) de acciones e iniciativas en pro de la paz y la seguridad internacionales.

SANTIAGO RIPOLL CARULLA.—«Air space protection and National Defence new policy».

Article 16 of the Organic Law of National Defence includes «air space surveillance and air space control of national sovereignty» as one of the Armed Forces missions. The new strategic theatre, distinguished by globalization, and the new international relations framework, as by international terrorism, affects all operations that can be carried out by Armed Forces when fulfilling their missions. The study also refers to the different States interdependence in air space surveillance and to participation in multilateral systems (United Nations) of actions and initiatives on behalf of peace and international securities.

Hector Olásolo Alonso, «Reflexiones sobre los ataques desproporcionados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional»

El estudio comienza exponiendo la noción de ataques desproporcionados en un conflicto armado como subcategoría de los ataques indiscrimi-

nados, haciendo especial énfasis en la aplicación de la regla de la proporcionalidad. El artículo analiza los múltiples problemas planteados por el tipo objetivo, con el análisis de la proporcionalidad entre los daños civiles colaterales previstos y la ventaja militar esperada. Se estudia el tratamiento jurídico de los ataques desproporcionados en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y en el Estatuto de Roma, con el ámbito geográfico y temporal de aplicación de la regla de la proporcionalidad. Finalmente es objeto de atención el tipo subjetivo, el alcance del dolo del comandante, la comisión imprudente y el error.

HÉCTOR OLASOLO ALONSO.—«Reflections on disproportioned attacks in the Rome Statute of the International Criminal Court».

The study begins putting forward the notion of disproportioned attacks in an armed conflict as a subcategory of indiscriminate attack, making special emphasis on the application of the rule of proportionality. The article analyzes various problems created by the objective offence type, analyzing the proportionality between the collateral civil damages planned and the military advantage expected. It also analyzes the legal treatment of disproportioned attacks under the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the Rome Statute, in respect to geographical and temporal scope of application of the rule of proportionality. Finally, it analyzes the subjective offence type, the scope of the commander's criminal intention, criminal imprudent perpetration and the error in law.

Isabel María Romero Lucas, «La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Referencia al Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

El estudio examina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, concluyendo que su regulación no es completa por lo que varias cuestiones han quedado a la discreción tanto de las Administraciones Públicas como de los Tribunales de Justicia. Para la autora el sistema de responsabilidad administrativa, que es garantía de los administrados frente a los daños eventuales que puede producir la acción de los poderes públicos, sin embargo no constituye un sistema protector universal que imponga la provisión de prestaciones rescisorias

a cargo de la Administración. Finalmente se analiza la jurisprudencia contencioso-administrativa desestimatoria de los recursos contra el Instituto Social de las Fuerzas Armadas en los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

ISABEL MARÍA ROMERO LUCAS, «The economic responsibility of Sanitary Administration. Reference to the special regime of National Health Service of the Armed Forces».

The study examines economic responsibility of Public Administrations, concluding that its regulation is not complete, so different questions have to be established at the discretion of both Public Administrations and Justice Tribunals. In the author's opinion, the administrative liability system, as a governed guarantee against eventual damages that may be produced by the action of public authorities, does not constitute, however, a universal protective system that imposes the provision of compensatory benefits against the Administration. At the end, it analyzes the contentious-administrative jurisprudence that dismisses appeals against the resolutions of the Social Institute of Armed Forces adopted in economic liability procedures.

LOS DERECHOS DEL MILITAR EN FRANCIA TRAS EL ESTATUTO GENERAL DE 2005: ALGUNAS CONCLUSIONES PAA LA REFORMA DEL DERECHO ESPAÑOL

Por Joaquín M.^a Peñarrubia Iza

SUMARIO

- I. RASGOS DEL MODELO DEL ESTATUTO FRANCÉS DE 2005. 1.—Motivos para un nuevo Estatuto general. Planteamiento. 2.—Evolución del sistema de 1972. 3.—Estatuto legal y estatuto reglamentario. 4.—Simplificación de conceptos. 5.—Desaparición del servicio militar obligatorio. 6.—El concepto de *fidelización*.
- II. RÉGIMEN DE DERECHOS. 1.—Declaraciones y principios generales. *a) Titularidad y ejercicio de los derechos. b) Un sistema paternalista. Evolución. c) Desaparición de determinados permisos previos al ejercicio de un derecho: matrimonio y libertad de expresión. d) La participación en el jurado.* 2.—El derecho de acceso a la función militar. *a) Requisitos generales. b) Igualdad sin distinciones por razón de sexo.* 3.—Las restricciones de determinados derechos fundamentales. *a) La libertad de expresión y la libertad de información. b) La libertad de conciencia. c) El derecho de huelga. d) El derecho de asociación y la sindicación. e) Pertenencia a partidos políticos, sufragio activo y pasivo. f) Derecho de petición. g) Libertad de circulación. g) Libertad de residencia. h) Otras libertades.* 4.—Igualdad entre militares. Unificación de régimen para todas las clases de militares. 5.—Derechos estatutarios. *a) El derecho al «dossier»: acceso al expediente disciplinario, a la hoja de servicios y a los informes personales (notation). Derecho a los recursos en este contexto. b) Los derechos económicos.* 6.—El cese en la condición militar. *a) La dimisión y sus condiciones en relación con el derecho fundamental a la prohibición de trabajos forzados u obligatorios. b) La finalización forzosa.* 7.—El derecho a los recursos.
- III. LAS OBLIGACIONES Y SUJECIONES. 1.—La sujeción del militar. 2.—El deber de obediencia. 3.—La dedicación al estado militar. 4.—Régimen disciplinario y derecho a los recursos en este punto.
- IV. LOS ÓRGANOS DE ESTUDIO, PARTICIPACIÓN Y CONCERTACIÓN. 1.—El Alto Comité de evaluación de la condición militar. 2.—El Consejo Superior de la Función Militar.

V. BREVE RECAPITULACIÓN: ALGUNAS CONCLUSIONES PARA EL SISTEMA ESPAÑOL. 1.—Los motivos para el estudio del nuevo Estatuto francés en relación con el sistema español. 2.—Algunas conclusiones de cara a la modificación del ordenamiento español.

I. RASGOS DEL MODELO FRANCÉS DE 2005

1.—MOTIVOS PARA UN NUEVO ESTATUTO GENERAL. PLANTEAMIENTO.

El Estatuto general de los militares databa de 1972 y ha sido revisado en 2005 con el fin de tomar en cuenta tanto la evolución de la sociedad como la creciente profesionalización de los Ejércitos. Sin dejar de reafirmar los grandes principios sobre los que se fundamenta la condición militar, el nuevo Estatuto general del personal militar realiza algunos avances importantes.

La consideración de un nuevo contexto social plantea la necesidad de evolucionar el Estatuto general, en un doble aspecto. Por un lado, en una revisión del fondo del Estatuto. Por otro, porque su campo de aplicación ha variado sustancialmente, al desaparecer la conscripción. El servicio militar obligatorio ha dado paso a un Ejército profesional, la situación internacional ha evolucionado y, con ella, la manera de empleo de las Fuerzas Armadas¹ y también la sociedad ha evolucionado, dando una mayor importancia a los valores individuales sobre los colectivos y a la necesidad de conciliar la vida profesional con la vida familiar. Por otro lado, también las tradicionales misiones de defensa armada han variado, generalizándose las denominadas misiones de paz, que son actuaciones armadas pero que han dejado parcialmente obsoleto el tradicional concepto del tiempo de guerra. Sobre estas premisas pivota el Estatuto general de 2005, como se destaca en los trabajos previos² y en la tramitación parlamentaria³.

¹ El sistema de conscripción desapareció el día 31 de diciembre de 2002 y se dio paso a un sistema de reserva regulado por la Ley 99-894, de 22 de octubre de 1999, sobre la organización de la reserva militar y del servicio de defensa. Vid. «La réserve militaire», Les documents de travail du Sénat, série Législation comparée, n° LC 143, enero de 2005, pág. 5.

² Vid. el «Rapport de la commission de revision du statut général des militaires», de 29 de octubre de 2003, publicada por el *Ministère de la Défense*, pág. 2. Esta Comisión fue presidida por Renaud DENOIX DE SAINT MARC, Vicepresidente del *Conséil d'État*, de quien toma el nombre. Vid., también, en la memoria que acompañó al Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros de 21 de julio de 2004, págs. 1-2.

³ Sobre estas premisas, también el *Rapport* que se aprobó en el Senado acerca del Proyecto de Ley; vid. *Sénat*, n° 154, *Annexe au procès-verbal de la séance du 26 janvier 2005*, Comisión de Defensa, pág. 10.

Esta Ley es, por tanto, una nueva etapa en la evolución iniciada con el anterior Estatuto de 1972, que supuso la unificación en un texto único de las reglas generales del Estatuto militar, antes disperso en diversas normas propias de cada Ejército y, también, dentro de ellos, de cada cuerpo militar⁴.

2.—EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE 1972.

Aunque después de profundizar en el estudio del Estatuto General de 2005 se manifiesten puntos de profunda evolución, lo cierto es que tras una lectura rápida queda una falsa sensación de que no contiene aparentemente grandes variaciones con respecto a su antecesor de 1972, al menos en la forma, ya que la estructura de la Ley de 2005 coincide en lo sustancial con la del Estatuto anterior⁵.

Es cierto que el Estatuto de 2005 no es rupturista, pero eso no significa que no haya una profunda evolución en algunos aspectos de su regulación, sin aparentes rupturas con el modelo de Función militar de 1972, del cual se ha pretendido una evolución y puesta al día⁶.

Esta idea es evidente cuando el Estatuto General de 2005 reitera de manera prácticamente literal aquellos preceptos de la Ley de 1972 de los que se deduce un concepto fuertemente institucional. Si los sociólogos distinguieron tradicionalmente entre el modelo profesional y el modelo institucional de Fuerzas Armadas, el Estatuto francés sigue siendo, claramente y sin ninguna duda, un modelo totalmente institucional⁷. Así se entienden

⁴ La doctrina francesa acepta la coexistencia de diversos estatutos como algo necesario. Así, clasifica esa diversidad en estatutos generales, particulares y especiales. Cfr. Jean-Marie AUBY, Jean-Bernard AUBY, Didier JEAN-PIERRE y Antony TAILLEFAIT, «Droit de la fonction publique», Dalloz, París, 5ª ed., 2005, pág. 52 y ss. Jean-François LACHAUME, «La fonction publique», Dalloz, París, 3ª ed., 2002, págs. 25 y ss.

⁵ En este sentido. Xavier LATOUR, «Le nouveau statut général des militaires et la concertation dans les forces armées», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 4 de 2005, págs. 770 y ss. También Gaëlle BOSSIS, «L'évolution du régime disciplinaire des militaires, entre volonté du législateur et contrôle du juge», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 4 de 2005, págs. 778 y ss.

⁶ En este sentido, *Rapport* del Senado sobre el Proyecto de Ley; vid. *Sénat*, n° 154, *Annexe au procès-verbal de la séance du 26 janvier 2005*, Comisión de Defensa, págs. 8 y 9.

⁷ La sociología anglosajona ha trabajado, por un lado, en la idea de hacer del Ejército un instrumento del Estado y sometido al poder legítimamente establecido; Esta afirmación lleva a negar una posible autonomía o la existencia de una esfera militar más o menos independiente del denominado «poder civil». Vid. Samuel P. HUNTINGTON, «The soldier and the State», Harvard University Press, Cambridge, 1957, págs. 83 y ss. Por

las menciones de los dos primeros párrafos del artículo 1 de esta Ley de 2005, referentes a las misiones de las Fuerzas Armadas y a las sujeciones y derechos que comporta la vida militar⁸:

«El Ejército de la República está al servicio de la Nación. Su misión es preparar y asegurar por la fuerza de las armas la defensa de la patria y los intereses superiores de la Nación.

El estado militar exige en toda circunstancia espíritu de sacrificio, hasta llegar al sacrificio supremo, disciplina, disponibilidad, lealtad y neutralidad. Los deberes que comporta y las sujeciones que implica merecen el respeto de los ciudadanos y la consideración de la Nación».

También es el sentido de plenitud de dedicación a la carrera, contemplando lo militar no como un oficio sino como un estado de la persona, que no acaba con la jornada laboral ni con la permanencia en los recintos militares. Así, conforme al artículo 7.1, «Los militares pueden ser llamados a servir en todo momento y en todo lugar», lo que es tanto como decir que son militares en todo tiempo y espacio, si bien se introduce una matización importante a este principio en el Reglamento de Disciplina General, ya que para evitar el rigor innecesario de este principio establecido por la Ley, se matiza que la disciplina militar tiene la doble finalidad de responder a las exigencias del combate y a las necesidades de la vida en una organización, pero añadiendo que sus manifestaciones son distintas según que se esté actuando dentro del servicio o fuera de él⁹.

otro lado, de manera esquemática, ha trabajado sobre la idea de diferenciar el tradicional concepto del Ejército, denominado *institucional*, en el cual el militar está siempre de servicio y debe comportarse en todo momento según las especiales reglas de la institución militar, por el que han denominado como concepto *ocupacional* de las Fuerzas Armadas, que considera que el servicio es un trabajo como otro y que dura lo que la jornada laboral. Así, Charles C. MOSKOS y Frank R. WOOD (directores), «The Military, more than just a job?», Pergamon-Brassey's International Defense Publishers, Inc., 1988; traducción española, «Lo militar: ¿Más que una profesión?», Ministerio de Defensa, Madrid, 1991. También Morris JANOWITZ «The professional soldier», The Free Press, Nueva York, 1971; traducción española, «El soldado profesional», Ministerio de Defensa, Madrid, 1989.

⁸ La Ley está publicada en el *Journal Officier* n° 72 de 26 de marzo de 2005. La traducción española de todos los preceptos legales y reglamentarios que se transcriben en este trabajo es mía.

⁹ Artículo 1.2 del Decreto n° 2005-796, de 15 de julio de 2005, por el que se regula la Disciplina General Militar (*JO* n° 165, de 17 de julio de 2005).

3.—ESTATUTO LEGAL Y ESTATUTO REGLAMENTARIO.

Por otro lado, la Ley es relativamente escueta y se remite expresamente a la regulación reglamentaria, incluso previendo que salvo en determinadas materias, los reglamentos podrán dejar sin efectos (*derogar*, dice el original francés) una gran parte de las menciones que hace la Ley para determinados cuerpos militares (artículo 2.2):

«Los Estatutos particulares de los militares son fijados por decreto aprobado en Consejo de Estado. Pueden contravenir las disposiciones de la presente Ley que no respondan a las necesidades propias de un cuerpo particular, con excepción de las que figuran en el título primero y de las relativas al reclutamiento, a las condiciones de ascenso y a los límites de edad».

Esta circunstancia que para nosotros puede ser llamativa, no lo es en el Derecho francés, en el que es sabido que la Constitución de 1958 estableció una peculiaridad en el constitucionalismo comparado, como es la del principio de reserva reglamentaria, materias en las que es el reglamento y no la Ley la fuente formal que debe establecer las normas¹⁰. Una de las materias objeto de esa reserva reglamentaria es, precisamente, la de la regulación del Estatuto de los funcionarios, con excepción de lo referido a las garantías fundamentales de los derechos de los funcionarios civiles y militares¹¹. Por eso no debe extrañar que haya varios reglamentos que

¹⁰ Se ha considerado que el art. 37 de la Constitución de 1958 es una de sus aportaciones más originales. Así, Raymond BARILLON, Jean-Michel BÉRARD, Marie-Hélène BÉRARD, Georges DUPUIS, Alain GRANGÉ-CABANE, Yves MÉNY, «Dictionnaire de la Constitution», Editions Cujas, París, 1976, pág. 255. Michel de VILLIERS, «Dictionnaire du droit constitutionnel », Armand Colin (Éditions Dalloz), París, 5ª. edición, 2005, págs. 93-94. Lucien HUBERT, «La Constitución de la Vª República francesa», traducción española de José Manuel LACLETA, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1960, págs. 100-104.

¹¹ Conforme al art. 34 de la Constitución de 1958. Entre las publicaciones más recientes que comentan este principio, vid. Pierre PACTET y Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, «Droit constitutionnel», Armand Colin (Éditions Dalloz), París, 24ª. ed., 2005, págs. 600 y ss. Jean-Marie AUBY, Jean-Bernard AUBY, Didier JEAN-PIERRE y Antony TAILLEFAIT, «Droit de la fonction publique», Dalloz, París, 5ª. ed., 2005, pág. 45. Bernard STIRN, «Les libertés en questions», Montchrestien, París, 2002, pág. 15. El clásico de Maurice DUVERGER, «Droit Constitutionnel, Institutions Politiques, II», 4ª. ed., PUF, París, 1959, págs. 560-562. En la reciente doctrina española, la magnífica obra de José Manuel VERA SANTOS, «Las Constituciones de Francia», Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 617.

complementan el Estatuto general fijado por la Ley. En definitiva, la consideración de que el Estatuto de los militares contiene restricciones y garantías de derechos es lo que motiva que el Estatuto general se apruebe por una Ley emanada del Parlamento y no por reglamento¹².

Además, el sistema estatutario que esboza la Ley no sólo admite su complemento reglamentario para determinados Cuerpos particulares¹³, sino que se complementa con posteriores desarrollos reglamentarios también en el sistema de estatuto general, notablemente con el Reglamento de Disciplina General de julio de 2005 y el de Régimen disciplinario, también de julio de 2005, con el reglamento regulador de la organización del Consejo Superior de la Función Militar, con el de la Alta Autoridad y otros que iremos mencionando a lo largo de este trabajo.

4.—SIMPLIFICACIÓN DE CONCEPTOS

Otra característica de este Estatuto de 2005 es la de la simplificación de algunas materias con respecto a la Ley de 1972, en asuntos tales como la clasificación de los militares, las clases de sanciones disciplinarias, las situaciones administrativas o la regulación de los derechos. Ciertamente el régimen es parecido al de 1972, pero de manera simplificada, agrupando conceptos comunes para evitar la excesiva complicación terminológica¹⁴.

5.—DESAPARICIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

Además, destaca también como característica propia del Estatuto de 2005 el hecho de la desaparición de toda referencia al servicio militar, que sí se mencionaba en el Estatuto de 1972 al establecer las clases de militares o la regulación de la afiliación a partidos políticos o de la libertad de expresión. Aunque fue Francia el país en el que surgió el concepto de la «Nación en armas» que caracterizaba hasta hace poco a muchos ejércitos modernos, lo cierto es que se está produciendo una evidente profesionali-

¹² Así, Jean-François LACHAUME, «La fonction publique», Dalloz, París, 3ª ed., 2002, pág. 27.

¹³ Destaca el estatuto particular de la Gendarmería, aprobado por Decreto nº 2005-274, de 24 de marzo de 2005.

¹⁴ En este sentido, respecto a las sanciones, Gaëlle BOSSIS, «L'évolution du régime disciplinaire des militaires entre volonté du législateur et contrôle du juge», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 4 de 2005, pág. 779.

zación de sus Fuerzas Armadas con la eliminación del servicio militar obligatorio y esa es la realidad que recoge este nuevo Estatuto.

6.—EL CONCEPTO DE FIDELIZACIÓN

Una de las características novedosas de esta Ley de 2005 es el concepto de fidelización, en el que inciden con gran énfasis los trabajos preparatorios.

La evolución del Ejército de conscripción al Ejército voluntario ha supuesto la concurrencia de la organización militar con cualesquiera otros posibles empleos, en el momento del reclutamiento y también posteriormente, especialmente en este caso para el personal cualificado¹⁵. Surge, entonces, una nueva necesidad de hacer atractiva la carrera de las armas para la población y, por ello, diversas novedades del Estatuto se dirigen en esta dirección. Así, se establecen nuevas medidas de protección de carácter económico, se facilita la transición desde la Función militar a la civil después de unos años de servicio, se atenúa el rigor con el que tradicionalmente se exigía la disciplina en el Ejército francés o se da un régimen estatutario único o semejante para todas las clases de militares (derechos, situaciones administrativas, carrera)¹⁶.

II. RÉGIMEN DE DERECHOS

1.—DECLARACIONES Y PRINCIPIOS GENERALES

a) Titularidad y ejercicio de los derechos

La regulación que hace el Estatuto de 2005 coincide sustancialmente con la de la Ley de 1972, aunque en algunos matices de importancia

¹⁵ Así lo destaca la doctrina. Vid. Jean-Marie AUBY, Jean-Bernard AUBY, Didier JEAN-PIERRE y Antony TAILLEFAIT, «Droit de la fonction publique», Dalloz, París, 5ª ed., 2005, pág. 410.

¹⁶ La clasificación fundamental distingue entre los militares de carrera y los demás. Conforme al artículo 24 de la Ley, los militares que no sean de carrera pueden servir como: 1º. Oficiales bajo contrato; 2º. Militares alistados; 3º. Militares comisionados; 4º. Voluntarios; 5º. Voluntarios en prácticas del servicio militar adaptado; 6º. Militares de servicio como extranjeros. En los artículos siguientes del Estatuto se define cada una de estas subclasificaciones

evoluciona y se separa de su antecesor. El pórtico de la regulación de los derechos y deberes se reitera literalmente: Comienza la regulación de los derechos civiles y políticos de los militares con una declaración general, contenida en el artículo 3 de la Ley, conforme a la cual los militares son titulares de todos los derechos y libertades inherentes a la condición de ciudadano, aunque es posible su limitación¹⁷. Así, dice este artículo 3 que:

«Los militares gozan de todos los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos. Sin embargo, el ejercicio de algunos de ellos está o bien prohibido, o bien restringido en las condiciones fijadas por la presente Ley».

El matiz de este precepto es importante, en cuanto acepta la doctrina, reiterada por el TEDH, de que todas las personas son titulares de los derechos, singularmente de los fundamentales, si bien las Leyes pueden restringir su ejercicio en determinadas circunstancias¹⁸, manteniendo el legislador francés una mención de mayor intensidad como es la de la prohibición, no sólo restricción, del ejercicio de determinados derechos¹⁹, además de la mención de la permanencia de servicio en todo momento, que podemos considerar como una restricción genérica²⁰. Las

¹⁷ Según LAUBADÈRE, es un principio general la aplicación a los funcionarios del derecho común en materia de libertades públicas, y esta es la interpretación que merecía el artículo 6 del Estatuto de los militares de 1972, literalmente coincidente con el art. 3 del Estatuto de 2005. Vid. André de LAUBADÈRE, «Traité de droit administratif», Tomo II, LGDJ, 10ª. edición, realizada por Jean-Claude VENEZIA y por Yves GAUDEMET, París, 1995, págs. 129-130.

¹⁸ Cfr. TEDH, Auto de inadmisión de 20 de mayo de 2003, *Camacho López Escolar contra España*, que admite la existencia de restricciones de derechos necesarias para el mantenimiento de la disciplina. Este auto reitera la doctrina del propio TEDH conforme a la cual, sin embargo, la existencia de los derechos «no se para a la puerta de los cuarteles», sino que es plena también para los militares, establecida en la sentencia *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi contra Austria*, de 19 de diciembre de 1994, citada posteriormente por la sentencia de 25 de noviembre de 1997, *Grigoriades contra Grecia*.

¹⁹ Justificada por el hecho de que los derechos en el ámbito de la función pública se ejercen en un contexto diferente al que tienen los demás ciudadanos, como dice Jean-François LACHAUME, «La fonction publique», Dalloz, París, 3ª ed., 2002, pág. 22.

²⁰ Así, una voz autorizada en cuestiones de libertades públicas como J. ROBERT, considera que el estatuto francés opta por una tercera fórmula, distinta a las dos tradicionales acerca del reconocimiento de los derechos a los militares. Ni se considera a los militares unos ciudadanos como los demás, ni se hace de los militares unos ciudadanos aparte de los demás, sino que se les somete a la consideración de que son unos funcionarios de un tipo particular. Cfr. Jacques ROBERT, «Droits de l'homme et libertés fondamentales», con la colaboración de Jean DUFFAR, Montchrestien, París, 5ª ed., 1994, pág. 181.

restricciones de los derechos se han basado siempre en la aplicación del principio de disciplina, por el cual «la force armée est essentiellement obéissante», enunciado tempranamente en el Decreto de 12 de diciembre de 1790²¹

b) Un sistema paternalista. Evolución

Una de las características fácilmente apreciables del sistema francés es el del paternalismo, contrapeso y consecuencia de las prohibiciones o restricciones del ejercicio de algunos derechos y de la concepción de la situación de funcionarios civiles y militares como una situación estatutaria, es decir, definida legal y reglamentariamente²². Se dice que se restringe el ejercicio de los derechos, se dice que el sacrificio es característica de la dedicación al estado militar, pero que ello no es problema porque el Estado está obligado a velar por quienes escogen la noble dedicación al ejercicio de las armas. Esta mención se establece en varios preceptos del Estatuto, como el artículo 15 respecto a conductas externas²³ o los preceptos

²¹ En materia de derechos de los militares franceses, es clásica la cita de Michel SÉNÉCHAL, «Droit politiques et liberté d'expression des officiers des Forces Armées», LGDJ, París, 1964. Muchos de sus planteamientos se han ido plasmando en el Derecho positivo francés posterior, sobre todo a partir de la Ley del estatuto militar de 1972.

²² Además de la doctrina citada más arriba, vid. Jean-Marie AUBY, Jean-Bernard AUBY, Didier JEAN-PIERRE y Antony TAILLEFAIT, «Droit de la fonction publique», Dalloz, París, 5ª ed., 2005, págs. 47 y ss.

²³ «Los militares están protegidos por el código penal y las Leyes especiales contra las amenazas, violencias, vías de hecho, injurias, calumnias o ultrajes de los que puedan ser objeto.

El Estado está obligado a protegerles contra las amenazas y ataques de que puedan ser objeto con ocasión del ejercicio de sus funciones y de reparar, llegado el caso, el perjuicio que haya resultado. Se subroga en los derechos de la víctima para obtener de los autores de las amenazas o ataques la restitución de las cantidades debidas a las víctimas.

Puede ejercer, con este mismo fin, una acción directa, si es necesario por la vía de constituirse en parte civil, ante la jurisdicción penal.

El Estado está también obligado a acordar su protección al militar en el caso de que sea objeto de acciones penales con ocasión de hechos que no sean estrictamente faltas personales.

En caso de demandas ejercidas por un tercero contra militares por actos del servicio, el Estado debe en la medida en que no se trate de meras faltas personales cometidas en el ejercicio de sus funciones, cubrir las condenas civiles pronunciadas contra ellos.

Los cónyuges, hijos y ascendientes directos de los militares se benefician de la protección del Estado cuando, como consecuencia de las funciones de estos últimos, sean víctimas de amenazas, violencias, vías de hecho, injurias, calumnias o ultrajes.

dedicados a la cobertura económica o asistencial de los riesgos que asume el militar²⁴.

También es paternalista el sistema de función pública civil. La Ley de 13 de julio de 1983 constituye el Estatuto general de la función pública y establece algunas matizaciones al ejercicio de algunos derechos de los funcionarios, básicamente, sobre la libertad de expresión, de sindicación y de huelga, por lo cual otorga a los funcionarios una especial protección, plasmada en el artículo 11 del Estatuto de la Función pública²⁵. Este principio, trae causa desde el Código de enjuiciamiento criminal napoleónico de 1808²⁶ y se completa con lo previsto en el propio artículo 11, en el sentido de que la colectividad pública debe proteger a los funcionarios «contra las amenazas, violencias, vías de hecho, injurias, calumnias o ultrajes de los que puedan ser víctimas con ocasión de sus funciones, y reparar, en caso oportuno, el perjuicio que haya resultado». En todo caso, esta protección encuentra su apoyo y su lógica en un sistema como el francés, donde históricamente una de las preocupaciones del Consejo de Estado ha sido la protección jurídica de los funcionarios frente a toda perturbación, interna o externa²⁷.

Pero este paternalismo es expresa y singularmente fuerte en relación con las restricciones de los derechos colectivos y de los de carácter vindicativo: «Es obligación del superior, en todos los niveles, velar por los intereses de sus subordinados y rendir cuentas, por conducto jerárquico, de todo problema de carácter general que llegue a su conocimiento», dice el artículo 6.3 del Estatuto de 2005.

Todas estas manifestaciones de ese paternalismo provienen de la tradición jurídica respecto a toda la función pública, militar y civil, y han pasado a la Ley de 2005 desde el Estatuto de 1972, manteniéndose.

²⁴ La concepción francesa no responde exactamente, pues, a la idea de «ciudadano de uniforme», sino a lo que significa la expresión «un citoyen servant sous les drapeaux». Cfr. Bernard PICHEREAU y Claude ORS, «Les droits de l'homme dans les Forces Armées», en *Les droits de l'homme dans les forces armées*, séptimo congreso internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra, celebrado en San Remo en septiembre de 1976; vol. II, Bruselas, 1978, pág. 636.

²⁵ Según el cual «los funcionarios se benefician, con ocasión de sus funciones, de una protección organizada por la colectividad pública de la cual dependen, conforme a las reglas establecidas por el Código penal y las Leyes especiales».

²⁶ André de LAUBADÈRE, «Traité de droit administratif», Tomo II, LGDJ, 10ª edición, realizada por Jean-Claude VENEZIA y por Yves GAUDEMET, París, 1995, pág. 130.

²⁷ Un aspecto muy importante de la obra jurisprudencial «consiste sobre todo en la constancia con la cual, hasta la Gran Guerra en todo caso, el Consejo [de Estado] se encargó de mejorar su defensa contra las perturbaciones que sus carreras pudieran sufrir», dice François BURDEAU, «Histoire du droit administratif», PUF, París, 1995, págs. 300 y ss.

c) Desaparición de determinados permisos previos al ejercicio de un derecho: matrimonio y libertad de expresión

Ahora bien, la evolución y puesta al día del Estatuto se aprecia claramente en que hay otras manifestaciones de paternalismo que no han pasado de la Ley anterior a esta. Así, han desaparecido los permisos que con carácter previo debía solicitar el militar al ministro para poder ejercer determinados derechos²⁸.

En el Estatuto de 1972 se mantenía la necesidad de solicitar y obtener permiso del ministro para contraer matrimonio²⁹. Esta autorización no se exigía con carácter general, pero sí en determinados casos establecidos en el artículo 14, como para los miembros de la gendarmería en todo caso, para los militares de origen extranjero o para el caso de que el futuro cónyuge del militar fuese extranjero. En el nuevo Estatuto, ha desaparecido toda mención al matrimonio, con lo cual rige el Derecho común y no es necesario obtener ningún permiso.

Otra materia en la que se hacía necesaria la obtención de autorización para el ejercicio de un derecho era en relación con la libertad de expresión, materia en la cual los militares debían obtener la autorización previa del ministro cuando quisieran expresarse públicamente sobre cuestiones políticas o que se refiriesen a una potencia extranjera o una organización internacional, así como para tratar públicamente las cuestiones militares que no fueran secretas. Respecto a estas últimas cuestiones, era necesaria la existencia de una instrucción ministerial que estableciera en qué casos se podía expresar el militar sin necesidad de autorización previa, lo cual significa que sin previsión expresa en esas instrucciones, no había libertad de expresión. Toda esta regulación ha desaparecido de la nueva Ley, sin duda en la consideración de que ese paternalismo hoy está superado por la necesidad de otorgar libertad y responsabilidad a los ciudadanos, incluidos los militares, dejando a su decisión libre la restricción o no de su libertad de expresión, sabiendo que el ejercicio excedien-

²⁸ Las autorizaciones previas han sido admitidas por la jurisprudencia francesa, pero siempre con carácter restrictivo, dando prioridad a los derechos. Vid. el clásico de Jean RIVERO, «Les libertés publiques. Tome 1. Les droits de l'homme», PUF, París, 8.^a ed., 1997, pág. 187.

²⁹ Si bien esta Ley redujo los supuestos en los que había que pedir ese permiso. Vid. Arlette HEYMANN-DOAT, «Libertés publiques et droits de l'homme», LGDJ, París, 2.^a ed., 1992, págs. 101-102.

dose de las restricciones impuestas puede acarrear la aplicación de las normas disciplinarias³⁰.

d) La participación en el jurado

Una excepción al ejercicio de un derecho-obligación de los ciudadanos era la participación en los jurados, que quedó prohibida para los militares y así se recogió en el Código Procesal Penal. Sin embargo, el Estatuto de 2005 ha terminado con esta excepción al considerarla injustificada, dado que la condición de militar no es obstáculo en absoluto para ejercer con imparcialidad la función de jurado³¹ y, por tanto, a partir de ahora, los militares tomarán parte en la institución del jurado como ciudadanos normales, salvo los miembros de la Gendarmería, para quienes continúa vigente esta excepción en la consideración de sus funciones policiales³².

2.—EL DERECHO DE ACCESO A LA FUNCIÓN MILITAR

a) Requisitos generales

Para el ingreso en la función militar, al que la Ley denomina reclutamiento, se exige unos requisitos de carácter general, como no estar privado de derechos, tener las aptitudes exigidas para el ejercicio de las funciones a las que se aspire, tener diecisiete años o dieciséis para ser voluntario o alumno en una escuela militar, si bien el menor no eman-

³⁰ Se pregunta J. ROBERT si la obligación de reserva de los militares llega a tal extremo que deba entenderse como una obligación de silencio, para llegar a la conclusión de que la primera no debe llevar a una prohibición absoluta de la expresión. Considera que la tendencia natural de las altas jerarquías de eliminar los pensamientos originales y, por ello, saludables, llevarían a una esclerosis del pensamiento y de la investigación en el ámbito militar. Cfr. Jacques ROBERT, «Droits de l'homme et libertés fondamentales», con la colaboración de Jean DUFFAR, Montchrestien, París, 5.^a ed., 1994, pág. 506.

³¹ Tal y como propuso la Comisión Denoix de Saint Marc, en su *Rapport*, cit., págs. 8 y 10.

³² En efecto, algunas categorías de funcionarios siguen sin participar en esta institución. El artículo 94 del Estatuto general de los militares, modifica el número 4º del artículo 257 del Código procesal penal para excluir a los «funcionarios de los servicios de policía o de la Administración penitenciaria y militar de la gendarmería, en situación de servicio activo».

cipado deberá contar con el consentimiento de su representante legal. Respecto al requisito de tener nacionalidad francesa, es exigido con carácter general³³, si bien presenta algunas excepciones para servir en virtud de contrato, cuando el reclutamiento se produce bien como militar comisionado, bien sólo para una guerra, o bien en condición de extranjero.

b) Igualdad sin distinciones por razón de sexo

Finalmente, ha desaparecido del Estatuto cualquier referencia al sexo del aspirante³⁴. El Consejo de Estado fue precursor en la materia, ya que subordinó las restricciones al reclutamiento de las mujeres para su ingreso en la Función pública a las necesidades que resultaran de «razones del servicio»³⁵. Ciertamente, durante decenios se entendió que esas razones existían en el ámbito militar, pero la consideración jurisprudencial del derecho a la igualdad primero³⁶ y, después, la necesidad de reclutar personal suficiente tras la desaparición del servicio militar obligatorio, son las circunstancias que han abierto plenamente la incorporación de la mujer a los Ejércitos europeos. En el Derecho francés, ello significa que existe plena igualdad para el acceso a la condición de militar para mujeres y hombres, como declaró la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁷, hasta el punto de que según las estadísticas manejadas por las autoridades francesas, las Fuerzas Armadas de este país son las que tienen un mayor grado de personal femenino, tras las de los Estados Unidos³⁸. Igualmente, en el

³³ Es sabido que la jurisprudencia comunitaria exige, como manifestación del principio de libre circulación, la aceptación de los nacionales de los otros Estados miembros de la UE para el ingreso en la función pública, con las únicas excepciones de aquellas funciones en las que haya una participación directa del ejercicio del poder público, como ocurre en el ámbito militar. Vid. las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de diciembre de 1980, *Comisión contra Reino de Bélgica* (asunto 149/79) y de 30 de septiembre de 2003, *ANAVE* (asunto C-405/01).

³⁴ Vid. Bernard STIRN, «Les libertés en questions», Montchrestien, París, 2002, pág. 82.

³⁵ Consejo de Estado, 3 de julio de 1936.

³⁶ En la jurisprudencia europea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de enero de 2000, asunto *Kreil contra Alemania* (C-285/98). Vid. Louis FAVOREU (coord.), «Droit des libertés fondamentales», Dalloz, París, 2ª ed., 2002, pág. 463. La jurisprudencia francesa se cita en la nota siguiente.

³⁷ Consejo de Estado, 11 de mayo de 1998, *Melle. Aldige, Rec. CE*, pág. 708. En esta sentencia, declaró el Consejo de Estado la ilegalidad del Decreto que limitó al 20% del reclutamiento anual el ingreso de mujeres en el Cuerpo del Comisariado del Ejército de Tierra.

³⁸ Cfr. Comisión Denoix de Saint Marc, *Rapport*, págs. 35-36.

desarrollo de la relación estatutaria del militar femenino no puede haber ninguna diferencia o discriminación con los varones³⁹.

3.—LAS RESTRICCIONES DE DETERMINADOS DERECHOS FUNDAMENTALES

a) La libertad de expresión y la libertad de información

Por lo demás, la regulación de la libertad de expresión permanece igual. Se matiza mucho el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, que resulta ampliamente restringido, mediante restricciones de carácter genérico y de carácter específico⁴⁰.

En primer lugar, se establecen unas restricciones genéricas, que ya se contenían en el Estatuto de 1972 y que consisten en que las opiniones no podrán ser expresadas más que fuera del servicio y con la reserva exigida por el estado militar. Además, esta regla se aplica a todos los medios de expresión, cualesquiera que sean⁴¹.

En cuanto a las restricciones específicas, vienen determinadas porque el Estatuto de 2005 no ha previsto la autorización previa que era necesaria en todo caso conforme a la Ley de 1972 y que sólo se exceptuaba en los casos permitidos de manera expresa por una instrucción ministerial. Por

³⁹ Principio consagrado por la jurisprudencia para la función pública civil, que se ha extendido a la militar. Vid. Bernard STIRN, «Les libertés en questions», op. cit., pág. 82.

⁴⁰ El artículo 4 del Estatuto de 2005, dice:

«Las opiniones o creencias, fundamentalmente filosóficas, religiosas o políticas, son libres.

Sin embargo, no podrán ser expresadas más que fuera del servicio y con la reserva exigida por el estado militar.

Esta regla se aplica a todos los medios de expresión. Pero no será obstáculo al libre ejercicio de los cultos religiosos en los recintos militares y a bordo de los barcos de la flota.

Independientemente de las disposiciones del código penal relativas a la violación del secreto de la defensa nacional y del secreto profesional, los militares deben dar prueba a de discreción para todos los hechos, informaciones o documentos sobre los que hayan conocido en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones. Fuera de los casos expresamente previstos por la Ley, los militares sólo pueden ser eximidos de esta obligación por decisión expresa de la autoridad de la cual dependan.

El uso de los medios de comunicación y de información, cualesquiera que éstos sean, puede ser restringido o prohibido para asegurar la protección de los militares en campaña, la ejecución de su misión o la seguridad de las actividades militares».

⁴¹ La obligación de reserva para la función pública, que se menciona expresamente en el estatuto, fue creación jurisprudencial o pretoriana, como la llama Bernard STIRN, «Les libertés en questions», Montchrestien, París, 2002, pág. 82.

ello, se han establecido unas restricciones específicas al ejercicio de la libertad de expresión que no se contemplaban en la regulación anterior.

Por un lado, se recuerda que la violación del secreto de la defensa nacional y del secreto profesional están sancionadas penalmente.

Por otro, se prevé que los militares deben dar prueba de discreción para todos los hechos, informaciones o documentos sobre los que hayan conocido en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones, regla que sólo admite dos excepciones; por un lado, que la Ley haya previsto expresamente la posibilidad de eximir en un caso esta obligación; por otro, que haya una decisión expresa de la autoridad de la cual dependan.

La tercera restricción específica consiste en la previsión de que el uso de los medios de comunicación y de información, cualesquiera que éstos sean, puede ser restringido o prohibido para asegurar la protección de los militares en campaña, la ejecución de su misión o la seguridad de las actividades militares. Si se analiza esta previsión se ve inmediatamente que se refiere a varias realidades, como la libertad de información en su vertiente negativa del derecho a ser informado, así como a la libertad y secreto de la correspondencia y de las telecomunicaciones (por ejemplo a través del teléfono móvil), así como a la libertad de expresión o de información en su vertiente positiva como derecho a emitir información. Esta última mención acota a límites más razonables la previsión del Estatuto de 1972, que permitía prohibir la introducción de publicaciones que pudieran afectar a la moral, o a la disciplina. En concreto, esta previsión del Estatuto se complementa con lo dispuesto en el Reglamento de Disciplina General, que prevé la posibilidad de someter a autorización previa el uso de aparatos fotográficos, cinematográficos, telefónicos, telemáticos o grabadores así como emisoras de señales de radiodifusión o televisión en los establecimientos, campamentos o unidades militares en campaña, tropas acantonadas o vehículos, barcos o aeronaves. También prevé la autorización previa para la publicación o cesión de filmes, de fotografías o grabaciones en los cuarteles, establecimientos militares, barcos, aeronaves o tomadas con ocasión de operaciones, maniobras o de otras actividades militares⁴².

Con esta regulación, se acerca más que en 1972 el deber de reserva de los militares al régimen general de la Función pública (civil), si bien todavía se aplica a aquellos con un especial rigor⁴³. Este es el sentido de la dic-

⁴² Vid. el art. 19 del Reglamento de Disciplina General, aprobado por Decreto de 15 de julio de 2005.

⁴³ Con «rigor particular», dice Jean RIVERO, «Les libertés publiques. Tome 2. Le régime des principales libertés», PUF, París, 6.^a ed., 1997, pág. 174.

ción del artículo 11.1 del Reglamento General de disciplina, conforme al cual todo militar tiene el derecho de expresarse libremente dentro del respeto a las disposiciones del Estatuto General.

b) La libertad de conciencia

En cuanto a la libertad de conciencia, se proclama sin perjuicio de las restricciones a la libertad de expresión, permitiendo el libre ejercicio de los cultos religiosos en los recintos militares y a bordo de los barcos de la flota, así como proclamando que las opiniones o creencias, fundamentalmente filosóficas, religiosas o políticas, son libres.

El Reglamento de Disciplina General añade que en orden al mantenimiento de la neutralidad de los Ejércitos, en los establecimientos militares, en los barcos y, en general, en cualquier recinto militar, está prohibida la organización y la participación en actividades de propaganda o promoción de carácter filosófico, religioso, político o sindical⁴⁴.

c) El derecho de huelga

Por lo que se refiere a los derechos colectivos, se mantiene la prohibición sin resquicio de duda para el derecho de huelga⁴⁵, del que se dice que es incompatible con la condición militar⁴⁶ en la consideración de que es un instrumento de presión colectiva indeseable para quienes ostentan la fuerza, es decir, para aquellas personas a quienes el propio Estado delega a la organización militar el derecho de autodefensa armada y ejercen la violencia legítima, precisamente para que no se utilice con otros fines, dado que el Estado sería a la vez el empleador contra quien se ejercitaría la huelga⁴⁷.

⁴⁴ Artículo 10 del Reglamento de Disciplina General.

⁴⁵ Vid. Philippe TERNEYRE, «La grève dans les services publics», Sirey, París, 1991, págs.51 y 127.

⁴⁶ El párrafo primero del artículo 6 del Estatuto dice eso, literalmente: «El ejercicio del derecho de huelga es incompatible con el estado militar».

⁴⁷ La jurisprudencia admitió el derecho de huelga de los funcionarios aceptando que la Constitución de 1946 decía que «el derecho de huelga se ejerce en el marco de las Leyes que lo regulan». A partir de esta parca mención, el Consejo de Estado dictó una decisión esencial en esta materia, la sentencia *Dehane*, de 1950, cuya doctrina ha sido después completada por la legislación funcionarial (vid. José Luis VILLAR PALASÍ, «La licitud de la huelga de funcionarios declarada por el *Conseil d'Etat*», *Revista de Administración Públi-*

d) El derecho de asociación y la sindicación

También se mantiene la prohibición del derecho de sindicación, en los términos más amplios, abarcando la fundación o la incorporación, ya que se dice que son incompatibles con las reglas de la disciplina militar la existencia de agrupaciones profesionales militares de carácter sindical así como la adhesión de los militares en activo a estas agrupaciones profesionales⁴⁸. En relación con otras asociaciones⁴⁹, sin perjuicio de lo que ahora

ca, núm. 2, 1950, págs. 271-276), que ha prohibido explícitamente la huelga a la policía, a los servicios exteriores de la Administración penitenciaria, a la magistratura, a determinado personal del Ministerio del Interior y a los militares, como hemos visto.

⁴⁸ Entre los estudios recientes acerca de esta cuestión, es muy completo el del Senado francés sobre la situación en el Derecho comparado (francés, alemán, belga, español, italiano, de los Países Bajos, portugués y británico), titulado «Les droits politiques et syndicaux des personnels militaires», *Les documents de travail du Sénat, série Législation comparée*, n° LC 105, mayo de 2002.

⁴⁹ En el ámbito de la función pública civil, la materia del asociacionismo funcional y de los sindicatos de funcionarios era contemplada históricamente de una forma opuesta por la jurisprudencia y por la práctica administrativa hasta 1940 (cfr. Ramón PARADA VÁZQUEZ, «Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos», Tecnos, Madrid, 1968, págs. 42-43). Mientras que la jurisprudencia consideraba que los funcionarios civiles podían formar asociaciones, pero no sindicatos (cfr. François BURDEAU, «Histoire du droit administratif», P.U.F., París, 1995, pág. 300), los poderes públicos toleraban de hecho la existencia de sindicatos de funcionarios (cfr. LAUBADÉRE, «Traité...», cit., T. II, pág. 138). Después de la Guerra, conforme a lo establecido por la Constitución de 27 de octubre de 1946, el Estatuto de los funcionarios de ese mismo año reconoció expresamente este derecho y la regulación se acepta en las posteriores regulaciones del Estatuto funcional, tanto en el Estatuto de 1959, como en el vigente Estatuto de 1983. Así, en virtud del artículo 8 del Estatuto de 1983, se concede el derecho de sindicación con dos condiciones. El primero de estos requisitos es de escasa importancia y consiste en que se depositen los estatutos y el nombre de los dirigentes ante la Administración; la segunda condición tiene más calado y se refiere a la prohibición del sindicalismo político y a que, en consecuencia, sólo sea admitido el sindicalismo de carácter exclusivamente profesional. Según LAUBADÉRE («Traité...», T. II, págs. 139-140), este carácter no se establece explícitamente en el Estatuto, pero lo ha venido exigiendo la jurisprudencia, según la cual el papel de los sindicatos consiste en «la defensa de los intereses profesionales comunes de sus miembros» y, por otro lado, «el ejercicio del derecho sindical se debe conciliar con el respeto de la disciplina» (Consejo de Estado, 14 de marzo de 1958, *Étienne*, «Recueil Lebon», pág. 167; 8 de junio de 1962, *Frischmann*, «Recueil Dalloz-Sirey», 1962; 24 de enero de 1990, *Fédération professionnelle indépendante de la police*, «Actualité juridique-Droit administratif», 1990, pág. 428). La diferencia entre las asociaciones profesionales y los sindicatos de funcionarios está en que sólo los segundos pueden ser interlocutores de la Administración en la negociación colectiva, según el artículo 8, párrafo 2, del Estatuto de 1983. Según Françoise DREYFUS y François d'ARCY, el estatuto ha puesto el acento sobre el derecho sindical (cfr. «Les institutions politiques et administratives de la France», *Economica*, 3.ª ed., 1989, pág. 375).

se dirá sobre los partidos políticos, desaparece la mención que se hacía en el Estatuto de 1972 a la necesidad de comunicar a la autoridad militar las funciones de responsabilidad que se ejercieran en la asociación, caso en el que el ministro podía imponer el abandono de toda función de responsabilidad o, incluso, si lo consideraba necesario, el abandono de la asociación. Estas opciones, como dijimos antes, eran manifestación de un paternalismo exagerado y, por eso, el nuevo Estatuto no las recoge, sino que deja elegir al militar sobre ello, haciéndole también responsable de su decisión⁵⁰.

Las circunstancias expuestas, llevan a que el legislador francés mantenga para los militares la prohibición de la sindicación o del asociacionismo profesional en la moderna legislación⁵¹ y a que excluya totalmente el derecho de huelga de la esfera jurídica de los militares⁵².

⁵⁰ Conforme al artículo 6 del Estatuto de 2005:

«El ejercicio del derecho de huelga es incompatible con el estado militar.

La existencia de agrupaciones profesionales militares de carácter sindical así como la adhesión de los militares en activo a estas agrupaciones profesionales son incompatibles con las reglas de la disciplina militar.

Es obligación del superior, en todos los niveles, velar por los intereses de sus subordinados y rendir cuentas, por conducto jerárquico, de todo problema de carácter general que llegue a su conocimiento».

⁵¹ Decíamos en 2000 («Presupuestos constitucionales de la Función militar, op. cit.), que aceptada la sindicación para los funcionarios civiles, sin embargo el legislador francés ha excluido la sindicación del ámbito militar. En esta prohibición ha influido decisivamente la idea de que, como ocurre en España y en otros países europeos, existe sin disimulos una gran vinculación entre los sindicatos y determinadas opciones políticas. La evolución del sindicalismo durante la última centuria demuestra que los principales sindicatos franceses están o han estado ligados a determinados partidos políticos y están, en todo caso, muy politizados, mientras que ninguna de estas cosas ocurren en Alemania, en Noruega o en otros países donde se admite la sindicación de los militares. Por otro lado, la experiencia histórica demuestra que los sindicatos son verdaderos grupos de presión de carácter laboral o profesional (Cfr. Prosper WEIL, «Derecho administrativo», nota preliminar de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, Civitas, Madrid, 1986, pág. 96). Ante esta circunstancia, el legislador se resiste a otorgar un derecho de esta naturaleza a quienes el propio Estado delega el derecho de autodefensa armada y ejercen la violencia legítima, precisamente para que no la utilice con otros fines, sobre todo teniendo en cuenta cómo utilizan la presión los sindicatos de funcionarios, paralizando servicios públicos y utilizando para ello como una de sus principales armas la huelga, tradicionalmente prohibida a los militares en el ordenamiento francés y hoy expresamente en el estatuto general.

⁵² Realmente, como dice PARADA, los estatutos de los oficiales y de los suboficiales del Ejército, de 19 y 23 de mayo de 1834 y de 30 de marzo de 1948, respectivamente, por la época de su redacción no contemplaban los derechos de sindicación o de huelga, pero se entendió que los militares no gozaban de tales derechos. Cfr. Ramón PARADA VÁZQUEZ, «Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos», cit., pág. 45. El estatuto de 1972 es el que de manera expresa estableció las prohibiciones, que se mantienen con el estatuto de 2005.

e) Pertenencia a partidos políticos, sufragio activo y pasivo

También se prohíbe, en términos coincidentes con los de 1972, la afiliación no sólo a los partidos políticos, sino a cualquier asociación de carácter político, es decir, en general a colectivos, agrupaciones o asociaciones de carácter político⁵³.

En relación con este último aspecto se regula el derecho de sufragio activo. Sin embargo, no se restringe más que en orden a pasar a situación de *détaché* (semejante a los servicios especiales) a quien resulta elegido. Es decir, se regula este derecho de la manera más amplia, dando plena libertad, suspendiendo las restricciones tanto a la afiliación a partidos políticos, como a la libertad de expresión, diciendo que sin perjuicio de las causas de inelegibilidad previstas por la Ley, los militares pueden ser candidatos a toda función pública electiva; en ese caso, la prohibición de adhesión a un partido político prevista por el párrafo anterior del presente artículo se suspenderá durante la duración de la campaña electoral. En caso de elección y de aceptación del mandato, esta suspensión será prolongada para toda la duración del mandato, pasando el militar a la situación administrativa prevista⁵⁴.

f) Derecho de petición

No se menciona este derecho en el Estatuto, pero sí en el Reglamento de Disciplina General, en el que se prevé que el militar puede siempre individualmente presentar proposiciones con intención de mejorar las condiciones del servicio o la vida militar así como sobre cuestiones relativas a su situación personal, tanto ante la autoridad superior, como ante los organismos creados para tales fines⁵⁵. En concreto, todo militar puede acu-

⁵³ Cfr. Jean-Marie AUBY y Jean-Bernard AUBY, «Droit public (Droit constitutionnel, libertés publiques, droit administratif)», Sirey, 11.^a ed., 1993, pág. 173.

⁵⁴ Así, dice el artículo 5 del Estatuto de 2005, que:

«Está prohibido a los militares en activo unirse a agrupaciones o asociaciones de carácter político.

Sin perjuicio de las causas de inelegibilidad previstas por la Ley, los militares pueden ser candidatos a toda función pública electiva; en ese caso, la prohibición de adhesión a un partido político prevista por el párrafo anterior del presente artículo se suspenderá durante la duración de la campaña electoral. En caso de elección y de aceptación del mandato, esta suspensión será prolongada para toda la duración del mandato.

Los militares que resulten elegidos y que acepten su mandato pasarán a la situación de trasladado prevista por el artículo 51».

⁵⁵ Artículo 11.2 del Reglamento de Disciplina General.

dir ante los oficiales generales inspectores con alguna cuestión relativa a su situación personal, a las condiciones del servicio o a la vida militar⁵⁶.

El derecho de petición en cualquiera de sus posibilidades es siempre un derecho estrictamente individual. Por ello, quedan prohibidas las manifestaciones, peticiones o reclamaciones de carácter colectivo⁵⁷. Esta prohibición absoluta del ejercicio colectivo del derecho de petición es, claramente, una manifestación más de la prevención del Estado ante el hipotético uso (ilegítimo) de la fuerza armada por aquellos a quienes el mismo Estado ha encomendado el uso legítimo de la fuerza.

g) Libertad de circulación

Tampoco se contiene ninguna mención a la libertad de circulación en el Estatuto de 2005, pero sí en su normativa complementaria, en la cual se prevén algunas restricciones⁵⁸. Así, se disponen unas previsiones generales y otras específicas. El régimen general consiste en que fuera del servicio los militares tienen plena libertad de circulación en todo el territorio de Francia, la Unión Europea y aquellos otros países que disponga el Ministro de Defensa. Ahora bien, si están realizando una misión internacional fuera de esas fronteras, también tienen libertad de circulación en ese territorio. Finalmente, el Ministro de Defensa puede restringir este derecho cuando las circunstancias lo exijan.

g) Libertad de residencia

Igual que ocurre con la libertad de circulación, tampoco se contiene ninguna mención a la libertad de residencia en el Estatuto de 2005, pero sí en el Reglamento de Disciplina, que prevé algunas restricciones. El punto de partida es el de la libertad de elección de residencia. No obstante, el Ministro de Defensa o el Comandante pueden imponer a los militares bajo su mando la obligación de residir dentro de determinados límites geográficos o en el interior de un recinto militar⁵⁹.

⁵⁶ Artículo 12 del Reglamento de Disciplina General.

⁵⁶ Artículo 11.3 del Reglamento de Disciplina General.

⁵⁸ Artículo 14 del Reglamento de Disciplina General.

⁵⁹ Artículo 15 del Reglamento de Disciplina General.

h) Otras libertades

El Reglamento de Disciplina General prevé algunas otras restricciones a la libertad personal.

Por ejemplo, sujeta el aspecto físico a las exigencias de la higiene, de la seguridad y de las necesidades del servicio, concretamente menciona el cabello, la barba, adornos y joyas, remitiéndose al detalle que se establezca por Orden del Ministro de Defensa⁶⁰.

También se somete a restricciones otras cuestiones que pudieran afectar a la moral y a la disciplina, como los juegos por dinero, las colectas y loterías, así como la introducción en los recintos militares de sustancias espirituosas, estupefacientes, tóxicas o explosivas, cuestiones todas ellas que se someten a la autorización del comandante de la unidad, sin la cual están prohibidas⁶¹.

4.—IGUALDAD ENTRE MILITARES. UNIFICACIÓN DE RÉGIMEN PARA TODAS LAS CLASES DE MILITARES

Otro de los aspectos novedosos del nuevo Estatuto general consiste en que se unifica ampliamente el régimen de las distintas clases de militares. De esta manera, se asemeja en todo lo posible el régimen jurídico de los militares de carrera con el de los militares contratados, cuyos regímenes son sustancialmente iguales, salvo en lo que se refiere a los sistemas de reclutamiento, materia en la que se encuentran las mayores diferencias.

Por lo tanto, las coberturas de riesgos son idénticas, aplicándose a los militares contratados el mismo sistema que a los de carrera, sin distinción tampoco por tiempo de servicios, por ejemplo en el derecho a una pensión militar de retiro por daños que produzcan el cese en el servicio.

También las condiciones de las remuneraciones son iguales, sin que sea necesaria ninguna adaptación.

El régimen de las sanciones disciplinarias es también idéntico para todos los militares, cualquiera que sea su grado y su empleo. Se facilita la representación de los soldados y los suboficiales en los consejos de disciplina y en los consejos de investigación, órganos que intervienen previamente a la resolución de los expedientes disciplinarios.

⁶⁰ Artículo 16.3 del Reglamento de Disciplina General.

⁶¹ Artículo 18 del Reglamento de Disciplina General.

Todas las situaciones administrativas establecidas por el Estatuto son las mismas para todos los tipos de militares, actividad, no actividad (excedencia) y servicios destacados (servicios especiales)⁶².

5.—DERECHOS ESTATUTARIOS

La Ley también hace referencia a algunos derechos estatutarios del personal militar, como son el derecho al dossier, los derechos de carácter económico, las indemnizaciones por riesgos y daños y la protección jurídica que corresponde bien a los superiores como personas o bien al Estado como organización⁶³.

a) El derecho al «dossier»: acceso al expediente disciplinario, a la hoja de servicios y a los informes personales (notation)

Se regula entre estos derechos de los militares uno de los de tradición en la función pública francesa, como es el «derecho al dossier», que podríamos traducir al español como el derecho de acceso al expediente personal y que surgió en relación con el derecho a conocer el estado de tramitación de un expediente disciplinario⁶⁴, como manifestación del derecho

⁶² Sobre las situaciones administrativas de los militares en el Estatuto de 2005, vid. Jean-Marie AUBY, Jean-Bernard AUBY, Didier JEAN-PIERRE y Antony TAILLEFAIT, «Droit de la fonction publique», Dalloz, París, 5ª ed., 2005, págs. 417 y ss.

⁶³ Con la mayor amplitud, como lo demuestra el texto del artículo 15 del Estatuto:

«Los militares están protegidos por el código penal y las Leyes especiales contra las amenazas, violencias, vías de hecho, injurias, calumnias o ultrajes de los que puedan ser objeto.

El Estado está obligado a protegerles contra las amenazas y ataques de que puedan ser objeto con ocasión del ejercicio de sus funciones y de reparar, llegado el caso, el perjuicio que haya resultado. Se subroga en los derechos de la víctima para obtener de los autores de las amenazas o ataques la restitución de las cantidades debidas a las víctimas.

Puede ejercer, con este mismo fin, una acción directa, si es necesario por la vía de constituirse en parte civil, ante la jurisdicción penal.

El Estado está también obligado a acordar su protección al militar en el caso de que sea objeto de acciones penales con ocasión de hechos que no sean estrictamente faltas personales.

En caso de demandas ejercidas por un tercero contra militares por actos del servicio, el Estado debe en la medida en que no se trate de meras faltas personales cometidas en el ejercicio de sus funciones, cubrir las condenas civiles pronunciadas contra ellos.

Los cónyuges, hijos y ascendientes directos de los militares se benefician de la protección del Estado cuando, como consecuencia de las funciones de estos últimos, sean víctimas de amenazas, violencias, vías de hecho, injurias, calumnias o ultrajes».

⁶⁴ Derecho de creación jurisprudencial, que se plasmó tempranamente en una Ley de 22 de abril de 1905 como derecho del funcionario a conocer el expediente antes de toda sanción disciplinaria. Vid. Jean-François LACHAUME, «La fonction publique», Dalloz, París, 3ª ed., 2002, págs. 24 y 93.

a la propia defensa en un procedimiento contradictorio⁶⁵. Este derecho tiene tal intensidad en el derecho funcional francés, que el Consejo de Estado ha establecido que es un principio general del Derecho regulador de la Función pública⁶⁶, hasta el punto que el mismo Consejo de Estado considera nula la sanción disciplinaria impuesta a un militar a quien no se comunique su *dossier*, o cuando habiéndolo hecho, fuera con tan poco tiempo que el expedientado no pudo preparar adecuadamente su defensa⁶⁷. Por ello, el legislador de 2005 se ha preocupado expresamente de establecer y resaltar este derecho, que se considera como una garantía esencial para todos los miembros de la función pública⁶⁸.

Ahora bien, el derecho al *dossier* también supone el derecho a conocer la hoja de servicios⁶⁹ y es en este aspecto al que se refiere el artículo 14 de la Ley de 2005⁷⁰, cuando dice que el dossier individual del militar comprende todo lo relativo a la situación administrativa del interesado, los documentos referentes a las decisiones e informes de carácter estatutario o disciplinario así como las hojas de evaluación, ordenados todos estos documentos de manera correlativa⁷¹. Lo más interesante de esta regulación consiste en dos circunstancias:

⁶⁵ Vid. Louis FAVOREU y Thierry S. RENOUX, «Le contentieux constitutionnel des actes administratifs», Sirey, París, 1992, pág. 86.

⁶⁶ Vid. CE, 5 de julio de 2000, *Mermet*.

⁶⁷ Vid. CE, 29 de julio de 2002, *Gilles X*. Cfr. Gaëlle BOSSIS, «L'évolution du régime disciplinaire des militaires entre volonté du législateur et contrôle du juge», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 4 de 2005, pág. 784.

⁶⁸ Según el último párrafo del art. 40 de la Ley de 2005: «El militar al que se abra un procedimiento de sanción tiene derecho a la comunicación de su expediente individual, a la información para su administración de este derecho, a la preparación y a la presentación de su defensa».

⁶⁹ Algunas normas reglamentarias posteriores al Estatuto que no se refieren exactamente a la hoja de servicios tienen alguna regulación parcial de la misma, como el Decreto nº 2005-797, de 15 de julio de 2005, relativo a las recompensas que se puede hacer a los militares (JO nº 165, de 17 de julio), distintas de las condecoraciones.

⁷⁰ «Artículo 14.

El dossier individual del militar comprende todas las piezas relativas a la situación administrativa del interesado, los documentos anexos relativos a las decisiones e informes de carácter estatutario o disciplinario así como las hojas de evaluación.

Estos documentos son registrados, numerados y clasificados sin discontinuidad.

No se puede anotar en el dossier individual del militar, de la misma manera que en cualquier documento administrativo, las opiniones o creencias filosóficas, religiosas o políticas del interesado.

Todo militar tiene acceso a su dossier individual en las condiciones fijadas por la Ley».

⁷¹ Esta ordenación es consecuencia del denominado *principio de intangibilidad del contenido del dossier*. Vid. Jean-Marie AUBY, Jean-Bernard AUBY, Didier JEAN-PIERRE y Antony TAILLEFAIT, «Droit de la fonction publique», Dalloz, París, 5ª ed., 2005, pág. 247.

Una, que se ordena expresamente el mayor respeto a las condiciones exigidas por el derecho a la intimidad y por el principio de igualdad, por lo que consecuentemente se prohíbe la anotación en el dossier individual del militar, de la misma manera que en cualquier otro documento administrativo, de las opiniones o creencias filosóficas, religiosas o políticas del interesado, consecuencia de la libertad de conciencia y de opinión de los funcionarios, como ha declarado el Consejo Constitucional⁷².

Otra circunstancia interesante es que todo militar tiene acceso a su dossier individual, sin restricciones, ni siquiera para los informes personales⁷³, que deben comunicarse expresamente a cada militar, llegando hasta tal punto la obligación de comunicación por parte de la Administración, que si no se cumple, la *notation* es inválida⁷⁴. El militar tiene también el derecho de interponer recurso administrativo en esta materia hasta llegar a impugnar su *notation* ante la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme al artículo 35 del Estatuto⁷⁵. La *notation* se define como una evaluación hecha por la autoridad jerárquica de las cualidades morales, intelectuales y profesionales del militar, de su aptitud física, de su manera de servir durante un periodo de tiempo determinado⁷⁶. Se realiza al menos una vez al año y se comunica al militar evaluado, quien puede entrevistarse con su superior jerárquico⁷⁷, así como unir sus observaciones en el plazo de ocho días desde que se le comunicó⁷⁸, lo cual consta porque el

⁷² Desde la sentencia del Consejo Constitucional n° 76-67 de 15 de julio de 1976. Vid. Louis FAVOREU y Thierry S. RENOUX, «Le contentieux constitutionnel des actes administratifs», Sirey, París, 1992, pág. 67.

⁷³ Todo funcionario tiene este derecho. Vid. Jean-Marie AUBY, Jean-Bernard AUBY, Didier JEAN-PIERRE y Antony TAILLEFAIT, «Droit de la fonction publique», Dalloz, París, 5ª ed., 2005, pág. 249.

⁷⁴ Conforme a la sentencia Maillard, Consejo de Estado, 25 de marzo de 1996.

⁷⁵ Conforme a este precepto,

«Los militares son calificados al menos una vez al año.

La calificación está compuesta por las notas y apreciaciones que son obligatoriamente comunicadas cada año a los militares.

Con ocasión de la calificación, el jefe comunicará a cada uno de sus subordinados directos su apreciación sobre su manera de servir.

Las condiciones de aplicación del presente artículo, así como las condiciones en las cuales se puede alterar el carácter anual de la calificación, son establecidas por decreto aprobado en Consejo de Estado».

⁷⁶ Debe respetar el principio de igualdad entre pertenecientes a un mismo Cuerpo, dice CE, 16 de mayo de 2003, *Lorente*.

⁷⁷ Es una garantía estatutaria del procedimiento de *notation*, CE, 28 de septiembre de 2001, *Berthier*.

⁷⁸ Esta es una formalidad sustancial según el Consejo de Estado, 22 de febrero de 2002, *M. Pinte*.

militar debe firmar la comunicación. Si está disconforme, puede interponer recurso administrativo, previo al contencioso⁷⁹, como había reconocido la jurisprudencia⁸⁰.

b) Los derechos económicos

Los derechos económicos se regulan en el artículo 10 y comprenden el sueldo, las indemnizaciones o complementos y el complemento por cargas familiares.

Se establece que este último sólo puede ser percibido por uno de los cónyuges, en plena armonía con la doctrina del TEDH, que inadmitió un supuesto en que una mujer militar quería percibir el plus económico por sostenimiento de familia que la legislación reconoce para el cabeza de familia. Ahora bien, en este caso se trataba de una mujer militar que quería percibirlo como su esposo, también militar. Este auto, mencionando de pasada la sentencia *Pellegrin*, para recordar que las Leyes pueden establecer previsiones específicas para quienes son funcionarios que ejercen autoridad, como los militares⁸¹, llega a la conclusión de que en este caso concreto no hay desigualdad por razón de sexo porque su marido no ha renunciado a la percepción del plus y, por tanto, ya se cobra este plus en la unidad familiar⁸².

⁷⁹ Estas previsiones se contienen en el Decreto nº 2005-884, de 1 de agosto de 2005 (*JO nº 179, de 3 de agosto, pág. 12671*), relativo a la *notation* de los militares, por el cual se desarrolla el art. 35 del Estatuto General.

⁸⁰ Así lo reconoció el Consejo de Estado en la sentencia *Pierron*, de 22 de abril de 1977.

⁸¹ La STEDH de 8 de diciembre de 1999, *asunto Pellegrin contra Francia*, interpreta el art. 6.1 de la Convención. Acude a la distinción clásica entre funcionarios que ejercen labores vinculadas a la soberanía y aquellos otros que no participan directamente en el ejercicio del poder público. El Tribunal «decide que únicamente se sustraerán del campo de aplicación del artículo 6.1 del Convenio los litigios de los funcionarios cuyo empleo esté caracterizado por actividades específicas de la Administración pública en la medida en que ésta actúa como poseedora del poder público encargado de la protección de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas. Un ejemplo claro de tales actividades lo constituirían las Fuerzas Armadas y la policía», concluye el TEDH. Sobre esta doctrina, vid. Louis FAVOREU (coord.), «Droit des libertés fondamentales», Dalloz, Paris, 2ª ed., 2002, pág. 399.

Me remito a mi trabajo «Las principales decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el personal militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 79, enero-junio de 2002, págs. 29-60.

⁸² TEDH, auto de inadmisión de 26 de septiembre de 2002, *asunto Duchez contra Francia*.

El fin de la situación militar puede darse de manera voluntaria o forzosa. Voluntariamente mediante la dimisión. Forzosamente por las causas enumeradas por la Ley.

a) La dimisión y sus condiciones en relación con el derecho fundamental a la prohibición de trabajos forzados u obligatorios

La dimisión tiene como premisa la consideración de que la obligación de la permanencia indefinida en el servicio sería equiparable a la existencia de trabajos forzados u obligatorios, prohibidos por la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 4⁸³. Por tanto, se admite plenamente la decisión unilateral del militar, si bien con dos condiciones. Una, que aunque es un acto unilateral queda sometido a una condición suspensiva, en tanto queda sometida a una declaración de voluntad del Estado de aceptación; y, dos, que esa aceptación debe darse, salvo que con ella se perjudicara el servicio⁸⁴.

Por ello, conforme a la jurisprudencia del TEDH, rige la idea de que no hay vulneración de la prohibición de trabajos forzados y obligatorios cuando se establece por la Ley que la dimisión habrá de ser aceptada por el Ejército y estará subordinada al interés del servicio⁸⁵, lo cual no permite entorpecer sin motivo basado en las necesidades públicas la dimisión del militar⁸⁶.

b) La finalización forzosa

Por ministerio de la Ley se pierde la condición militar por razones de edad, disciplinarias, penales o por mutación a un Cuerpo funcional civil. También los alumnos pueden perder su condición militar por falta de aprovechamiento escolar.

⁸³ Así lo destaca la jurisprudencia francesa. Vid. CE, 7 de febrero de 2001, *M. Béran-ger*.

⁸⁴ Como acto unilateral sometido a condición suspensiva es considerada por la doctrina francesa. Cfr. Jean-Marie AUBY, Jean-Bernard AUBY, Didier JEAN-PIERRE y Antony TAILLEFAIT, «Droit de la fonction publique», Dalloz, París, 5ª ed., 2005, pág. 290.

⁸⁵ TEDH, auto de inadmisión de 14 de septiembre de 2004, *asunto Adam contra Francia*, con respecto a un médico militar.

⁸⁶ Así, CE, 7 de febrero de 2001, *M. Adam* (sentencia recurrida ante el TEDH y cuya resolución es la mencionada en la nota anterior).

De entre estas condiciones de pérdida forzosa de la condición militar, el Estatuto de 2005 ha introducido novedades en la de la edad. Esta Ley ha elevado las edades de pase a retiro para los militares de carrera, acercándola a la edad en que los funcionarios civiles pasan a la jubilación⁸⁷.

7.—EL DERECHO A LOS RECURSOS

En el Derecho francés, la mayor parte de las decisiones que concernían a los funcionarios eran consideradas por la jurisprudencia, durante el siglo XIX, como «actos de pura administración», «actos discrecionales» o «actos de autoridad». En tanto que actos de pura administración, eran insusceptibles de recurso por *excès de pouvoir*; y en tanto actos de autoridad, eran cubiertos por el principio de la irresponsabilidad de los poderes públicos. Esta situación finaliza en los primeros años del siglo XX, en los cuales el Consejo de Estado aceptó que las reclamaciones pecuniarias de los funcionarios pudieran ser sometidas al juez por la vía del recurso por *excès de pouvoir* y, también, las que se refieren al desarrollo de la carrera administrativa o de las decisiones individuales que afectan a los agentes públicos⁸⁸. Estos principios se aplicaron a toda la Función pública pero, sin embargo, el ámbito militar ha tenido hasta recientemente un ámbito excluido de la posibilidad de interposición de recursos jurisdiccionales, como era el de determinadas sanciones disciplinarias, a las que haremos referencia más adelante. Hay que tener en cuenta que en el Derecho francés sólo recientemente se ha consagrado como derecho fundamental el de acceso a los órganos jurisdiccionales⁸⁹

En el momento actual, los militares gozan de la garantía de defensa de sus derechos a través de los recursos. Por un lado, tienen acceso a los recursos administrativos. Por otro, a los recursos jurisdiccionales.

Los recursos administrativos tienen carácter previo y obligatorio, con dos regulaciones diferentes según la materia del acto recurrido se trate de cuestiones personales o de sanciones disciplinarias. En el ámbito de los asuntos estatutarios no disciplinarios, se ha establecido desde 2000 un recurso administrativo previo, que se sustancia ante una comi-

⁸⁷ Siguiendo la propuesta en este sentido de la Comisión Denoix de Saint Marc (Rapport, págs. 67 y ss.).

⁸⁸ Cfr. René CHAPUS, «Droit administratif général», tomo II, Montchrestien, París, 8.^a ed., 1995, pág. 69.

⁸⁹ Cfr. Louis FAVOREU (coord.), «Droit des libertés fondamentales», Dalloz, París, 2.^a ed., 2002, págs. 268 y ss.

sión de recursos militares⁹⁰. Agotada esta vía administrativa, se abre la posibilidad de interposición del recurso contencioso-administrativo⁹¹. Para los recursos contra las sanciones disciplinarias, las disposiciones estatutarias más recientes han regulado el procedimiento de recurso en vía administrativa, previo y necesario para el acceso a la jurisdicción contenciosa⁹².

III. LAS OBLIGACIONES Y SUJECIONES

También se hace mención al régimen de las obligaciones del militar, si bien la regulación del Estatuto es más escueta y genérica que con respecto a los derechos, por dos motivos. Por un lado, porque la tipificación de conductas en el ámbito sancionador es la regulación, aunque de carácter negativo, de las obligaciones. Por otro, porque en esta materia no rige la reserva constitucional de Ley y son los reglamentos los llamados a establecer una regulación más pormenorizada.

1.—LA SUJECIÓN DEL MILITAR

El Estatuto parte de la idea de que la vida militar comporta unas especiales virtudes y sujeciones o, como les llama la Ley, obligaciones y exigencias, que suponen un gravoso sacrificio personal, exigido permanentemente por el estado militar, tan intenso como que ese sacrificio puede llegar hasta la propia muerte. Ese sacrificio exige también algunas manifestaciones que se expresan en la Ley como la disciplina, la disponibilidad, la lealtad y la neutralidad. «Los deberes que comporta y las sujeciones que implica merecen el respeto de los ciudadanos y la consideración de la Nación», dice el artículo 1 del Estatuto. La doctrina estima que

⁹⁰ Se previó en la Ley nº 2000-597, de 30 de junio, y se desarrolló para el ámbito del personal militar por el Decreto nº 2001-407, de 7 de mayo de 2001, por el que se regula el procedimiento del recurso administrativo previo al recurso contencioso interpuesto contra actos relativos a la situación personal de los militares (*JO* de 11 de mayo), modificado recientemente por el Decreto nº 2005-1427, de 17 de noviembre de 2005 (*JO* nº 269, de 19 de noviembre).

⁹¹ Cfr. Jean-Marie AUBY, Jean-Bernard AUBY, Didier JEAN-PIERRE y Antony TAILLEFAIT, «Droit de la fonction publique», Dalloz, París, 5ª ed., 2005, pág. 431.

⁹² Se regula por Decreto nº 2005-795, de 15 de julio, relativo al ejercicio del derecho de recurso contra las sanciones disciplinarias y profesionales y la suspensión de funciones aplicables a los militares.

los deberes del funcionario se resumen en tres grandes grupos: Ejercer la función; respetar las órdenes de los superiores jerárquicos; y respetar los principios del servicio público⁹³.

Además de estas previsiones genéricas, se establecen dos aspectos específicos en relación a la obediencia y a la dedicación al estado militar.

2.—EL DEBER DE OBEDIENCIA

Respecto a la obediencia, se recuerda el principio de jerarquía propio de toda organización militar, por lo que los militares deben obediencia a las órdenes de sus superiores y son responsables de la ejecución de las misiones que se les confíen. Sin embargo, no se puede ordenar ni se debe cumplir actos contrarios a las Leyes, a las costumbres de la guerra y a las convenciones internacionales. Por eso, como corresponde a un ejército moderno, la obediencia no es ciega, sino que en caso de conductas ilícitas no se exime de responsabilidad ni a quien da la orden ni a quien la cumple, por lo que la responsabilidad propia de los subordinados no libera a los superiores de ninguna de sus responsabilidades y al revés, aunque esto último no lo diga expresamente la Ley⁹⁴. Se detalla más el régimen de la obediencia en el Reglamento de Disciplina General militar⁹⁵, en el que se habla de la disciplina, del respeto a la dignidad y los derechos de quien está sometido a las órdenes, de la jerarquía, del ejercicio de la autoridad, del mando que se caracteriza como un derecho y también como una obligación, de las responsabilidades del militar, de sus derechos y de sus obligaciones, incluso de su apariencia física.

⁹³ Cfr. Jean-François LACHAUME, «La fonction publique», Dalloz, París, 3ª ed., 2002, págs. 83 y ss.

⁹⁴ La doctrina ha destacado la existencia de una cierta paradoja al comparar la regulación de la obediencia debida en el ámbito de la función pública civil y militar. Mientras que en el primero, para que una orden sea ilegal debe reunir dos condiciones y ambas deben concurrir, a saber, que la orden sea manifiestamente ilegal y de tal naturaleza que comprometa gravemente el interés público (Consejo de Estado, sentencia *Langneur*, de 21 de julio de 1995). Sin embargo, para el militar el Reglamento de disciplina general vigente de 15 de julio de 2005 (como antes el de 1975) no exige que la orden sea de naturaleza gravemente contraria a un interés público, sino que sólo prohíbe ejecutar una orden manifiestamente ilegal o contraria al Derecho internacional. Vid. Jean-François LACHAUME, «La fonction publique», Dalloz, París, 3ª ed., 2002, pág. 86.

⁹⁵ Aprobado por Decreto nº 2005-796, de 15 de julio de 2005 (*JO* nº 165, de 17 de julio).

3.—LA DEDICACIÓN AL ESTADO MILITAR

Por otro lado, la previsión con respecto a la dedicación es de totalidad, como ya mencionamos más arriba. Ello lleva como consecuencia a que se prohíba el ejercicio de trabajos remunerados en el ámbito privado, salvo las excepciones que puedan establecerse reglamentariamente, incluso durante un periodo de tiempo posterior a contar desde el cese de sus funciones, no pueden tener intereses ni por sí ni por persona interpuesta en las empresas sometidas a su supervisión o control o con las cuales hayan negociado contratos de cualquier naturaleza, que puedan comprometer su independencia, bajo el apercibimiento de sanciones penales, previstas en el Código penal⁹⁶. Por lo demás, el Estatuto no prevé incompatibilidades para el ámbito del sector público, situación para la cual se aplicarán las situaciones administrativas previstas por el mismo⁹⁷.

4.—RÉGIMEN DISCIPLINARIO. ESTUDIO EN ESTE CONTEXTO DEL DERECHO A LOS RECURSOS

En el Derecho francés, el régimen disciplinario de los militares tiene una notoria originalidad con respecto al de los funcionarios civiles, que consiste en la distinción que hacen las normas disciplinarias entre distintos tipos de sanciones. El Estatuto de 2005 establece dos clases⁹⁸: las *punitions* y las *sanciones profesionales*, en los términos fijados reglamentariamente⁹⁹. El pre-

⁹⁶ Vid. CE, 27 de noviembre de 2002, *Wanecque*.

⁹⁷ Conforme al artículo 45 de la Ley, todo militar se encuentra en una de las situaciones siguientes: 1º En actividad; 2º En servicios especiales (*détachement*); 3º Fuera de plantilla (*Hors cadres*); 4º En no actividad (*non-activité*).

⁹⁸ Conforme al artículo 40 de la Ley:

«Sin perjuicio de las sanciones penales que pudieran corresponder, las faltas cometidas por los militares les exponen:

1º. A las sanciones disciplinarias previstas por las disposiciones del artículo 41;

2º. A las sanciones profesionales previstas por decreto en Consejo de Estado, que pueden comportar el retiro total o parcial, temporal o definitivo, de una cualificación profesional.

Por un mismo hecho pueden ser aplicadas cumulativamente una sanción disciplinaria y una sanción profesional.

El militar al que se abra un procedimiento de sanción tiene derecho a la comunicación de su expediente individual, a la información para su administración de este derecho, a la preparación y a la presentación de su defensa.

⁹⁹ Para las primeras, Decreto nº 2005-794, de 15 de julio, regulador de las sanciones disciplinarias y de la suspensión de funciones aplicables a los militares (*JO* nº 165, de 17 de julio de 2005). Este Decreto se complementa con la Orden del Ministerio de Defensa de 29 de agosto de 2005, por el que se fija las autoridades con potestad disciplinaria de tercer nivel (*JO* nº 213, de 13 de septiembre de 2005).

vio Estatuto de 1972 diferenció tres tipos, que se correspondían con *punitions*, sanciones estatutarias y sanciones profesionales, de las que el actual Estatuto general ha simplificado y refundido las dos últimas.

Las *sanciones profesionales* se distinguen de las *punitions* en que las primeras tienen por objeto los aspectos administrativos de la carrera militar y son semejantes a las sanciones de la función pública civil francesa; las segundas son las sanciones propias de la organización y de la condición militar y consisten en sanciones de carácter moral o de naturaleza restrictiva de libertad¹⁰⁰.

Desde el punto de vista del procedimiento, la mayor originalidad del sistema francés consiste en la existencia de unos órganos colegiados que deben ser consultados con carácter previo a la imposición de la sanción. Así, debe ser consultado un consejo de examen de las sanciones profesionales, previamente a la decisión de privar de una cualificación profesional, un consejo de disciplina previamente a toda sanción disciplinaria del segundo grupo y un consejo de investigación previo a toda sanción disciplinaria del tercer grupo. Estos consejos están compuestos al menos por un militar del mismo grado y del mismo Ejército o unidad que el militar expedientado y de militares de un grado superior y estarán presididos por el oficial más antiguo de mayor rango. Esta peculiaridad, que se considera como una garantía del procedimiento, se ha extendido también a la Función pública civil¹⁰¹. En esta fase del procedimiento, se concede al militar

Para las segundas, Decreto n° 2005-793, de 15 de julio, regulador de las sanciones profesionales aplicables a los militares (*JO* n° 165, de 17 de julio de 2005).

¹⁰⁰ Previstas por el artículo 41 de la Ley de 2005, en estos términos:

«Las sanciones disciplinarias aplicables a los militares se reparten en tres grupos:

1°. Las sanciones del primer grupo son: a) Amonestación; b) Acuartelamiento; c) Reprensión; d) Censura; e) Arrestos; f) Censura del ministro;

2°. Las sanciones del segundo grupo son: a) la exclusión temporal de las funciones por una duración máxima de cinco días sin sueldo; b) retraso temporal o definitivo en el escalafón; c) expulsión de la lista de ascensos;

3°. Las sanciones del tercer grupo son: a) el retiro del empleo, definido por el artículo 59; b) la expulsión o rescisión del contrato.

Las sanciones disciplinarias no pueden acumularse entre ellas con la excepción de los arrestos, que pueden ser aplicados con las sanciones de los grupos segundo y tercero.

En caso de necesidad los arrestos y los acuartelamientos son impuestos con carácter inmediato. Los arrestos con efecto inmediato pueden acompañarse de un periodo de aislamiento.

Las condiciones de aplicación del presente artículo serán objeto de un decreto en Consejo de Estado».

¹⁰¹ Proviene del esquema tradicional de los tribunales militares, dicen Jean-Marie AUBY, Jean-Bernard AUBY, Didier JEAN-PIERRE y Antony TAILLEFAIT, «Droit de la fonction publique», Dalloz, París, 5ª ed., 2005, pág. 382.

una garantía consistente en que se pueda asesorar por un militar de su elección ante los consejos de disciplina y por un defensor que elija ante los consejos de investigación.

La mayor garantía del sistema consiste en que ambos tipos de sanciones disciplinarias pueden ser impugnadas en vía administrativa, respetando el conducto jerárquico. Hasta recientemente, sin embargo, las *punitions* se consideraban como «medidas de orden interno», por lo que no eran susceptibles de recurso jurisdiccional¹⁰² y así lo había venido declarando la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰³, que cambió su criterio a partir de 1995, provocando además el cambio también de la normativa, en la consideración de la naturaleza privativa de libertad de las *punitions*¹⁰⁴.

IV. ÓRGANOS DE ESTUDIO, PARTICIPACIÓN Y CONCERTACIÓN

Como contrapartida de las obligaciones y exigencias de la vida militar, el legislador creó en 1969 un órgano de concertación denominado Consejo Superior de la Función Militar, que se recoge en este Estatuto de 2005¹⁰⁵. Además, ahora se crea un observatorio denominado Alto comité de evaluación de la condición militar. No obstante la terminología, hemos de aclarar que vamos a referirnos a órganos de concertación en el sentido que a los mismos da la doctrina y la legislación francesa, es decir, como órganos eminentemente consultivos en los que participan de alguna manera aquellos a quienes afecta su labor¹⁰⁶.

¹⁰² Vid. Jean-Marie AUBY, «Droit administratif, généralités», en la obra colectiva dirigida por este autor, «Droit public (Théorie Générale de l'Etat et Droit constitutionnel. Droit administratif)», Economica, París, 2.ª ed., 1989, vol. I, pág. 212. Bernard PICHEREAU y Claude ORS, «Les droits de l'homme dans les Forces Armées», en *Les droits de l'homme dans les forces armées*, vol. II, Bruselas, 1978, pág. 650.

¹⁰³ Desde un *arrêt* de 11 de julio de 1947, *Dewavrin*, reiterado posteriormente, por ejemplo en el *arrêt* de 13 de julio de 1968, *Chenal*.

¹⁰⁴ CE, 17 de febrero de 1995, *Hardouin*.

¹⁰⁵ Los eventos de 1968 alertaron al legislador sin que estos sucesos afectaran para nada a la institución militar. Gráficamente, dice Angel MARTÍN DÍEZ-QUIJADA que «el movimiento reivindicativo de los sucesos revolucionarios de 1968 se detuvo ante las puertas de los cuarteles». Vid. «El derecho de asociación de los militares en Francia», en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, pág. 436.

¹⁰⁶ Cfr. Xavier LATOUR, «Le nouveau statut general des militaires et la concertation dans les forces armées», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 4 de 2005, pág. 776.

1.—EL ALTO COMITÉ DE EVALUACIÓN DE LA CONDICIÓN MILITAR

La intención al crear esta figura responde a una estructura muy apreciada en Francia porque sale de los límites de la Administración tradicional, dado que está pensada como un órgano independiente, tanto del Ministerio de Defensa como del de Hacienda, que se concibe como un colegio de expertos, compuesto por un número reducido de miembros cuya única función es la de aportar su opinión. Ha sido recibido con optimismo por la doctrina francesa, que espera que como órgano externo a la jerarquía y a la disciplina sea capaz de dar opiniones objetivas, reforzando así los lazos entre las Fuerzas Armadas y la Nación¹⁰⁷.

Esta figura, sugerida por la *Comisión Denoix de Saint Marc*¹⁰⁸, está inspirada en el modelo de la *Armed Forces Pay Review Body* británica, creada en 1971 y cuya finalidad es emitir un informe anual al Primer Ministro, quien lo remite al Parlamento, acerca de las condiciones de remuneración y las cargas de los militares, que fue instituida con la intención de disponer de datos objetivos que permitieran asegurar la competitividad del servicio en los Ejércitos con otros empleos, públicos o privados¹⁰⁹. No obstante, tiene también un antecedente en el propio Derecho francés, en el ámbito de la función pública civil, como es el Observatorio del empleo público, creado en 2000, que viene emitiendo sus informes desde el año 2001¹¹⁰.

La intención confesada del legislador francés es la de hacer contrapeso a las restricciones de derechos y a la sujeción de vida que supone el estatuto militar mediante la creación de la nueva figura del Alto Comité de evaluación de la condición militar, con la función de confeccionar anualmente un informe dirigido al Presidente de la República y transmitido al Parlamento. Nada más se dice en la Ley sobre las funciones y la composición del Alto Comité de evaluación de la condición militar, por lo que su regulación se desarrolla por vía reglamentaria, como expresamente prevé el último párrafo del artículo 1º de la Ley estatutaria¹¹¹. En el Decreto de desarrollo¹¹² se establece que el Alto Comité tiene por misión informar al

¹⁰⁷ Así, Xavier LATOUR, «Le nouveau statut general des militaires et la concertation dans les forces armées», cit., pág. 777.

¹⁰⁸ Vid. el *Rapport* de esta Comisión, cit., pág. 30.

¹⁰⁹ Sus informes anuales pueden consultarse en internet (<http://www.mod.uk/issues/pay/>).

¹¹⁰ Vid. Jean-François LACHAUME, «La fonction publique», Dalloz, París, 3ª ed., 2002, pág. 27.

¹¹¹ Dice este precepto: «Se instituye un Alto Comité de evaluación de la condición militar, encargado de establecer un informe anual dirigido al Presidente de la República y transmitido al Parlamento. La composición del Alto Comité de evaluación de la condición militar y sus atribuciones serán establecidas por decreto».

Presidente de la República y al Parlamento sobre la situación y evolución de la condición militar, poniendo de manifiesto todos los aspectos favorables o desfavorables, jurídicos, económicos, sociales, culturales y operacionales que puedan tener influencia en las cuestiones militares, sobre todo en relación con el reclutamiento, la fidelización, las condiciones de vida de los militares y de sus familias y las condiciones de reinserción en la sociedad civil. En el informe anual, el Alto Comité podrá formular opiniones e informes, además de poder emitir recomendaciones, con la vista puesta en la garantía de una justa evolución de la condición militar a la vista de la realidad de la evolución de la sociedad. Sus informes son dirigidos al Presidente y transmitidos al Parlamento.

En cuanto a su composición, es de carácter colegiado, con la intención de dar cabida a personas independientes, no vinculadas a los partidos, cuyo nombramiento se deberá hacer teniendo en cuenta su reconocimiento como personalidades respetadas y su cualificación profesional previa. Está compuesto por siete miembros, nombrados por el Presidente de la República, de los cuales sólo uno es militar. Lo preside un miembro del Consejo de Estado y lo integran el Director General del Instituto Nacional de Estadística y de Estudios Económicos, cuatro personalidades civiles a propuesta del Primer Ministro y un oficial general a propuesta del Ministro de Defensa. Se asigna un Secretariado general permanente como órgano de apoyo del Alto Comité, al frente del cual está un secretario General, que será nombrado por el ministro de Defensa, entre los miembros del cuerpo de Control General de los Ejércitos, quien asistirá a las reuniones del Comité con voz y sin voto.

2.—EL CONSEJO SUPERIOR DE LA FUNCIÓN MILITAR

El Consejo Superior de la Función Militar¹¹³ se configura como órgano consultivo y de concertación y se le dedica un artículo, el 18, en la nueva Ley, que deroga de manera expresa la Ley creadora de esta figura de 1969¹¹⁴. De esta manera, la regulación legal del Consejo deja de ser una Ley especial separada y se incorpora al Estatuto General. Aparte de esto, el desa-

¹¹² Decreto nº 2005-1415, de 17 de noviembre de 2005, relativo al Alto Comité de Evaluación de la Condición Militar (*JO* nº 268, de 18 de noviembre de 2005, pág. 17970).

¹¹³ Los Consejos Superiores son cuatro, coincidiendo con los ámbitos funcionariales que tienen estatutos generales propios, de manera que existe un Consejo Superior de la función pública, otro de la Función Pública territorial, otro de la Función pública hospitalaria y, finalmente, el Consejo Superior de la Función militar, objeto de nuestro estudio.

¹¹⁴ Bajo la rúbrica de «Órganos consultivos y de concertación», el artículo 18 dispone:

rrollo reglamentario¹¹⁵ de esta institución aporta la principal novedad en la regulación de 2005 para esta institución, como es un nuevo sistema de designación de los miembros de estos órganos, que van más allá de la frialdad del sorteo, para pasar a un sistema mixto. Así, para la designación de los miembros de los Consejos de la Función Militar, se establece un sistema en parte por elección y en parte por sorteo, previendo que un alto porcentaje de los miembros del Consejo Superior provengan de entre los de los Consejos. Finalmente, otra novedad interesante es la de asegurar la representación de todas las clases y categorías de militares, incluidos los retirados¹¹⁶.

Recordemos que el sistema de consejos está integrado por los denominados Consejos de la Función Militar, en número de siete, y culmina en el Consejo Superior de la Función Militar¹¹⁷.

«Se establece un Consejo Superior de la Función Militar que es el marco institucional en el cual son examinados los elementos constitutivos de la condición de colaboración de los militares.

El Consejo Superior de la función militar expresa su opinión sobre las cuestiones de carácter general relativas a la condición y al estado de los militares. Será obligatoriamente oído en los proyectos de texto de aplicación de la presente ley que tengan un contenido estatutario.

Se establecen consejos de la función militar en los ejércitos y en los cuerpos comunes.

Estos consejos estudian toda cuestión relativa a su ejército, dirección o servicio en lo que concierne a las condiciones de vida, de ejercicio de la profesión militar o de organización del trabajo; proceden igualmente a un primer estudio de las cuestiones inscritas en el orden del día del Consejo superior de la función militar.

Los miembros del Consejo superior de la función militar y de los consejos de la función militar gozan de las garantías indispensables para su libertad de expresión. Todas las informaciones y facilidades necesarias para el ejercicio de sus funciones deben serles proporcionadas.

La composición, organización, funcionamiento y las condiciones de designación, especialmente por sorteo, de los miembros de estos consejos son fijados por decreto del Consejo de Estado.

Los militares retirados están representados en el seno del Consejo superior de la función militar».

¹¹⁵ Decreto n° 2005-1239, de 30 de septiembre de 2005, relativo al Consejo Superior de la Función Militar y a los Consejos de la Función Militar (*JO* n° 230, de 2 de octubre de 2005). Este Decreto deja expresamente en vigor el Reglamento interior del CSFM, aprobado por Orden de 20 de enero de 2000 (*JO* n° 25, de 30 de enero).

¹¹⁶ Todas estas novedades se propusieron por la Comisión Denoix de Saint Marc (*Rapport*, págs. 25 y ss.).

¹¹⁷ Por razones de espacio, dado que me he ocupado con detenimiento de estas figuras y que lo escrito entonces es plenamente válido con las novedades comentadas en el texto, me remito a lo publicado en «Presupuestos constitucionales de la Función militar», Prólogo de Luis COSCULLUELA, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 419-430.

V. BREVE RECAPITULACIÓN: ALGUNAS CONCLUSIONES PARA EL SISTEMA ESPAÑOL

1.—LOS MOTIVOS PARA EL ESTUDIO DEL NUEVO ESTATUTO FRANCÉS EN RELACIÓN CON EL SISTEMA ESPAÑOL

De entre todos los sistemas que ofrece el Derecho comparado, uno de los que presentan mayor interés es, sin duda, el ordenamiento francés. No por un mimetismo automático con respecto al sistema de función pública o a la interpretación o innovación que de dicho sistema ha establecido el Consejo de Estado, sino, sobre todo, por unas razones puramente prácticas.

En primer lugar, la construcción del moderno sistema de Derecho Público y, concretamente, del Derecho Administrativo es claramente deudora del sistema francés.

En segundo lugar, porque la caracterización de la función pública en el Derecho francés ha tenido una gran influencia en la doctrina y la jurisprudencia españolas. En Francia no utilizan el concepto de especial sujeción para explicar determinadas posiciones de algunos ciudadanos o grupos de ellos frente a la Administración, porque doctrina y jurisprudencia prefieren la mención de las situaciones estatutarias o, como también se las denomina, legales y reglamentarias, como una construcción doctrinal específicamente francesa, derivada de la exposición sistemática realizada por la doctrina científica y, sobre todo, como una construcción de la jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹⁸. Esta caracterización como situación legal y reglamentaria es frecuentemente mencionada por la jurisprudencia española.

En tercer lugar, porque en concreto en relación con la regulación de determinados aspectos de la Función militar, el legislador español ha tomado como modelo para inspirar su propia regulación a la legislación francesa.

¹¹⁸ Concretamente, es sabido que la relación de los funcionarios es explicada como una situación estatutaria, es decir, legal y reglamentaria. Vid. Jean RIVERO y Jean WALINE, «Droit administratif», Dalloz, París, 14.^a ed., 1992, pág. 294. René CHAPUS, «Droit administratif général», tomo II, Montchrestien, París, 8.^a ed., 1995, págs. 52 y ss. Georges DUPUIS y Marie-José GUÉDON, «Droit administratif», Armand Colin Éditeur, París, 1991, pág. 273. Previamente, DUGUIT había caracterizado como una situación objetiva, como recuerda Mariano LÓPEZ BENITEZ, «Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción», Proemio de Gunter PÜTNER, Prólogo de Luis COSCULLUELA, Civitas, Madrid, 1994, pág. 586.

En efecto, el legislador español redactor de las Reales Ordenanzas tuvo, evidentemente, muy en cuenta el régimen francés, al cual se asemeja en gran medida nuestra regulación en materia de derechos del personal militar. Piénsese que cuando nuestro legislador acometió la redacción de las Ordenanzas militares, paralelamente a la de la Constitución durante el año 1978, el Estatuto francés de función militar de 1972 era todavía muy reciente, apenas anterior en algo más de cinco años¹¹⁹.

Por otro lado, el sistema español de los Consejos Asesores de Personal, instaurados por la Ley de Personal de 1999, está claramente inspirado en la regulación del Consejo Superior de la Función Militar creado en Francia en 1969.

2.—ALGUNAS CONCLUSIONES DE CARA A LA MODIFICACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Si bien es cierto que en un anterior trabajo de investigación me he ocupado del sistema francés de Estatuto militar¹²⁰, en esta ocasión pretendo estudiar una nueva realidad a la vista de la nueva legislación y, también, de la más reciente doctrina y de la actual jurisprudencia francesa y europea. Por ello, apenas he traído algunas ideas imprescindibles de lo que allí escribí y este artículo es completamente de nueva redacción y contenido. Insisto en que lo interesante de él no es el mero prurito comparatista del investigador, sino las enseñanzas que para el Derecho español puedan extraerse, ahora que se está revisando el modelo de la regulación de los derechos de los militares en España. Dadas las limitaciones espaciales de este trabajo, para no alargarlo ni romper el hilo argumental, nos limitamos a las comparaciones imprescindibles, con el compromiso de afrontar en un posterior trabajo esa comparación.

¹¹⁹ Vid. Ramón SALAS LARRAZÁBAL, «Las Reales Ordenanzas», en la obra colectiva dirigida por Mario HERNÁNDEZ Y SÁNCHEZ BARBA y Miguel ALONSO BAQUER, *Las Fuerzas Armadas Españolas*, vol. 8, Ed. Alhambra, Madrid, 1986, págs. 121-122. Sobre la elaboración de las vigentes Reales Ordenanzas y la participación de quien era Ministro de Defensa y Vicepresidente del Gobierno en aquel momento (don Manuel GUTIÉRREZ MELLADO), vid. Fernando PUE En «Presupuestos constitucionales de la Función militar», Prólogo de Luis COSCULLUELA, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 126 y ss., 312 y ss. y 423 y ss.

¹²⁰ En «Presupuestos constitucionales de la Función militar», Prólogo de Luis COSCULLUELA, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 126 y ss., 312 y ss. y 423 y ss.

Decíamos en el primer epígrafe de este trabajo que aparentemente la evolución de este Estatuto General es pequeña y esto es cierto en relación a algunos derechos, como la sindicación o la huelga. Sin embargo, la desaparición de toda autorización previa, la ampliación de la libertad de expresión, la desaparición de restricciones injustificadas como la de la pertenencia a los jurados, la preocupación por evolucionar los órganos de estudio y participación, como el Consejo Superior y la creación del Alto Comité, la profundización en las medidas que arrumban la vieja consideración de que la del militar es una mera relación interior fundamentalmente en orden a la transparencia en la gestión de las cuestiones de personal, por ejemplo en materia de informes personales anuales, o la participación de órganos colegiados en los procedimientos disciplinarios y en la resolución de todo tipo de recursos administrativos, son todas ellas circunstancias que suponen una evidente evolución en un sistema tan sumamente institucional como el francés.

Mencionaba antes los motivos para realizar un estudio del nuevo Estatuto General francés y, después de haberlo hecho, mi sensación es que las enseñanzas para nuestro sistema son evidentes. Esto no significa que debamos seguir de manera irreflexiva el camino del país vecino, sino que siguiendo nuestra propia senda, podemos sacar conclusiones y enseñanzas, a favor y en contra, como en materia de sindicación y asociación, tan estricta en el Estatuto francés como actualmente en nuestro sistema. También en transparencia, para superar esa –para mí— incomprensible doctrina acerca de la clasificación conforme a la Ley de Secretos Oficiales de los informes personales anuales. En relación con el paternalismo tuitivo, tan grato para la legislación francesa, pero en mi opinión superado en estos tiempos por los instrumentos jurídicos de protección de los derechos. Materias como la libertad de circulación o de residencia, bien tratadas en el Estatuto francés. O la creación de un órgano independiente de estudio de la situación de la condición militar.

Todas las razones anteriores aconsejan el estudio de las innovaciones introducidas por el legislador francés en el sistema de derechos y sujeciones de los militares, como las producidas en 2005, de las cuales se pueden extraer fácilmente conclusiones para la evolución del Derecho español

Madrid, 30 de enero de 2006.

PROTECCIÓN DEL ESPACIO AÉREO Y NUEVA POLÍTICA DE DEFENSA NACIONAL

Santiago Ripol Carulla
Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)
Letrado del Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DEL ESPACIO AÉREO EN EL NUEVO PLANTEAMIENTO DE DEFENSA NACIONAL. I. LA VIGILANCIA DEL ESPACIO AÉREO COMO EXPRESIÓN DE LA DEFENSA DE LA INTEGRIDAD TERRITORIAL DE ESPAÑA. A) La soberanía del Estado en el espacio aéreo. B) La protección del espacio aéreo. a) La respuesta de los Estados ante las intrusiones de aeronaves extranjeras. b) La revisión de la normativa de la OACI sobre interceptación. El artículo 3 bis CACI. C) El reto del terrorismo internacional y el debate actual sobre la legítima defensa preventiva. II. INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS ESTADOS Y VIGILANCIA DEL ESPACIO AÉREO. A) El régimen de Cielos Abiertos establecido por la CSCE. B) El ámbito de seguridad de la defensa colectiva. La pertenencia de España a la UEO y a la OTAN. III. LA PARTICIPACIÓN EN EL SISTEMA MULTILATERAL DE ACCIONES E INICIATIVAS EN PRO DE LA PAZ Y LA SEGURIDAD INTERNACIONALES. A) La prohibición de las comunicaciones aéreas prevista en el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas. B) El control territorial del espacio aéreo por las Naciones Unidas: las llamadas zonas seguras. CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DEL ESPACIO AÉREO EN EL NUEVO PLANTEAMIENTO DE DEFENSA NACIONAL

1. En el año 2005 se ha aprobado la LO 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (*BOE* núm. 276, de 18 de noviembre de 2005), una Ley cuyo objetivo es revisar la defensa y la seguridad españolas para ade-

cuar la política de defensa nacional y las bases de la organización militar al escenario estratégico actual.

La iniciativa legislativa correspondió al Gobierno que en fecha 21 de marzo de 2005 presentó en el Congreso de los Diputados el correspondiente Proyecto de Ley, que fue aprobado con modificaciones. Pero no es ésta la única iniciativa llevada a efecto por el Gobierno del Presidente Rodríguez Zapatero en relación a la política de defensa nacional, debiendo destacarse también la presentación del Proyecto de Ley de tropa y marinería el día 4 de mayo de 2005, un texto que se halla actualmente en fase de tramitación parlamentaria en el Senado¹. Todas estas iniciativas son expresión del «nuevo planteamiento de nuestra defensa nacional» al que se refirió el Presidente del Gobierno en su intervención de 30 de diciembre de 2004 en el acto de firma de la Directiva de Defensa Nacional 1/2004².

Este documento, que continúa el proceso de revisión de la política de defensa nacional encauzado por las sucesivas Directivas de Defensa Nacional (promulgadas en 1980, 1984, 1986, 1992, 1996 y 2000) recoge los objetivos de la defensa nacional establecidos por el Gobierno y expone las líneas generales de actuación para alcanzarlos con un horizonte temporal de cuatro años, equivalente a la legislatura.

La Directiva 1/2004 considera que el escenario estratégico de principios del siglo XXI se caracteriza porque, «junto a los riesgos y amenazas tradicionales para la paz, la estabilidad y la seguridad internacionales, han emergido otros nuevos, como el terrorismo de carácter transnacional y alcance global, con gran capacidad de infligir daño indiscriminadamente (...) y la proliferación de las armas de destrucción masiva, bien actuando con independencia o con la posible combinación de ambas amenazas». Mientras que los primeros riesgos, esto es, los considerados tradicionales, pueden ser —como así ha sido— combatidos con un planteamiento casi exclusivamente militar, la lucha contra las nuevas amenazas requiere de una nueva estrategia en la que las organizaciones internacionales de seguridad y defensa tienen un papel fundamental.

Esta distinción es esencial en la LODN, cuyo articulado se refiere asimismo a una tercera cuestión, la participación de las Fuerzas Armadas en

¹ Y aun a los señalados proyectos de ley ha de añadirse el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de las Leyes Orgánicas 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar y 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, presentado el 2 de diciembre de 2005. En *BOCG-CD*, VIII legislatura, Serie A, 16 de diciembre de 2005.

² Un examen de la misma en *Revista Española de Defensa* núm. 201, noviembre de 2004, pág. 5 y ss.

misiones internacionales para la defensa de los intereses de la Comunidad internacional.

El presente trabajo se estructura en torno a estos tres elementos, que analiza en relación a la defensa del espacio aéreo: I. La vigilancia del espacio aéreo nacional a través de la acción invidual de las Fuerzas Armadas, II. La defensa del espacio aéreo a partir de la concepción más amplia de seguridad compartida y defensa colectiva a la que se refieren tanto la DDN 1/2004 como la Ley Orgánica de Defensa Nacional, y III. La participación del Ejército del Aire en misiones internacionales bajo mandato del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

El trabajo se refiere a textos normativos y a supuestos adoptados o llevados a efecto hace incluso diez años. Se ha tratado de recoger la práctica más relevante y a la vez más expresiva de la plasmación de los nuevos planteamientos de la política de defensa nacional a las misiones del Ejército del Aire. De este modo se aprecia también el auténtico sentido de la actual reforma o revisión que no es otro que adecuar la normativa a la práctica existente o, mejor dicho, dar a esta práctica (sino abundante si, al menos, significativa) el engarce jurídico preciso para su pleno desarrollo.

I. LA VIGILANCIA DEL ESPACIO AÉREO COMO EXPRESIÓN DE LA DEFENSA DE LA INTEGRIDAD TERRITORIAL DE ESPAÑA.

A) LA SOBERANÍA DEL ESTADO EN EL ESPACIO AÉREO

2. El principio de soberanía nacional sobre el espacio aéreo forma parte de la normativa internacional reguladora de la navegación aérea desde sus orígenes (ver, S. RIPOL CARULLA).

Los pronunciamientos doctrinales sobre el estatuto jurídico del espacio aéreo propios de la primera década del siglo XX revelan el enfrentamiento entre dos posiciones extremas. Una defendida por Hezeltine (*The Law of the Air*), De Valles (*L'espace aérien et sa dominalité*) y Westlake (en la ponencia que presentó en la Sesión del Instituto de Derecho Internacional celebrada en Gante), sostenía la idea de que el espacio, por ser una vía de comunicación imprescindible, es por naturaleza inapropiable privadamente y pertenece a todos los hombres, razón por la cual el Estado ha de ejercitar el dominio absoluto sobre el mismo. Esta concepción aparece recogida en los artículos 313 y 314 de los Tratados de Versalles, de Saint-Germain, Neully y Trianon.

En las antípodas de esta tesis, P. Fauchille formuló su postura en una sola frase: *l'air est libre*.³ Ni los particulares ni los Estados pueden ejercer propiedad o soberanía exclusiva sobre el espacio aéreo. «Nos parece imposible —escribió P. Fauchille— aislar el espacio del aire que se encuentra en él. La condición del aire debe, pues, comunicarse a la del espacio. Es materialmente imposible para un Estado tener la atmósfera bajo su poder». Ambas posturas tuvieron reflejo en las sesiones de la Conferencia de París (1910)⁴; únicamente el desarrollo de la I Guerra mundial, durante la cual la aviación jugó un papel estratégico, dio la razón a quienes consideraban que los intereses nacionales estaban íntimamente ligados a la actividad aeronáutica. El propio P. Fauchille moderó su posición original, al considerar que el concepto de libertad del aire debería sustituirse por el principio de libre circulación aérea, dejando en claro que los Estados subyacentes gozan de ciertos derechos de protección, fundados, a su vez, en un derecho de conservación que debe reconocerse a todos los Estados⁵.

El artículo I de la Convención Internacional de Navegación Aérea, aprobada en París el 13 de octubre de 1919, estableció que «las Altas Partes Contratantes reconocen que cada potencia ejerce soberanía completa y exclusiva sobre el espacio atmosférico encima de su territorio»⁶. En 1944, la Conven-

³ Ph. FAUCHILLE, «Le domain aerien et le regime juridique des aerostates», *RGDIP*, 1901, pp. 414-485.

⁴ Durante las cuales se apreciaron las siguientes tendencias: 1. Teoría de la libertad del aire: a) libertad del aire sin restricciones, b) libertad del aire limitada por ciertos derechos, especialmente en el espacio subyacente, c) libertad del aire limitada por una zona aérea territorial. 2. Teoría de la soberanía del aire: a) soberanía total hasta una altura ilimitada, b) soberanía total limitada por un derecho de paso inocente en favor de la navegación aérea, c) soberanía total, sin ninguna restricción, *ad infinitum*. Un análisis de la Conferencia en E. PEPIN, «La conférence de 1910 ou le premier essai de régler l'aviation internationale», *ADES* 1978, pp. 185-207; J. C. COOPER, «The International Air Navigation Conference, Paris 1910», *JALC*, 1952, pp. 127-143. Sobre la evolución doctrinal descrita, ver, J. MERCHÁN, *Derecho internacional del Espacio*, Madrid: Tecnos, 2ª ed., 1990, pp. 88-94.

⁵ Ph. FAUCHILLE, «La circulation aérienne et le droit des Etats en temps de paix», *RGDIP*, 1910, pp. 55-62. En este sentido se pronunció el *Institut de Droit International* en sus sesiones de Gante (»Régime des aérostats et de la télégraphie sans fil», *Annuaire IDI* vol. 21, 1906, pág. 327) y, más claramente aún, de Madrid (»Resolution sur le Régime juridique des aéronefs», *Ann. IDI*, vol. 24, 1911, pág. 346, artículo ³ Ver, R. DARÍO Y BASUALDE, *La condición jurídica del espacio (atmosférico e interplanetario)*, Buenos Aires: SACDIC eds., 1961.

⁶ Un total de 38 Estados llegaron a ser partes en la Convención aunque debe destacarse las ausencias de los Estados Unidos, la URSS y Alemania. La versión española que se emplea está tomada de R. ALDAY CEJA, *Régimen jurídico en el espacio*, México D.F.: s.n., 1957, pp. 39-40. Los artículos I de las Convenciones Iberoamericana de Madrid (1926) e Interamericana de La Habana (1928) son réplicas casi exactas del citado artículo de la Convención de París.

ción de Chicago sobre Aviación Civil Internacional formuló idéntico principio: «Los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio» (art. I).

En la actualidad el principio de soberanía del Estado sobre su espacio aéreo es un principio de derecho internacional consuetudinario reafirmado por la CIJ⁷ y sostenido por los Estados⁸.

3. Este principio inspira también la legislación española. En efecto, así lo señala la Ley 48/1960, de 21 julio, de Navegación Aérea en su artículo 1:

«el espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial está sujeto a la soberanía del Estado español».

Por otra parte, la Constitución Española se refiere al control del espacio aéreo en su artículo 149.1.20, que atribuye al Estado las competencias exclusivas sobre el tema. Estas competencias son ejercidas por los Ministerios de Defensa y de Fomento, de acuerdo con el reparto competencial señalado hoy por la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. Según esta Ley debe distinguirse entre el control de la circulación aérea operativa, que compete en todo momento al Ministerio de Defensa, y el control de la circulación aérea general, que es competencia del Ministerio de Fomento al que, entre otras funciones, corresponde «la dirección y coordinación de la actividad de las Delegaciones de Seguridad en Vuelo en las funciones de carácter técnico, y la regulación y supervisión, tanto técnica como operativa, de los sistemas de navegación aérea y aeroportuarios»⁹.

⁷ Sentencia de 27 de junio de 1986, párrafos 212 (en el que define la soberanía territorial del Estado y señala que se extiende al espacio aéreo), 251 (donde condena la violación del principio de soberanía territorial, indicando expresamente: «This principle is also directly infringed by the unauthorized overflight of Nicaraguan territory») y 292 (parte dispositiva, párrafos 4 y 5). CIJ, *Military and paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Rec. 1986.

⁸ Así lo ha hecho, por ejemplo, Pakistán en la demanda que interpuso contra la India el 21 de septiembre de 1999 ante la CIJ, y en la que alegaba, entre otros aspectos, que la intromisión en su espacio aéreo de dos cazas indios (para abrir fuego contra un avión de la marina pakistani) es una violación de la obligación de derecho internacional consuetudinario de respeto de la soberanía de otro Estado. CIJ, *Requête introductive d'instance enregistrée au Greffe de la Cour le 21 septembre 1999, Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*. Sentencia de 21 de junio de 2000 (Competencia).

⁹ Ver, Real Decreto 1476/2004, de 18 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento, art. 10 donde se detallan las funciones de la Dirección General de Aviación Civil. En tiempos de conflicto armado también será competente de la circulación aérea general el Ministerio de Defensa.

Compete, pues, al Ministerio de Fomento, en cooperación con el Ministerio de Defensa, la organización de la navegación aérea en el espacio aéreo español. Las normas aprobadas y las decisiones adoptadas al respecto han de entenderse manifestaciones concretas del principio de soberanía y concreción de las facultades reconocidas a los Estados por el Convenio de Chicago, cuyo artículo 5, por ejemplo, señala que «cada Estado contratante conviene que todas las aeronaves de los demás Estados contratantes que no se utilicen en servicios internacionales regulares tendrán derecho, de acuerdo con lo estipulado en el presente Convenio, a penetrar en su territorio y sobrevolarlo sin escalas, a hacer escalas en él con fines no comerciales, sin necesidad de obtener permiso previo (...)». Con este artículo no sólo se está estableciendo el régimen jurídico aplicable con carácter general a la navegación aérea: la libertad de tránsito¹⁰, sino que, más importante a los efectos del presente trabajo, se está afirmando que los Estados gozan de absoluta discrecionalidad para autorizar la penetración, el sobrevuelo, el aterrizaje y la salida de su espacio aéreo de las aeronaves extranjeras de cualquier tipo.

Relacionada con esta capacidad el Convenio permite a los Estados el restringir o prohibir temporalmente y con efecto inmediato, «en circunstancias excepcionales, durante un período de emergencia o en interés de la seguridad pública», los vuelos sobre todo su espacio aéreo o parte del mismo, a condición de que esta restricción o prohibición se aplique, sin distinción de nacionalidad, a todas las aeronaves de los demás Estados (Art. 9.b) CACI).

La Orden dictada por la Administración de los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, inmediatamente después de los atentados en Nueva York, Washington y Pittsburg responde a este supuesto¹¹. También es éste el fundamento de las medidas restrictivas del uso del espacio aéreo aprobadas por las autoridades españolas con motivo de la boda del Príncipe Felipe el

¹⁰ En otros supuestos la discrecionalidad del Estado para autorizar el sobrevuelo a las aeronaves extranjeras se predica todavía con mayor rotundidad: las aeronaves de Estado, las aeronaves civiles que realicen vuelos en servicio de carácter regular y las aeronaves aptas para volar sin piloto, requieren para poder penetrar, sobrevolar y aterrizar en el territorio de un Estado parte de la autorización expresa de sus autoridades (Arts. 3.c), 6 y 8 CACI). Esta autorización preceptiva es calificada de «especial» por el texto de 1944 como un medio para diferenciarla de la autorización que de forma general se otorgaron los Estados en el artículo 5. Este régimen particular, aplicable ciertamente a supuestos menores como las aeronaves sin piloto y aeronaves de Estado pero también a ciertos casos de importancia económica (servicios regulares), es susceptible de revocación en el caso de que las aeronaves especialmente autorizadas no se supediten a las condiciones fijadas en la decisión de autorización.

¹¹ Press Briefing by Secretary of Transportation Norm Mineta. September 11, 2001: «One of the most cherished freedoms is the freedom of movement, the ability to move freely and safely. But today, that freedom was attacked. But we will restore that freedom throughout the national

día 22 de mayo de 2004. El plan de seguridad adoptado incluyó, entre otras medidas, el cierre del espacio aéreo de Madrid. En este sentido, el día 5 de mayo de 2004 la Sección de Espacio Aéreo de la División de Operaciones del Estado Mayor del Ejército del Aire publicó un NOTAM en el que, por razones de seguridad, se prohibían los vuelos visuales (VFR) en el espacio aéreo delimitado por un círculo de 50 millas náuticas de radio con centro en el Palacio Real de Madrid (coordenadas 402510N-0034248W) desde las dieciocho horas del día 21 hasta las veinte horas del día 22, ambos del mes de mayo de 2004. Con posterioridad este plazo fue ampliado hasta las veinte horas del día 23 de mayo de 2004. Correspondió a las autoridades del Ministerio de Defensa asegurar el estricto cumplimiento de esta prohibición¹². En lo que respecta a la seguridad aérea, además del cierre del espacio aéreo madrileño, España solicitó a la OTAN uno de sus aviones de reconocimiento AWACS de la Flota de Alerta Temprana (NAEW), como ya se hizo en ocasión de las Cumbres europeas que, durante la pasada Legislatura y con motivo de la Presidencia de turno española, tuvieron lugar en Barcelona y Sevilla. Posteriormente, para la celebración de la Cumbre Euromediterránea de Barcelona de los días 27 y 28 de noviembre de 2005, se actuó de modo similar.

4. Los Estados pueden también, «por razones de necesidad militar o de seguridad pública, restringir o prohibir uniformemente los vuelos de las aeronaves de otros Estados sobre ciertas zonas de su territorio (...)» (Art. 9 CACI)¹³. En líneas generales, puede señalarse que esta potestad contiene una serie de elementos que la hacen proclive a suscitar controversias internacionales. De hecho, supone una decisión arbitraria de un Estado a

transportation system as soon as possible. And we will restore the highest-possible degree of service. These terrorist acts are designed to steal the confidence of Americans. We will restore that confidence. We have already taken some first steps as a precaution. I have ordered the FAA to ground all commercial air traffic until at least tomorrow afternoon. After the attack, some of our aircraft were diverted to Canada. And so we owe our Canadian neighbors a debt of gratitude for helping us as we redirected over 120 flights and their passengers to airports in Canada. <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010911-10.html>.

¹² Ver, ORDEN DEF/1371/2004, de 18 de mayo, por la que se amplía el plazo del NOTAM de 5 de mayo de 2004 de la Sección de Espacio Aéreo de la División de Operaciones del Estado Mayor del Ejército del Aire y se da publicidad al mismo (BOE 121 de 19/5/2004).

¹³ En el Anexo 2 al Convenio (*Reglas del aire*) se definen ambos conceptos: *Áreas de navegación prohibida*: «Zonas del espacio aéreo de dimensiones definidas, que se extienden sobre el territorio o las aguas territoriales de un Estado, en las que está prohibido el vuelo de aeronaves». *Áreas de navegación restringida*: «Zonas del espacio aéreo de dimensiones definidas, que se extienden sobre el territorio o las aguas territoriales de un Estado, en las que restringe el vuelo de aeronaves de acuerdo a determinadas condiciones».

través de la cual éste da prioridad a sus intereses nacionales sobre otros intereses de la navegación aérea internacional y del resto de Estados.

No sorprende, por lo tanto, que a lo largo del tiempo hayan surgido al menos cuatro controversias al respecto: India —Pakistán (1952), República Árabe Unida— Unión Árabe (1958), España —Reino Unido (1967) e Israel— Libia (1973). La consideración de las mismas permite advertir que el ejercicio de esta potestad está sujeto a ciertas condiciones. Así se demostró con motivo del conflicto surgido en 1952 y que enfrentó a la India y a Pakistán. En un contexto de fuerte enfrentamiento entre hindúes y musulmanes, Pakistán declaró zona prohibida a la navegación toda la frontera oeste del Pakistán occidental (entonces todavía bajo su soberanía). Se trataba de una medida adoptada con el fin de prevenir una operación militar conjunta de la India y de Afganistán. La India, principal Estado afectado, consideró que esta medida era contraria al Convenio de Chicago por dos motivos: en primer lugar, por la enorme extensión del área decretada; en segundo lugar, porque la medida no se había adoptado de forma uniforme, puesto que permitía el vuelo de las aeronaves iraníes. El incidente, que no tuvo mayor trascendencia dado que las partes lograron un acuerdo, sirvió para poner de manifiesto los dos límites que envuelven al ejercicio de esta potestad: la extensión razonable del aérea prohibida o restringida y la no discriminación de la medida, que debe afectar incluso a las aeronaves nacionales¹⁴.

La polémica surgida a raíz de la decisión española de declarar zona prohibida a la navegación la columna de aire que se extiende desde la Bahía de Algeciras (1967) sirvió para apreciar el alcance de tales limitaciones. La medida fue adoptada días después de que el Reino Unido restringiera el acceso por tierra a la zona del Peñón y, debe por lo tanto, enmarcarse en el contexto del contencioso histórico en torno a Gibraltar. La Orden de la Presidencia del Gobierno por la que se adopta esta decisión justificaba la medida en motivos de seguridad nacional¹⁵. Las autoridades británicas, molestas por la decisión y arguyendo que los límites del mar territorial de Gibraltar nunca habían sido definidos, plantearon la

¹⁴ En relación con este último aspecto, no puede olvidarse, sin embargo, que los Estados tienen la posibilidad de discriminar positivamente a las aeronaves de Estado. La Orden de 23 de mayo de 1977 sobre zonas prohibidas y restringidas a la navegación (*BOE* núm. 127, de 28 de mayo) señala en su punto primero: «Se establecen las zonas prohibidas y restringidas al vuelo en territorio nacional para todas clase de aeronaves, *excepto las españolas militares, de la Seguridad Social y las del Servicio de Vigilancia aduanera*, que a continuación se describen (...)».

¹⁵ Orden de 11 de abril de 1967, *BOE* núm. 87, de 17 de abril.

necesidad de iniciar negociaciones bilaterales monográficas sobre el tema. Tras acudir al Consejo de la OACI (Art. 54 CACI) y fundamentando su acción en el artículo 84 del Convenio de Chicago, el Reino Unido amenazó con someter a la consideración de la Corte Internacional de Justicia la cuestión de la delimitación de la zona prohibida de Algeciras. En su opinión la actitud española superaba los márgenes de lo razonable y dificultaba innecesariamente la navegación aérea, por lo que se violaba el artículo 9 CACI. Para las autoridades españolas, en cambio, la decisión, por ser el establecimiento de las zonas restringidas y prohibidas competencia exclusiva de sus autoridades, se había llevado a cabo de forma acorde a derecho y, en particular, se ajustaba al sentido de los artículos 1 y 2 del Convenio de 1944¹⁶. La cuestión no tuvo mayor trascendencia, ya que el asunto fue archivado, a petición de las partes, el 28 de noviembre de 1969. Ha de señalarse que España notificó a la OACI los puntos que enmarcaban la zona prohibida de Algeciras, única de las condiciones incluidas en el Convenio que España estimaba que le imponía una obligación. La postura española fue interpretada como una decisión política¹⁷, sobre todo a partir del hecho de que tiempo después una Orden de Presidencia del Gobierno recalificó la zona considerando únicamente como zona restringida el punto más conflictivo de la Bahía de Algeciras¹⁸.

En general, por lo tanto, el establecimiento de zonas de navegación prohibida o restringida es una potestad discrecional de las autoridades estatales. Esta decisión debe, sin embargo, cumplir ciertas condiciones: extensión razonable de la zona, no resultar discriminatoria para las aeronaves de determinados Estados, notificación a la OACI de la medida origi-

¹⁶ Sobre las razones que llevaron a España a adoptar esta decisión, ver, MAE, *Negociaciones sobre Gibraltar. Documentos presentados a las Cortes españolas por el Ministerio de Asuntos Exteriores*, Madrid: MAE, 1967 (existen ediciones previas correspondientes a los años 1965 y 1966), pp. 109 y ss. Durante las conversaciones celebradas entre España y el Reino Unido los días 5 a 8 de junio de 1967, el Sr. Gómez Jara (Asesor Jurídico del Ministerio del Aire) dejó sentada la postura española: «(...) no siendo necesaria la previa autorización del Consejo de la OACI para que una zona prohibida tuviera validez, había que partir del hecho incotrovertible de que la zona prohibida española, establecida en virtud de un acto soberano y de un derecho que reconoce el Convenio de Chicago, era plenamente válida» (pág. 196).

¹⁷ Ver, I.H.Ph. DIEDERIKS-VERSHOOR, *An Introduction to Air Law*, Deventer: Kluwer, 4ª ed., 1991, pág. 13, y N.M. MATTE, *Traité de droit-aérien – aéronautique*, Montreal: McGill University, 3ª ed., 1980, pág. 206.

¹⁸ Orden de 15 de marzo de 1985, *BOE* núm. 78, de 1 de abril. En esta Orden, tras la indicación de los puntos cartográficos que delimitan la zona, se indica que «la realineación de espacios señalada en esta zona no limita en modo alguno la soberanía nacional sobre las zonas terrestres, mar territorial y espacio aéreo correspondientes».

nal y de sus modificaciones. Por lo demás, el Estado ha de exponer las causas que le llevan a adoptar tal decisión. En este sentido, el Convenio señala dos posibles motivos: seguridad pública y necesidades militares. En ocasiones, los Estados han tratado de perfilar algo más las razones de su decisión, indicando que esta obedece, por ejemplo, a motivos ecológicos.

Tal es el caso de España, como refleja la aprobación de la reciente ORDEN PRE/1841/2005, de 10 de junio, por la que se modifica parcialmente la Orden de 18 de enero de 1993, del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, sobre zonas prohibidas y restringidas al vuelo, con el objeto de proteger la Red de Parques Nacionales evitando el sobrevuelo generalizado de aeronaves¹⁹. La normativa general del derecho español sobre el tema está contenida en los artículos 3 y 146 de la Ley de Navegación Aérea y en la Orden de 18 de enero de 1993 sobre Zonas prohibidas y restringidas al vuelo, que derogó las Orden de la Presidencia del Gobierno de 23 de mayo de 1977, 31 de octubre de 1977, y sus sucesivas modificaciones. Esta normativa distingue entre zonas prohibidas (debido a causas de alta seguridad), restringidas (en las cuales está autorizado su uso sólo temporalmente) y peligrosas (donde únicamente se pueden atravesar por las rutas que Defensa indica).

B) LA PROTECCIÓN DEL ESPACIO AÉREO

5. Asentado que, en virtud del principio de «soberanía plena y exclusiva del Estado sobre su espacio aéreo», todos los Estados tienen competencia en materia de vigilancia del espacio aéreo y conscientes que los Estados imponen limitaciones y condiciones a la entrada en su espacio aéreo de aeronaves extranjeras ó establecen vías de navegación a las que tales aeronaves deben ajustarse, surge la cuestión de cómo puede el Estado subyacente responder a las eventuales violaciones de las normas por él establecidas. Se plantea así la cuestión de la defensa del espacio aéreo; una cuestión que, como se ha dicho, es expresiva de las una de las funciones tradicionales de las Fuerzas Armadas.

6. La noción de jurisdicción, inherente a la de soberanía, remite a la función propia de los Estados de garantizar la aplicación del derecho en los casos concretos. En general, son los tribunales de justicia los encargados de desempeñar esta tarea pero junto a ellos colaboran otros órganos a los que

¹⁹ En *BOE* núm. 144, de 17 de junio de 2005.

corresponden sobre todo funciones de tipo coactivo o de investigación. Al tratar esta cuestión el CACI se limita a depositar en manos de los Estados contratantes la capacidad para mantener la vigencia y la eficacia de sus respectivas leyes y reglamentos. Así lo señala de forma general el artículo 12 – *Reglas del aire* – cuando indica que «cada Estado contratante se compromete a asegurar que se procederá contra todas las personas que infrinjan los reglamentos aplicables». Esta es la única referencia que el Convenio hace al poder jurisdiccional de los Estados, cuyas manifestaciones concretas les son atribuidas en paralelo a la enumeración de las prerrogativas que se han estudiado, esto es, en los artículos 5, 8, 9, 10, 13 y 16.

La lectura de estos artículos permite señalar que: a) los Estados partes se reservan el derecho a exigir el aterrizaje de cualquier aeronave de otro Estado que sobrevuela su territorio, incluso cuando ésta se halle navegando en condiciones legales (Art. 5.1 in fine), b) los Estados partes se dotan de la capacidad para controlar que las aeronaves sin piloto que navegan por su espacio aéreo no causen peligro alguno a las aeronaves civiles que circulan por el mismo (Art. 8), c) los Estados partes pueden exigir el aterrizaje de las aeronaves extranjeras que penetran en las zonas que el Estado sobrevolado ha declarado como áreas de navegación prohibida o restringida (Art. 9.c)), d) los Estados partes se otorgan idéntica capacidad en relación a las aeronaves extranjeras que estén sobrevolando su espacio aéreo cuando sus autoridades hayan restringido o prohibido temporalmente los vuelos sobre la totalidad o parte de su territorio (Art. 9.c)), e) los Estados partes están capacitados para designar el aeropuerto en el que han de aterrizar o desde el que deben despegar las aeronaves extranjeras para fines de inspección, de aduana o de otras formalidades (Arts. 10 y 13), f) los Estados partes tienen el derecho de inspeccionar, sin causar demoras innecesarias, las aeronaves de los demás Estados contratantes a la llegada o salida de su territorio, y a examinar los certificados de navegabilidad y otros documentos prescritos en la Convención (Art. 16).

Queda claro, así, que la Convención de Chicago diferencia con claridad entre las potestades de inspección y de control, de una parte, y las potestades de enjuiciamiento y de sanción a quienes violan los ordenamientos respectivos, de otra²⁰.

Ahora bien, las actividades de inspección, enjuiciamiento y sanción parecen en principio susceptibles de aplicarse sólo en el caso de que las

²⁰ Sobre el tema, ver, C. EMMANUELI, «Étude des moyens de prévention et de sanction en matière d'actes d'interférence illicite dans l'aviation civile internationale», *RGDIP*, 3/1973, pp. 577 y ss., y 4/1973, pp. 1081 y ss.

aeronaves afectadas se encuentren en un aeropuerto del Estado, de ahí que su ejercicio dependa de la eficacia previa de las actividades de control. La inspección de las aeronaves y el enjuiciamiento y la sanción de su tripulación sólo podrán formalizarse si el avión se ha adentrado legalmente en el territorio del Estado, si ha navegado por las aerovías que se le ha asignado, si ha tomado tierra en el aeropuerto que se le indicó o, en última instancia, de no haberse adecuado a las exigencias anteriores, si las autoridades del Estado han logrado interceptar y reconducir su vuelo hasta hacerle tomar tierra. El punto básico de la jurisdicción es, por todo lo dicho, la respuesta que los Estados subyacentes pueden dar a las intrusiones de las aeronaves extranjeras en su espacio aéreo.

7. Como ya se ha indicado estas funciones - la vigilancia, el control y la defensa del espacio aéreo de soberanía nacional corresponden en España al Ministerio de Defensa²¹. Ello está en concordancia, por otra parte, con el hecho de que la Constitución atribuya al Estado también la competencia exclusiva en materia de Defensa y Fuerzas Armadas (art. 149.1.4), asigne al Gobierno la dirección de la Defensa del Estado (art. 97) y establezca como misión de las Fuerzas Armadas «garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional» (art. 8.1). Todo lo anterior ha sido ratificado recientemente por la Ley Orgánica de Defensa Nacional cuyo art. 16 afirma que «la vigilancia del espacio aéreo y el control del espacio aéreo de soberanía nacional» constituyen misiones propias de las Fuerzas Armadas incardinadas en la más genérica misión de protección de la integridad territorial de España (art. 2.1 LODN).

Más concretamente, la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de Criterios básicos de la defensa nacional y de organización militar (derogada por la reciente Ley de Defensa Nacional) asignó al Ejército del Aire la responsabilidad de ejercer el control del espacio aéreo español²², de tal modo que dentro de las Fuerzas Armadas «la misión principal del Ejército del Aire es la defensa aérea del territorio y espacios de interés españoles, así como el control del espacio aéreo de soberanía nacional, que se extienden

²¹ Para un análisis detallado de la organización, los medios y los métodos empleado por el Ejército del Aire a estos efectos, ver *Defensa*, extra núm. 62, junio de 2002, dedicado a «La defensa aérea en España».

²² Este aspecto es reafirmado en la disposición final segunda del Real Decreto 1489/1994, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Circulación Aérea Operativa, que señala al Ejército del Aire como principal responsable del control del espacio aéreo y de la circulación aérea operativa.

hasta las 200 millas náuticas de nuestro mar territorial o las líneas de delimitación con Francia, Italia, Portugal, Marruecos, Argelia y Mauritania, con objeto de salvaguardar el territorio nacional y proteger intereses críticos, las vías de comunicación o la Zona Económica Exclusiva»²³.

a) La respuesta de los Estados ante las intrusiones de aeronaves extranjeras

8. Desde la aprobación de la Convención de Chicago se han dado diversos casos en los que la intrusión de aeronaves extranjeras en el espacio aéreo de otro Estado ha provocado una controversia internacional de cierta gravedad²⁴. Pero no siempre ocurre así pues es frecuente que la intrusión de aeronaves en su espacio aéreo sea aceptada *a posteriori* por el Estado de sobrevuelo bien expresamente bien omitiendo todo acto de protesta.

La campaña militar contra Iraq en el año 2003 permite mostrar la reacción de diversos Estados ante las necesidades de vuelo de los aviones de guerra de los Estados Unidos, quien buscó el asentimiento previo de los mismos. Algunos, como Turquía, accedieron con carácter previo al uso de

²³ www.mde.es. La referencia a Argelia y Mauritania obedece a que, en tanto que antigua potencia administradora, la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) ha asignado a España el control del espacio aéreo que se encuentra sobre el cielo del Sáhara Occidental. En diversos estudios se ha señalado la cesión provisional de esta competencia a Marruecos por parte del Gobierno de Rodríguez Zapatero. Así, A. CAMACHO, «Sahara: España y la tensión en el Magreb», *GEEES* núm. 270, de 3 de marzo de 2005.

²⁴ La CIJ conoció sobre el incidente de la destrucción el 27 de julio de 1955 por las defensas antiaéreas búlgaras de un avión perteneciente a la compañía El Al Israel Airlines Ltd., sobre el que, sin embargo, la Corte no tuvo que decidir sobre el fondo por cuanto consideró que la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria realizada por Bulgaria en el año 1921 no se hallaba en vigor. CIJ, *Affaire relative à l'incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie) (exceptions préliminaires)*, sentencia de 26 de mayo de 1959, *Rec.* 1959. Y previamente los asuntos *Aerial Incident of 7 November 1954 (United States v. USSR)* (1959), *Aerial Incident of 4 September 1954 (United States v. USSR)* (1958), *Aerial Incident of 27 July 1955 (United Kingdom v. Bulgaria)* (1957-1959), *Aerial Incident of 27 July 1955 (United States v. Bulgaria)* (1957-1960), *Aerial Incident of 7 October 1952 (United States v. USSR)* (1955-1956), *Aerial Incident of 10 March 1953 (United States v. Czechoslovakia)* (1955-1956). Para un examen de los supuestos mencionados, ver, entre otros, K. HAILBRONNER, «Aerial Incident Cases», en R.L. BINDSCHEDLER (Dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, pp. 7-11. En todos ellos, la Corte consideró que los Estados no se habían sometido plenamente a su jurisdicción, razón por la que declinó su competencia. Un examen más detallado en O.J. LYSSITZIN, «The treatment of aerial intruders in recent practice and international law», *AJIL*, 1953, pp. 559-590, y J.A.Ph. PRINCE, *The development... Op.cit.*, pp. 192-304.

su espacio aéreo por la aviación norteamericana (aunque sin permitir el uso de las bases aéreas turcas ni siquiera para proceder al repostaje). Por lo que se refiere a España ha de indicarse que el anterior Ministro de Defensa, Federico Trillo, admitió que 27 bombarderos estratégicos y 22 aviones de ataque al suelo norteamericanos volaron por el espacio aéreo español durante los meses de enero a marzo de 2003 (en dirección a Iraq). El Ministro negó que hubiera escalas de B-52 y que éstos sobrevolaran ciudades, en concreto Bilbao, Barcelona o Pamplona, y eludió revelar si los aviones realizaron maniobras de repostaje sobre suelo español. Añadió que, desde comienzos de año, unos 405 aviones de guerra de EE.UU. han sobrevolado el espacio aéreo español, con permiso del Ejecutivo ²⁵.

La denuncia formulada por Amnistía Internacional (AI) el 5 de diciembre de 2005 de que seis aviones fletados por la CIA llevaron a cabo 800 vuelos «con origen o aterrizaje en Europa» – España incluida - para trasladar a sospechosos de terrorismo a otros países ha de situarse en este contexto. En rigor, tal denuncia tuvo su origen en una información periódica publicada en los Estados Unidos por *The Washington Post* y en un informe realizado por Human Rights Watch, ambos en noviembre de 2005, según los cuales la CIA pensaba establecer, o en algunos casos ya lo había hecho, un sistema de prisiones secretas con centros en Estados democráticos de Europa central y oriental (en tanto que *The Washington Post* no mencionaba ningún Estado en concreto, el informe de HRW se refería expresamente a Polonia y Rumania). También se señalaba que la CIA había fletado numerosos vuelos desde y hacia territorio europeo (beneficiándose, por consiguiente, de las instalaciones aeroportuarias y de ayuda a la navegación de los Estados correspondientes) para proceder, previa detención ilegal, al transporte – también ilegal - de sospechosos terroristas hacia los señalados centros de detención. Esta información no fue negada por C. Rice en sus declaraciones del día 5 de diciembre de 2005. La Secretaria de Estado se refirió a la necesidad de adoptar «medidas extraordinarias en la lucha contra el terrorismo» y a negar la práctica de torturas²⁶.

Como señaló en su comparecencia del día 24 de noviembre de 2005 ante la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados el

²⁵ En *Boletín. Ejércitos* (Ministerio de Defensa) de 25-03-2003 www.defensa.com/boletin/ejercitos.htm

²⁶ Ver, PARLIAMENTARY ASSEMBLY – COUNCIL OF EUROPE, Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Alleged secret detentions in Council of Europe member states. Information Memorandum II*. (Rapporteur: Mr Dick Marty), AS/Jur (2006) 03 rev, 22 January 2006.

Sr. Moratinos Cuyaubé, ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación, en España la cuestión se ha concretado en la posible utilización del espacio aéreo y de los aeropuertos españoles para el traslado de presos o detenidos en vuelos internacionales. La reacción española ha consistido en pedir aclaraciones a las autoridades norteamericanas e iniciar una investigación judicial de los hechos a través de la Fiscalía²⁷.

De todos modos no es extraño que la intrusión en el espacio aéreo de un determinado Estado de una aeronave de un tercer Estado dé origen a una controversia internacional y que a veces hasta llegue a provocar el recurso a la amenaza o al empleo de la fuerza armada por el Estado objeto de sobrevuelo²⁸.

En la mayoría de los casos estos incidentes se han protagonizado por aeronaves militares. En general, ni la condición desarmada, aducida en muchos de los casos indicados, ni las características de las aeronaves militares son tomadas en consideración por las autoridades del Estado objeto de sobrevuelo en el momento de ofrecer una respuesta ante tal violación de su soberanía territorial.

Algunos de estos incidentes aéreos tuvieron lugar en el marco de la guerra fría y encontraron como principales protagonistas a las dos superpotencias²⁹; otros son reflejo de las tensiones entre Estados vecinos

²⁷ Comparecencia del señor ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación (Moratinos Cuyaubé), para dar cuenta de la información y de las actuaciones del Gobierno español sobre la posible utilización de aeropuertos españoles para el traslado a presos o detenidos en vuelos internacionales. A petición propia. (Número de expediente 214/000092.) Comisión de Asuntos Exteriores – Congreso de los Diputados, Sesión núm. 25, celebrada el jueves, 24 de noviembre de 2005, VIII Legislatura, *DSCD* Núm. 425, pp.: 2 19 27. Ver, también, Comparecencia del señor secretario de Estado de Asuntos Exteriores y para Iberoamérica (León Gross), para informar sobre: La reunión de los ministros de Asuntos Exteriores de la OTAN con la secretaria de Estado de los Estados Unidos de América, en Bruselas, acerca de los vuelos de la Agencia Central de Inteligencia. A solicitud del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. (Número de expediente 212/000963.) Comisión de Asuntos Exteriores – Congreso de los Diputados, Sesión núm. 25, celebrada el jueves, 21 de diciembre de 2005, VIII Legislatura, *DSCD* Núm. 458, pp. 18 24 27.

²⁸ Las normas que se estudian hacen referencia al Derecho internacional relativo a la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza armada. Ha de indicarse que no existen prácticamente normas de Derecho internacional humanitario aplicables a la guerra aérea, a pesar de que ésta ha sido un rasgo saliente de varios conflictos recientes. No existen tratados específicos que regulen de manera general la conducción de la guerra aérea. Ver, N. RONZITTI, «¿ Es aceptable el non liquet del Informe Final del Comité instituido para examinar la campaña de la OTAN en contra de la República Federativa de Yugoslavia? » *Revisita Internacional de la Cruz Roja* N° 840, pp. 1017 – 1027.

²⁹ G. RICHARD, «KAL 007: The legal fallout», *ADES* 1984, pp. 147-162, en particular, pág. 149.

enfrentados políticamente (v.g., India —Pakistán³⁰; Ecuador— Colombia³¹; etcétera³²), o se desarrollaron con el telón de fondo de las diferentes interpretaciones sobre las fronteras entre dos Estados.

Ciertos incidentes habidos en el marco del conflicto hispano – británico sobre Gibraltar deben enmarcarse en este último contexto. En concreto, España, en siete notas verbales dirigidas a la Embajada británica durante los días 26 de enero de 30 de octubre de 1967, protestó por 146 violaciones del espacio aéreo español cometidas por aeronaves militares británicas procedentes o con destino al aeropuerto de Gibraltar. El Reino Unido rechazó las protestas españolas en todos los casos excepto uno; el Ministerio de Asuntos Exteriores rechazó, a su vez, las explicaciones británicas³³.

De todos los incidentes habidos hasta la fecha el más significativo ha sido, sin duda, el conocido caso del U-2. El 1 de mayo de 1960, Francis G. Powers, ciudadano de los Estados Unidos, fue arrestado cerca de Sverdlovsk (URSS) tras haberse lanzado en paracaídas desde un avión militar americano (tipo Lockheed U-2). La aeronave había sido derribada, aparentemente sin previo aviso, mientras volaba sobre territorio soviético a una altitud de 60 a 68.000 pies. El aviador fue condenado por el Tribunal Supremo de la Unión Soviética por espionaje a una pena de 10 años de confinamiento. El juicio, en especial la sanción decretada, tenía desde la perspectiva soviética una función ejemplarizante, pues el sobrevuelo de la aeronave pilotada por Powers, lejos de ser un hecho aislado, respondía a una práctica rutinaria planeada por las autoridades norteamericanas³⁴.

³⁰ Destrucción de una aeronave militar pakistaní en vuelo de rutina por el espacio aéreo del Pakistán en territorio pakistaní. Ver, «Application of the Islamic Republic of Pakistan», 21 de septiembre de 1999. El asunto, sin embargo, concluyó con una Sentencia de la Corte declarando que carece de competencia para conocer del mismo. CIJ, *Incident aérien... Op.cit.* Un comentario doctrinal en P.H.F. BEKKER, «Aerial Incident of 10 august 1999 (Pakistan v. India)», *AJIL*, vol. 94, Oct. 2000, No. 4, pp. 707-713.

³¹ Con la reciente denuncia – 21 de noviembre de 2005 - por Ecuador de la violación de su espacio aéreo por aeronaves militares colombianas.

³² En este contexto podrían situarse también la queja formulada por Marruecos al Embajador de España en Rabat sobre una supuesta violación del espacio aéreo por parte de aviones caza españoles durante la mañana del 5 de febrero de 2004. Fue éste el primer incidente entre Marruecos y España tras la cumbre bilateral que se celebró en Marraquech el 8 y 9 de diciembre de 2004 bajo la presidencia de los jefes de gobierno de ambos países, Dris Yetú y José María Aznar, para tratar de normalizar las relaciones bilaterales después de tres años de desencuentros entre los dos países vecinos cuyo punto culminante fue la crisis del islote de Perejil (11 de julio de 2002).

³³ Nota verbal núm. 89, de 16 de marzo de 1967, Nota verbal núm. 79 (29 de marzo), respectivamente.

³⁴ Ver, O.J LYSSITZIN, «Some legal implications of the U-2 and RB 47 incidents», *AJIL*, 1962, pp. 135-142; Q. WRIGHT, «Legal aspects of the U-2 incident», *AJIL*, 1960, pp. 836-854.

Aunque en menor número, la práctica permite recoger también supuestos de intrusiones de aeronaves de carácter comercial³⁵. G. Barile contabilizó para el período 1953 – 1983 un total de 12 incidentes en los que el sujeto pasivo del impacto ha sido un avión comercial³⁶; posteriormente de entre los diversos incidentes producidos merece destacarse el provocado por la destrucción de un avión iraní el 3 de julio de 1988 por los Estados Unidos, no sólo por el número de damnificados - causó la muerte de 290 pasajeros más la tripulación – sino porque su solución exigió incluso la participación de la Corte Internacional de Justicia aunque finalmente ésta se limitó a hacerse eco del acuerdo de desestimiento alcanzado por ambas partes en 1996³⁷.

También tuvo una gran trascendencia social y significación jurídica el derribo en 1983 del Boeing 747 de la KAL. El 1 de septiembre de 1983, un Boeing 747 de la Korean Airlines, que efectuaba el vuelo 007 desde el aeropuerto neoyorquino J.F. Kennedy a Seoul, fue derribado por aeronaves militares soviéticas, que le dispararon un mínimo de dos misiles, causando la inmediata caída del avión en el Mar del Japón. El Boeing de la KAL había abandonado su ruta, pues, tras repostar en Anchorage (Alaska, EE.UU.), sufrió una ligera pero continua desviación hacia el Norte, lo que le llevó a penetrar más de 500 Kms. en el espacio aéreo de la Unión Soviética a la altura de la Península de Kamchatka y de la Isla Sakhahn. De atender las explicaciones del Kremlin los aviones militares soviéticos trataron de interceptar el aparato en dos ocasiones sin que la tripulación del avión acatara las instrucciones que se le impartían. El incidente se saldó con el fallecimiento de los 240 pasajeros, la tripulación y el personal de cabina. Un total de 269 muertos³⁸.

9. Como ha podido apreciarse, en ocasiones ante los supuestos de intrusión los Estados subyacentes han amenazado o han hecho uso de la

³⁵ En ocasiones, como recuerda G. Richard, con misiones de carácter militar, de modo que los aviones civiles se apartan deliberadamente de su ruta para tratar de recabar imágenes o informaciones del territorio que sobrevuelan. G. RICHARD, «Kal 007... *Op.cit.*, pág. 149.

³⁶ Ver, G. BARILE, «Intercettazione di aeri civili stranieri», *RDI*, núm. 67, 1984, pp. 520-558. También, A.A. MAJID, «Iural Aspects of Unauthorised Entry into Foreign Space», *NILR* núm. 32, 1955, pp. 251-287; J-C. PIRIS, «De quelques controverses juridiques consecutives à la destruction du Boeing 747 de la KAL le 1er septembre 1983», *RGDIP*, 1986/4, pp. 815-847; G. RICHARD, «KAL 007... *Op.cit.*, pp. 147-149.

³⁷ *Case Concerning the Aerial incident of 3 July 1988 (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Decisión (*Order*) de 22 de febrero de 1996. *Rec.*

³⁸ La descripción de los hechos puede encontrarse en *Keesing's Records of World Events*, vol. 29, 1983, pp. 32513-17; Ch. ROUSSEAU, «Chronique des faits internationaux», *RGDIP*, 1984/1, pp. 435-448. Con carácter más general, G.F. FITZGERALD, «The use of force against civil aircraft: the aftermath of the KAL flight 007 incident», *Canadian YIL* 1984, pp. 291-311.

fuerza armada, ocasionando la desaparición o el derribo del aparato, aunque a veces las consecuencias de esta acción han sido menos cruentas, bien porque la aeronave atendió las señales que se le hicieron, bien porque el aterrizaje del avión dañado resultó exitoso.

En general cuando la aeronave intrusa es una aeronave militar ha habido uniformidad a la hora de recurrir al empleo de la fuerza y se ha entendido que esta actuación es un acto de legítima defensa ante la violación de la integridad territorial del Estado subyacente. A este respecto resulta obvio que la penetración no autorizada de una aeronave militar extranjera en el espacio aéreo de un Estado supone una violación de su integridad territorial y que conlleva un riesgo evidente para la seguridad del Estado objeto de sobrevuelo, especialmente si la aeronave intrusa desatiende las señales que se le formulan desde tierra o desde los aviones que proceden a su interceptación. En opinión de destacados autores, nos hallamos ante una de las escasas ocasiones en que está justificado el recurso a la fuerza armada aun antes de que el ataque armado se haya producido³⁹. El punto de debate parece haberse centrado en considerar si resulta jurídicamente vinculante el aviso a la aeronave en vuelo, especialmente cuando ésta se halla en el territorio del Estado afectado en una acción de carácter ofensivo, o en una actitud que permita entenderlo así⁴⁰.

El empleo de la fuerza armada contra aeronaves intrusas de carácter comercial también se ha tratado de justificar sobre la base del derecho de legítima defensa. Los Estados afectados han alegado su intuición de que tras la cobertura de un servicio comercial se esconde una práctica de espionaje o un vuelo de reconocimiento. Un ejemplo de esta argumentación se dio en el caso del Boeign 747 de la Korean Airlines, ya mencionado. En efecto, durante los debates sobre el tema que se desarrollaron en el seno del Consejo de Seguridad, el Representante de la URSS, Embajador Troyanovsky, indicó que el incidente debía enmarcarse en un contexto más amplio, de cuya consideración podía derivarse claramente que la intrusión del vuelo 007 era un acto deliberado y perfectamente planeado desde los Estados Unidos. Diversos indicios apuntaban, según su parecer, a esta conclusión. En primer lugar, la constatación de que durante 1982 (22 de febrero, 13 de marzo y 4 y 7 de mayo) y durante el

³⁹ Ver, I. BROWNLIE, *International Law and the use of force by States*, Oxford: Clarendon Press, 1963, una opinión especialmente interesante dada su posición general de oposición al empleo de la fuerza previo a un ataque armado por otro Estado. También, y muy especialmente, O.J. LISSITZYN, «The treatment...» *Op.cit.*, pp. 574-577.

⁴⁰ O.J. LISSITZYN, «The treatment...» *Op.cit.*, pp. 574-577. Ver, J-C. PIRIS, «De quelques...» *Op.cit.*, pág. 822, quien plantea la cuestión.

período transcurrido de 1983 se habían producido diversas acciones militares, siendo así que en las 20 ocasiones en que en 1983 se había violado el espacio aéreo soviético, 8 habían tenido lugar en el mes de agosto. Ante tales violaciones de su soberanía, las autoridades soviéticas se habían limitado a elevar las preceptivas notas de protesta. En segundo lugar, la falta de respuesta de la aeronave de la KAL a los diversos intentos de establecer comunicación con ella llevados a cabo por las estaciones de control de la URSS y, en particular, el hecho de que el Boeing se dirigía hacia la zona de Kamchatka, donde está situada una base naval, son circunstancias que permitían deducir el carácter agresivo de la penetración.⁴¹

b) La revisión de la normativa de la OACI sobre interceptación. El artículo 3 bis CACI

10. La OACI ha tratado el tema de la interceptación de las aeronaves intrusas por los Estados subyacentes desde 1957⁴², aunque hasta 1975 no se produjeron los primeros resultados normativos. El 4 de febrero de 1975, el Consejo aprobó la Enmienda 19 al Anexo 2 – *Reglas del aire* –, con el objeto de incluir las reglas de interceptación (capítulo 3). De acuerdo con ellas, la aeronave interceptada debe atender las instrucciones que se le dan desde las aeronaves del Estado subyacente que realizan la interceptación, y debe responder a sus requerimientos mediante las señales especificadas en el capítulo IV del Anexo. Por lo demás, el conjunto de esta normativa señala la importancia de la comunicación entre los dos aviones, para lo cual acuerda el establecimiento de una frecuencia de radio reservada al efecto y recoge un código de mensajes clave a utilizar

⁴¹ UNSC, Doc. S/PV. 2471, de 6 de septiembre de 1983. En *ILM*, vol. XXII, núm. 5, 1983, pp. 1121-1127. Un ejemplo más reciente de esta reacción se ha dado el 24 de febrero de 1996 por parte de Cuba ante la intrusión de la dos aviones de la Asociación *Hermanos al rescate* en el espacio aéreo cubano. Ver Doc. S/PV.3634, de 27 de febrero de 1996, donde puede leerse los argumentos ofrecidos por Cuba, que sitúa este incidente en el contexto de unas intromisiones frecuentes – 25 en los últimos 20 meses – de vuelos organizados desde Florida de aeronaves de la mencionada organización. Sobre el incidente, ver, A. YOKARIS; G. KYRIAKOPOULOS, «La jurisdiction de l'Etat cotier sur l'espace aérien national et international. A propos de l'affaire des CESSNA abattus par la chasse cubaine le 24 février 1996», *RGDIP* 2/1997, pp. 493-521.

⁴² Res. 927 (X), *Question of the safety of commercial aircraft flying in the vicinity of, or advertently crossing, international frontiers*, por la que la Asamblea General solicita de su Secretaría el examen de las cuestiones técnicas y legales relativas al tema.

en el caso de que la tripulación de las aeronaves se exprese en idiomas diferentes. En su párrafo cuarto ofrece a modo de guía, el tipo y el orden de las maniobras a realizar por la aeronave que procura la interceptación y pone especial énfasis en que el avión intruso no sea obligado a aterrizar o sea dirigido a un área donde las condiciones meteorológicas y visuales sean desfavorables. Por último, califica como «excepcionales» las situaciones en que se llegue a obligar el aterrizaje del avión, de lo que se deduce la preferencia porque se proceda a su expulsión del espacio aéreo en que penetró ilegalmente.

El 1 de abril de 1981 el Consejo aprobó la Enmienda 23 al Anexo 2, a través de la cual aprobó el Suplemento A (*Attachment*), dedicado en exclusiva a las reglas de interceptación. Este documento reafirma las reglas anteriores y añade que «la interceptación de aeronaves civiles se realizará sin recurrir al uso de la fuerza armada» (epígrafe 7.1)⁴³. Finalmente con motivo del derribo del avión de la KAL el Consejo abrió un nuevo proceso de revisión de esta normativa, que condujo a la aprobación de la Res. A 24-5, de 1 de octubre de 1983, en la que se incluyen sendas enmiendas a la norma 3.8.1 del Anexo 2 y a las disposiciones de la Sección 2 del Apéndice A y a la Sección 1 del Apéndice B, relativos a los signos a emitir desde el Estado objeto de sobrevuelo y a las señales luminosas con las que contestará al aparato interceptado. Las enmiendas son aplicables desde el 20 de noviembre de 1986.

El derribo del vuelo 007 de la KAL supuso también la apreciación de la existencia de un valor distinto al de la soberanía estatal: la vida humana. Tras el incidente de 1983, se inician los trabajos para la elaboración de un Protocolo, aprobado por unanimidad el 10 de mayo de 1984, mediante el que se enmienda la Convención sobre Aviación Civil Internacional, introduciendo en la misma un nuevo artículo, el 3 bis), que impone a los Estados la obligación de abstenerse de recurrir al empleo de la fuerza armada contra todas las aeronaves civiles, sin excepción ninguna⁴⁴. La

⁴³ En *ILM*, vol. XXII, 1983, pp. 1159-1189. La Enmienda 19 fue adoptada el 4 de febrero de 1975, entró en vigor el 4 de junio y es efectiva desde el 9 de octubre del mismo año. La enmienda 23 se adoptó el 1 de abril, entró en vigor el 1 de agosto y es efectiva desde el 26 de noviembre de 1981. Fue ratificada por España el 9 de octubre de 1985 (*BOE* núm. 4, de 5 de enero de 1999). Ver, C. MOYANO BONILLA, *Violación del espacio aéreo e interceptación de aeronaves*, Montevideo: s.n., 1985, pág. 121-123.

⁴⁴ Ver, *ILM*, vol. XXIII, núm. 4, julio 1984, pp. 864-937, donde se recogen los sucesivos textos adoptados por la Asamblea de la OACI. Para un examen doctrinal, ver, entre otros, B. CHENG, «The destruction of KAL flight KE 007 and Article 3 bis of the Chicago Convention», J.W.E. STORM VAN'S GRAVESANDE; A. VAN DER VEEN VONK (Eds.), *Air Worthy. Liber amicorum honouring Prof. Dr. I. H. Ph. Diederiks-Verschoor*,

enmienda entró en vigor el día 1 de octubre de 1988. Finalmente, en 1990 la OACI publicó el *Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles*⁴⁵.

11. Esta normativa fue adoptada en España por medio del Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea (Libro II. Reglamento del Aire. Capítulo 3. Reglas generales. 2.3.8. Interceptación). En atención a ella, frente a la instrusión en su espacio aéreo de una aeronave extranjera España: 1) habría de adoptar las medidas de interceptación del avión extranjero procurando la expulsión del mismo de su espacio aéreo y, de no ser ello posible, forzando el aterrizaje de la aeronave en su territorio; 2) nunca, en el supuesto de que la aeronave intrusa sea una aeronave civil, podría recurrir al empleo de la fuerza armada contra ésta⁴⁶.

C) El reto del terrorismo internacional y el debate actual sobre la legítima defensa preventiva.

12. En la actualidad, sin embargo, esta normativa presenta insuficiencias. Queda claro, en efecto, que es una prerrogativa del Estado de sobrevuelo proceder a la interceptación de la aeronave extranjera; ahora bien resultando ésta fallida o dificultosa, ¿podría extenderse su acción al empleo de la fuerza? Así han actuado en ocasiones los Estados, en una acción que se justifica en el entendido de que la continuidad de la estancia de la aeronave extranjera representa una amenaza para su seguridad y una violación de las reglas de prohibición del uso de la fuerza del art. 2.4 CNU ante la que sólo cabe responder con el empleo proporcional de las armas en un acto que pasa así a calificarse de legítima defensa⁴⁷.

1985, pp. 50-74; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, «L'affaire de l'accident du Boeing 747 de Korean Airlines», *AFDI* 1983, pp. 749-772; G.F. FITZGERALD, «The use... *Op.cit.*, pp. 291-311; G. GUILLAUME, «La destruction, le 1er. Septembre 1983 de l'avion des Korean Airlines (vol KE 007)», *Revue Française de Droit Aérien*, vol. 151, núm. 3, juillet-septembre 1984, pp. 556-589; J-C. PIRIS, «L'amendment de 1984 à la Convention de Chicago», *AFDI* 1984, pp. 147-186. Ver especialmente C. MOYANO BONILLA, *Violación del... Op.cit.*, pp. 123 y ss.

⁴⁵ Doc. 9554-AN/932.

⁴⁶ *BOE*, núm. 191, de 11 de agosto de 1994. 2.3.8.2.8. Abstención de uso de armas. En caso de interceptación de aeronaves civiles el Estado se atendrá a los compromisos contraídos. 2.3.8.2.8.1. El uso de balas trazadoras para llamar la atención entraña un riesgo, y se tomarán medidas para evitar su uso a fin de no poner en peligro la vida de las personas a bordo o la seguridad de la aeronave.

⁴⁷ O.J. LISSITZYN, «The treatment.... *Op.cit.*, pp. 574-577.

Cabría incluso entender que la mera intrusión de la aeronave militar extranjera representa una amenaza cierta e inminente por parte del Estado de nacionalidad de la aeronave. Esta argumentación permitiría dar cobijo a esta práctica bajo los parámetros de la doctrina de la legítima defensa preventiva en su concepción tradicional.

Pero esta teoría es distinta de la posición sostenida por la Administración Bush y por otros Estados en la actualidad como respuesta ante el terrorismo internacional formulada por los Estados Unidos a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001. La doctrina norteamericana de defensa preventiva en vez de plantear el empleo de la fuerza como una respuesta contra una amenaza cierta e inminente del uso de la fuerza por parte de un tercer Estado (legítima defensa preventiva) formula el derecho al empleo de la fuerza como un derecho subjetivo de los Estados Unidos susceptible de ejercerse en cualquier momento ante cualquier acto de determinados Estados y de determinados actores previamente definidos que pueda considerarse una amenaza según los términos establecidos previamente por la Administración norteamericana⁴⁸.

La acción preventiva contra eventuales ataques terroristas ha sido ciertamente el eje de la argumentación ofrecida por Israel para justificar legalmente las intrusiones constantes de sus aeronaves militares en el espacio aéreo de Líbano⁴⁹. Por otra parte, y todavía en el contexto de la lucha internacional contra el terrorismo, se han sucedido nuevos incidentes diplomáticos a resultas de un incremento de vuelos militares de reconocimiento. Así, el 28 de marzo de 2001, un avión militar de reconocimiento de los Estados Unidos (EP-3) y un caza chino tuvieron un enfrentamiento armado cuando el primero estaba realizando una misión de vigilancia rutinaria sobre el Mar meridional de China. Como consecuen-

⁴⁸ Ver, S. RIPOL CARULLA, «La nueva doctrina global de defensa preventiva. Consideraciones sobre su caracterización y fundamentos», en C. GARCÍA; A. RODRIGO (Eds.), *El imperio inviable. El orden internacional tras el conflicto de Irak*, Madrid: Ed. Tecnos, 2004, pp. 141-164; M. PÉREZ GONZÁLEZ, «La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva», *REDI*, vol. LV (2003) 1, pp. 187-204.

⁴⁹ Con fecha 10 de marzo de 2004 el enviado especial de las Naciones Unidas para el sur de El Líbano, Steffan de Mistura, ha alertado de los sobrevuelos de aviones israelíes sobre espacio aéreo libanés, haciendo un llamamiento a las autoridades de Israel para que pongan fin a las violaciones aéreas de la llamada Línea Azul, la frontera trazada por la ONU tras la retirada israelí de El Líbano en mayo de 2000. En una declaración divulgada en Beirut, recordó a ambas partes su obligación de «abstenerse de cualquier violación de la Línea Azul de acuerdo con las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad». De Mistura se hacía eco así de las continuas denuncias presentadas a este respecto por el Gobierno del Líbano. En <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=1992&criteria1=&criteria2=>.

cia de las labores de interceptación, el aparato norteamericano realizó un aterrizaje de emergencia en Hainan, donde estuvo retenido varias semanas, produciéndose una seria crisis diplomática entre ambos Estados⁵⁰. Así ha de entenderse, por fin, la decisión adoptada por la RFA en noviembre de 2003 mediante la que ha hecho suya de un modo expreso la posición anterior al aprobar su Gobierno un proyecto de ley sobre seguridad aérea que es objeto de tramitación actualmente en el Parlamento. El objetivo de este texto es reforzar la protección del espacio aéreo alemán y sobre todo prevenir ataques terroristas, para lo cual podría permitirse en última instancia el derribo de un aparato aéreo que constituyese una amenaza para la población⁵¹.

II. INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS ESTADOS Y VIGILANCIA DEL ESPACIO AÉREO

13. El terrorismo internacional y la proliferación de armas de destrucción masiva han hecho que, hoy en día, «además de un derecho básico y una necesidad de las personas y de las sociedades», la seguridad sea un reto; un reto que ha propiciado determinadas reacciones individuales de los Estados pero que, ante todo, refleja que «en el ámbito de la seguridad y la defensa, la interdependencia entre los Estados es considerable» (LODN: Exposición de motivos). En este apartado del trabajo se estudiará fundamentalmente el Tratado de Cielos Abiertos – concluido por la OSCE y ratificado por España⁵² – por cuanto este tratado es expresión de las nuevas formas de cooperación internacional de las que habla de la Ley de Defensa Nacional⁵³. Ello no obstante, también se considerarán determinadas misiones aéreas realizadas por España en el ámbito de seguridad de la defensa colectiva.

⁵⁰ *Kessing's... Op.cit.*, vol. 47 (2001) («Collision of US Spy plane with Chinese Fighter»). Un incidente similar tuvo lugar el 4 de marzo de 2003 entre un avión de la Fuerza Aérea de EE.UU. y cuatro cazas del Ejército norcoreano sobre el Mar del Japón.

⁵¹ Ver.

⁵² Depositó el instrumento de ratificación con fecha 22 de febrero de 2002 (*BOE* núm. 46, de fecha 22 de febrero de 2002 desde la que venía aplicándose provisionalmente. El tratado venía aplicándose provisionalmente desde el día 24 de marzo de 1992.

⁵³ Y que es practicado por todos los Estados. A modo de ejemplo y para considerar el proceso de negociación de un acuerdo de cooperación de seguridad aérea entre México y Estados Unidos, ver, L. SPINETTA, «Ampliación de la Defensa del Espacio Aéreo Norteamericano (NORAD). Una estrategia de colaboración para México», *Air & Space Power Journal*, español, 2005/2.

A) EL RÉGIMEN DE CIELOS ABIERTOS ESTABLECIDO POR LA CSCE

14. El Tratado de Cielos Abiertos fue aprobado el 24 de marzo de 1992 en el seno de la CSCE como un instrumento para «promover una mayor apertura y transparencia de sus Estados partes en las actividades militares» y para «reforzar la seguridad mediante medidas destinadas a fomentar la confianza y la seguridad» (preámbulo)⁵⁴. Resulta de interés detenerse en el examen de este Tratado cuya adhesión por parte de España refleja bien la orientación de la política de defensa española hacia «una concepción de seguridad compartida y defensa colectiva con nuestros socios y aliados». El Tratado, por otra parte, al haber sido concluido en el seno de la OSCE, es expresión de la compatibilidad entre la vertebración de una auténtica política europea de seguridad y defensa y la existencia de una relación transatlántica robusta y equilibrada; compatibilidad de la que se muestran firmemente convencidas las autoridades españolas⁵⁵. Por último, el Tratado de Cielos Abiertos presenta una cierta versatilidad en cuanto a sus objetivos: enfocado inicialmente hacia el control de armamentos, no se descarta extender el mecanismo de control internacional que establece a otros campos como el de la protección del medioambiente o la lucha contra el terrorismo internacional⁵⁶.

El Tratado, que en vigor en fecha 1 de enero de 2002, consta de 19 artículos y 12 anejos, establece un mecanismo de supervisión basado en la realización de vuelos de observación aérea por los Estados partes de los territorios de los otros Estados. El sistema huye de la institucionalización y reposa sobre la acción directa de los Gobiernos. Esta circunstancia facilita la creación de un clima de mutua confianza que ha de resultar muy beneficiosa para el correcto cumplimiento de los objetivos convencionales.

En su artículo III, Sección 1, se establece que cada Estado parte en el Tratado de Cielos Abiertos tiene derecho a efectuar un número de vuelos de observación sobre el territorio de los otros Estados partes. Este potencial número de vuelos constituye su cuota activa total, que el Estado podrá

⁵⁴ En concordancia, por tanto, con una de las directrices para el desarrollo de la política de defensa establecidas en 2004: «intensificar la diplomacia de defensa, impulsando el fomento de la confianza mutua con las Fuerzas Armadas de los países de las áreas de interés estratégico». *Directiva de... Op.cit.*, pág. 7.

⁵⁵ «Los aliados de ambos lados del Atlántico compartimos y defendemos los mismos principios y valores. España tiene el convencimiento de que una Europa fuerte no debilita dicha relación sino que, por el contrario, la refuerza». *Ibid.*, pág. 3.

⁵⁶ Con mayor desarrollo, S. RIPOL CARULLA.

transferir a otro Estado parte o distribuir con otros Estados, de haber formado con ellos un grupo de Estados parte (Art. III, Sección 2).

La cuota activa total de cada Estado se concreta respecto de otros Estados partes en particular (cuota activa individual), resultando así que el Tratado atribuye a cada Estado parte un derecho subjetivo de realizar sobre algunos de los otros Estados partes un número determinado de vuelos de observación, que en ningún caso podrá representar el 50 por ciento de su cuota total (art. III.1.10) y que el Estado parte podrá transferir a otros en todo o en parte (art. III.1.9).

El derecho de un Estado de realizar un número determinado de vuelos de observación sobre el territorio de otro Estado se corresponde con el derecho del Estado parte observado de realizar el mismo número de vuelos sobre aquél. Por lo demás, en tanto que Estado observado los Estados partes tienen la obligación de aceptar los correspondientes vuelos (cuota pasiva individual) (art. III.1.3 y 4).

El Anejo A del Tratado (*Cuotas y distancias máximas de vuelo*) recoge la primera asignación de cuotas (pasivas y activas) individuales, que se revisará anualmente en el seno de la Comisión Consultiva de Cielos Abiertos. Por lo demás, el Tratado regula de forma prolija las características de las aeronaves (art. V) y de los aparatos de observación (art. IV: sensores), así como el uso de que se dé a la información obtenida. Ésta deberá comunicarse a los demás Estados partes (art. IX).

El régimen así establecido representa, sin duda, una limitación al ejercicio pleno y exclusivo del Estado observado sobre su espacio aéreo. Se trata, claro está, de una limitación asumida por los Estados en el ejercicio de su soberanía, ya que es fruto de su adhesión al Tratado de Helsinki. Éste establece, en cualquier caso, una serie de disposiciones que, a modo de derechos subjetivos del Estado observado, reglamentan los vuelos que puedan realizar las aeronaves de otros Estados partes. Así, el Estado observado tiene derecho a ser informado sobre la próxima realización de un vuelo de observación sobre su territorio con un plazo de tiempo igual o superior a 72 horas y a que se le indiquen los detalles del vuelo. De igual forma, el Estado observado tiene la potestad de inspeccionar las aeronaves de observación antes del inicio de su misión, de planificar junto a la parte observadora los detalles del vuelo (plan de vuelo, aeródromo de comienzo, aeródromo de conclusión del vuelo,...), de proponer cambios justificados en el plan de la misión y, por último, de prohibir los vuelos que no cumplan con las condiciones establecidas (art. VI).

El artículo X del Tratado constituye la Comisión Consultiva de Cielos Abiertos, que se regula de forma detallada en el Anejo L del Tratado.

Compuesta por representantes de cada Estado parte, la Comisión celebrará 4 períodos de sesiones ordinarios a lo largo del año, pudiendo celebrar, si así lo solicita algún Estado, períodos extraordinarios (Anejo L. Sección I. 1-3). Son competencias de la Comisión: considerar las cuestiones relativas al cumplimiento de las obligaciones del Tratado, intentar resolver las ambigüedades y diferencias de interpretación que puedan aparecer, considerar las solicitudes de adhesión, acordar las medidas técnicas y administrativas para mejorar la viabilidad y efectividad del Tratado, proponer enmiendas para su consideración y aprobación por todos los Estados (art. X. 4 y 5). También le corresponde la distribución de los gastos ocasionados en virtud del Tratado, la elaboración de sus reglas de procedimiento y métodos de trabajo (Anejo L. Sección I, 9-11), así como la revisión anual de las cuotas correspondientes a los Estados partes (Anejo L. Sección II) y, por último, la aprobación de los vuelos de observación extraordinarios solicitados por los propios Estados partes, los órganos de la CSCE u otras organizaciones internacionales (Anejo L. Sección III)⁵⁷.

B) EL ÁMBITO DE SEGURIDAD DE LA DEFENSA COLECTIVA. LA PERTENENCIA DE ESPAÑA A LA UE O Y A LA OTAN

15. Por lo demás, todavía en el marco de la misión de control y vigilancia del espacio aéreo, ha de indicarse que el Ejército del Aire se encuadra en la «Defensa Aérea europea mediante la plena integración de los medios de defensa aérea del Ejército del Aire en el Sistema Integrado de Defensa Aérea Europea de la OTAN (NATINEADS). En este contexto, el Ejército del Aire participa también en la Fuerza de Alerta Temprana de la OTAN. Además, el Ejército del Aire realiza aquellas otras actividades destinadas a garantizar la soberanía e independencia de España, así como a proteger la vida de su población y sus intereses»⁵⁸.

⁵⁷ El mismo día en que se firmó el Tratado los Ministros de Asuntos Exteriores participantes en la Conferencia aprobaron una Declaración (*Declaración de la CSCE acerca del Tratado de Cielos Abiertos*) en la que, tras señalar la significación del Tratado para cierto número de participantes en la CSCE que no son signatarios originales del mismo, reconocen a estos Estados los derechos de «participar, sobre la base de las cuotas activas y pasivas que tendrían como Estados partes, en la aplicación del Tratado» y de «tomar parte en las deliberaciones referentes a las disposiciones prácticas relativas al régimen» que tendrán lugar durante el período de aplicación provisional.

⁵⁸ www.ejercitodelaire.mde.es

III. LA PARTICIPACIÓN EN EL SISTEMA MULTILATERAL DE ACCIONES E INICIATIVAS EN PRO DE LA PAZ Y LA SEGURIDAD INTERNACIONALES

16. La LODN ha incluido como misiones de las Fuerzas Armadas la acción fuera de las fronteras españolas en «operaciones que no están directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional» (arts. 15.2 y 16 LODN). Esta circunstancia se formula como un elemento sustantivo de la Ley, una de sus más importantes novedades, reflejo tanto de una necesidad estratégica para España como de su proyección internacional.

Ciertamente, desde 1989 España ha participado en 47 Operaciones de Paz y de Ayuda Humanitaria (destacamentos en operaciones de paz; misiones de ayuda humanitaria; observadores en operaciones de paz) y cerca de 67.000 militares de los tres ejércitos las han hecho posibles con su presencia en cuatro continentes⁵⁹. El Ejército del Aire ha participado activamente en varias de estas Operaciones, realizando por lo general actividades de apoyo. Especial importancia tuvo la participación en la Operación *Deny Flight*, realizada durante el período 12 de abril de 1993 a 20 de diciembre de 1995 bajo mandato de la OTAN en aplicación de las Resoluciones 816, 820 y 836 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Correspondió al Ejército del Aire además de apoyar las acciones de UNPROFOR y las del embargo naval, la misión de prohibir los vuelos militares sobre Bosnia-Herzegovina.

Pero, como indica la propia Ley, tan importante como posibilitar esta acción en el exterior es garantizar que la misma esté sujeta, a través de la autorización de las Cortes Generales, al control democrático (art. 17) y asegurarse de que sea respetuosa de la legalidad internacional (Exposición de Motivos). Pues bien, como es sabido, sólo el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede, en el marco del capítulo VII de la Carta, limitar, en contra de la voluntad de las autoridades estatales, el ejercicio pleno y exclusivo del espacio aéreo por un Estado. Se trata de una limitación acordada como una respuesta ante «una situación de amenaza o quebrantamiento de la paz» y cuyo objetivo es, por consiguiente, la defensa de los intereses de la Comunidad internacional en su conjunto (art. 41 CNU). La práctica de los últimos años permite distinguir los dos supuestos que a continuación se estudian.

⁵⁹ www.mde.es/misiones

a) La prohibición de las comunicaciones aéreas prevista en el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas

17. La primera vez que el Consejo de Seguridad se ocupó de la crisis en la antigua Yugoslavia fue el 25 de septiembre de 1991. En tal fecha, preocupado por los combates en Yugoslavia y por las consecuencias que éstos podrían tener para los Estados de la región, adoptó la Res. 713 (1991) mediante la que impuso «un embargo general y completo a todas las entregas de armamentos y pertrechos militares a Yugoslavia» (párrafo 6), reafirmado y ampliado por la Res. 727 (1991), de 8 de enero (párrafo 6). En resoluciones posteriores el Consejo estableció el aparato institucional para garantizar su actividad en la zona, decidiendo así la creación del Comité de Sanciones (Res. 724 (1991), de 15 de diciembre) y de UNPROFOR (Res. 743 (1992), de 21 de febrero). Las medidas sancionadoras no se ampliaron hasta el día 30 de mayo de 1992 cuando el conflicto se había internacionalizado definitivamente y las partes habían incumplido el llamamiento al cese inmediato de las hostilidades y a todas las formas de injerencia externa en Bosnia y Herzegovina incorporado en su Res. 752 (1992), aprobada el día 15 del mismo mes.

En efecto, el día 30 de mayo el Consejo de Seguridad aprobó la Res. 757 (1992), a través de la cual condenó la actitud de las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia-Montenegro) y decidió la imposición de un embargo comercial completo, que se añadía al embargo armamentístico ya vigente. En el párrafo 7 de la parte dispositiva de esta Resolución se indica que todos los Estados «negarán permiso a cualquier aeronave para despegar de su territorio, aterrizar en él o sobrevolarlo si su destino fuera la República Federativa de Yugoslavia (Serbia-Montenegro) o hubiera partido de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia-Montenegro), a menos que el vuelo de que se trate hubiera sido aprobado, por razones humanitarias o de otro tipo en consonancia con las resoluciones pertinentes del Consejo, por el Comité establecido por la Res. 724 (1991)», y que (todos los Estados) «prohibirán que sus nacionales o entidades que operen en su territorio proporcionen servicios de ingeniería y mantenimiento a aeronaves registradas en la República Federativa de Yugoslavia (Serbia-Montenegro) o explotadas por entidades o en nombre de entidades de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia-Montenegro), proporcionen repuestos para dichas aeronaves, extiendan certificados de aeronavegabilidad a dichas aeronaves, paguen nuevos reclamos encuadrados dentro de contratos de seguros existentes y suministren nuevos seguros directos a dichas aeronaves».

Al aprobar la imposición de este bloqueo aéreo el Consejo de Seguridad procede a la adopción de una de las medidas coercitivas previstas en el artículo 41 CNU – interrupción total o parcial de las comunicaciones aéreas -, cuyo objeto es fundamentalmente hacer efectivas sus decisiones anteriores, que considera el medio adecuado para restablecer la paz y la seguridad en la región.

Esta forma de proceder se aprecia igualmente en relación a la reacción del Consejo de Seguridad ante la invasión de Kuwait por parte de Irak. En efecto, la Res. 661 (1991), de 6 de agosto, tras reconocer el incumplimiento de las medidas provisionales recogidas en la Res. 660 (1991), de 2 de agosto, impone a Irak un embargo comercial y financiero completo, que días después se vería confirmado y precisado por la Res. 670 (1990), de 25 de septiembre, mediante la que el Consejo confirma que las medidas decretadas por la Res. 661 se aplican también a todos los medios de transporte, incluida la navegación aérea⁶⁰. Y, más recientemente, se advierte en la respuesta del Consejo de Seguridad a la falta de colaboración del Gobierno talibán de Afganistán, que se mostraba reacio a la entrega de Osama Bin Laden a las autoridades competentes, tal como exigía la Res. 1267 (1999), de 15 de octubre. Como quiera que el 14 de noviembre de 1999 esta condición no se había cumplido, «el Consejo de Seguridad impuso, en virtud de los incisos a) y b) del párrafo 4, la prohibición de volar a toda aeronave propiedad de los talibanes o arrendada o utilizada por ellos o por su cuenta, así como la congelación de los fondos de propiedad de los talibanes o bajo su control directo o indirecto»⁶¹. La Res. 1333 (2000), de 19 de diciembre, impuso más restricciones a la aviación, en concreto, la prohibición de todos los vuelos con destino al territorio del Afganistán, o procedentes de dicho territorio, que según la designación del Comité estén controlados por los talibanes.

La responsabilidad del cumplimiento de estas prohibiciones recae sobre todos los Estados miembros de las Naciones Unidas⁶². Ello no obs-

⁶⁰ Ver, S. RIPOL CARULLA, *El desarrollo de la potestad sancionadora del Consejo de Seguridad (Contribución al estudio del concepto de sanción internacional)*, Oñati: IVAP, 2003, pp. 77 y ss., donde se distingue unas de otras en razón del carácter estrictamente sancionador de estas últimas.

⁶¹ S/2002/101, *Informe del Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1267 (1999) relativa al Afganistán*, párrafo 2.

⁶² Su incumplimiento genera importantes dificultades al propio Consejo de Seguridad, como demuestra la actitud del Gobierno de Uganda en relación a la aplicación de las sanciones impuestas a UNITA por la resolución 864 (1993). Esta actitud se concreta en el hecho de que se suministra asistencia material a la UNITA, incluida capacitación y asesoramiento en el uso de armas. La respuesta del Consejo pasó por la aprobación de la

tante, el Consejo de Seguridad ha tratado de hallar una base territorial a partir de la que reforzar la eficacia de tales medidas coercitivas, empleando al efecto diversas estrategias en función del mayor o menor grado de control que posea sobre el espacio aéreo del Estado sujeto a la interrupción de las comunicaciones aéreas. En el caso del Afganistán – donde no ejercía forma alguna de control directo sobre el territorio del Afganistán bajo control de los talibanes - el Consejo identificó los puntos de entrada y de aterrizaje de aeronaves extranjeras, desarrollando así un control indirecto del mencionado espacio aéreo⁶³.

b) El control territorial del espacio aéreo por las Naciones Unidas: las llamadas zonas seguras

18. De todos modos, en las ocasiones en las que alguno de sus órganos subsidiarios se halla desplegado en la zona de conflicto el Consejo de Seguridad ha recurrido al mismo para encomendarle la función de supervisar el cumplimiento de la prohibición de los vuelos. Tal es el caso de UNPROFOR, establecida en febrero de 1992 con el objeto de crear las condiciones de paz y de seguridad necesarias para la negociación de una solución general para la crisis de Yugoslavia, y a la que la Res. 781 (1992) encomienda la vigilancia del cumplimiento de «la prohibición de vuelos militares, en particular mediante el emplazamiento de observadores, cuan-

Res1295 (2000), de 18 de abril de 2000, por la que se adoptan tres medidas a este respecto: 1) el establecimiento de un mecanismo de vigilancia integrado como máximo por cinco expertos «encargado de reunir información pertinente adicional e investigar indicios pertinentes relativos a toda denuncia de violación de las medidas contempladas en las resoluciones 864 (1993), 1127 (1997) y 1173 (1998), incluidos todos los indicios pertinentes puestos de relieve por el Grupo de Expertos, entre otras cosas mediante visitas a los países pertinentes, y que informe periódicamente al Comité, entre otras cosas presentando un informe escrito; 2) solicitar de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo (SADC) que examine la posibilidad de introducir medidas para reforzar los sistemas de control del tráfico aéreo en la subregión con el fin de detectar actividades de vuelos ilegales que atraviesen las fronteras nacionales, en colaboración con la OASCI; y 3) instar a «todos los Estados, en particular a los geográficamente próximos a Angola, a que adopten medidas inmediatamente para hacer cumplir, fortalecer o promulgar leyes que tipifiquen como delito con arreglo al derecho nacional el incumplimiento por sus ciudadanos u otras personas que actúen en su territorio de las medidas impuestas por el Consejo contra la UNITA, si todavía no lo han hecho, y a que informen al Comité de la adopción de esas medidas»

⁶³ Correspondiendo al Comité del Consejo de Seguridad, establecido en virtud de la resolución 1267 (1999) relativa a Afganistán, el mencionado control: Inciso a) del párrafo 16 de la resolución 1333 (2000), de 22 de febrero de 2001). Ver, Doc. S/2002/101, párrafo 8.

do sea necesario, en campos de aviación en el territorio de la ex Yugoslavia» (párrafo 2). Como puede advertirse, por medio de esta resolución, el Consejo establece la prohibición de los vuelos militares en el espacio aéreo de Bosnia y Herzegovina⁶⁴, una medida que adopta considerando que favorecería «la cesación de las hostilidades en Bosnia y Herzegovina» y que representaría «un elemento esencial para la seguridad de la prestación de asistencia humanitaria».

Precisamente las llamadas «emergencias complejas» en las que el restablecimiento de la paz deja de convertirse en un objetivo inmediato al imponerse la necesidad urgente de ofrecer un sistema adecuado de socorro humanitario, dieron la oportunidad al Consejo de Seguridad de dar un paso adelante en esta evolución. T. Mazowiecki, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia, lo expone así: «El Consejo de Seguridad, en su resolución 781 (1992) de 6 de octubre de 1992 (párr. 1) decidió prohibir los vuelos militares en el espacio aéreo de Bosnia y Herzegovina. En su resolución 816 (1993) de 31 de marzo de 1993 (párr. 4) el Consejo autorizó la adopción de todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de la prohibición de los vuelos; y en la resolución 836 (1993) de 4 de junio de 1993 (párr. 5) amplió el mandato de la UNPROFOR para «prevenir los ataques contra las zonas seguras» y el bombardeo de las mismas»⁶⁵.

Es en este marco donde ha de situarse el concepto de zonas seguras, que figura en las resoluciones 819 (1993) y 824 (1993)⁶⁶. En efecto, por esta última resolución el Consejo de Seguridad declaró a Gorazde, Saraje-

⁶⁴ En su Res. 786 (1992), de 10 de noviembre, el Consejo reafirma esta prohibición, señalando «que se aplicará a todos los vuelos, tanto de aviones como de helicópteros» (párrafo 2). Y vuelve a hacerlo el 31 de marzo de 1993: «Pide a la UNPROFOR que siga vigilando el cumplimiento de la prohibición de los vuelos en el espacio aéreo de la República de Bosnia y Herzegovina, y exhorta a todas las partes a que cooperen urgentemente con la UNPROFOR con miras a adoptar disposiciones prácticas para vigilar estrechamente los vuelos autorizados y mejorar los procedimientos de notificación» (Res. 816 (1993), párrafo 3). También en Res. 836 (1993), de 4 de junio (preámbulo).

⁶⁵ *Situación de los derechos humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia*. Sexto informe periódico sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia presentado por el Sr. Tadeusz Mazowiecki, en cumplimiento del párrafo 32 de la resolución 1993/7 de la Comisión de 23 de febrero de 1993. Doc. E/CN.4/1994/110, de 21 de febrero de 1994. VIII. Recomendaciones anteriores del Relator Especial y su seguimiento, párrafo 341.

⁶⁶ Para un examen de su gestación y valoración general, ver, *Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General. La caída de Srebrenica*, Doc. A/54/549, 15 de noviembre de 1999, párrafo 45.

vo, Tuzla, Zepa y Bihac «zonas seguras libres de ataques armados»⁶⁷. Al declarar estas zonas las Naciones Unidas poseen el control del espacio aéreo del territorio que las delimita, hasta el punto de ver reconocido el uso de la fuerza para «fines limitados y locales, no para poner fin a la guerra». Tales fines son: disuadir los ataques a las zonas seguras, apoyar a las fuerzas de las Naciones Unidas en la ex Yugoslavia en el desempeño de su mandato, incluida la defensa de personal que pudiera ser atacado, y lograr el cumplimiento de la prohibición de vuelos militares en el espacio aéreo de Bosnia y Herzegovina⁶⁸.

CONSIDERACIONES FINALES

El artículo 15 de la LO 5/2005 detalla tres misiones de las Fuerzas Armadas directamente relacionadas con la seguridad y defensa de España: a) «garantizar – se presume que individualmente - la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional», b) «contribuir militarmente a la seguridad y defensa de España y de sus aliados, en el marco de las organizaciones internacionales

⁶⁷ Y que el anterior Secretario General de las Naciones Unidas ha equiparado con la acción emprendida en Somalia. Ver, Suplemento de «Un programa de paz»: Documento de posición del Secretario General presentado con ocasión del Cincuentenario de las Naciones Unidas. Doc. A/50/60; S/1995/1, 25 de enero de 1995, párrafo 19. Líneas arriba ha descrito las circunstancias que envuelven la declaración de zona segura: «Otro cambio cualitativo es el uso de las fuerzas de las Naciones Unidas para proteger operaciones humanitarias. Los organismos humanitarios procuran prestar socorro a las víctimas civiles de la guerra, dondequiera se encuentren. Con mucha frecuencia las partes en pugna dificultan o imposibilitan esta tarea. Ello se debe a veces a las exigencias de la guerra, pero en la mayoría de los casos al hecho de que el socorro que se presta a una población en particular va en contra de los objetivos bélicos de una u otra parte. Además, los combatientes tienden cada vez más a desviar los suministros de socorro para atender a sus propios fines. Como las guerras son conflictos intraestatales, los organismos humanitarios a menudo tienen que llevar a cabo sus tareas en las condiciones caóticas y anárquicas ya descritas. En algunos casos, aunque no en todos, los horrores resultantes irrumpen en las pantallas de televisión del mundo entero y generan presión política para que las Naciones Unidas desplieguen tropas que faciliten y protejan las operaciones humanitarias. Si bien esas imágenes pueden ser de ayuda para aumentar el apoyo a las actividades humanitarias, a veces también crean un clima emocional que hace mucho más difícil la adopción de ~~decisiones eficaces~~» (párrafo 18).

⁶⁸ Pero quizás esta práctica – que hoy se presenta como novedosa – halle sus raíces en los artículos 25 y 26 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados.

de las que España forma parte», y c) colaborar en «operaciones de mantenimiento de la paz y estabilización internacional». Al establecer esta triple distinción y regular estas tres actividades, la LODN se hace eco de una práctica emprendida por las Fuerzas Armadas españolas desde hace algunos años. La LODN no pretende en este sentido ser un texto innovador; antes al contrario, su objetivo parece ser atender la práctica para darle la adecuada cobertura legal.

El Ejército del Aire ha realizado misiones en los tres niveles indicados. Las acciones emprendidas en el marco de las Naciones Unidas difícilmente pueden entenderse vinculadas con la defensa y seguridad del espacio aéreo español; son operaciones realizadas en interés de la Comunidad internacional y en las que España ha asumido en ocasiones el máximo nivel de responsabilidad.

La misión de vigilancia y control del espacio aéreo español, en cambio, sí preside las acciones colectivas realizadas en el marco de las organizaciones internacionales de las que España es miembro o de los tratados ratificados por España. Estas acciones responden a veces a un concepto más versátil de seguridad y defensa que obedece a los riesgos y amenazas planteados por el terrorismo internacional y la proliferación de armas de destrucción masiva.

Por lo que se refiere a la vigilancia y control unilateral del espacio aéreo por parte de España, baste decir que esta misión es la propia del Ejército del Aire. La LODN ha especificado una posible operación a realizar en este sentido: «la respuesta militar contra agresiones que se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas que pongan en peligro la vida de la población y sus intereses» (art. 16.d)). La cuestión estriba en que las normas de Derecho internacional que ha de regir esta respuesta - reglas de interceptación - no son, hoy en día, precisas; la amenaza del terrorismo internacional - precisamente - las ha puesto en entredicho.

REFLEXIONES SOBRE LOS ATAQUES DESPROPORCIONADOS EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Héctor Olásolo Alonso¹

I. INTRODUCCIÓN: LA NOCIÓN DE ATAQUE DESPROPORCIONADO Y EL CRECIENTE ÉNFASIS EN LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD.

El derecho internacional humanitario, derecho de la guerra o *ius in bello* está formado por el conjunto de reglas que las fuerzas armadas de los Estados y los grupos armados organizados deben respetar durante los conflictos armados con el fin de limitar los sufrimientos y daños derivados de los mismos. Constituye una segunda barrera de protección que sólo entra en funcionamiento cuando el *ius ad bellum*, que prohíbe que los Estados recurran en sus relaciones al uso de la fuerza armada excepto en caso de legítima defensa (individual o colectiva) o de actuación en el marco del sistema de seguridad colectiva previsto en la Carta de las Naciones Unidas, no puede evitar el inicio de un conflicto armado.

¹ El autor es doctor en derecho, letrado de Sala de la Corte Penal Internacional y profesor honorario del departamento de derecho penal y procesal penal de la Universidad de Utrecht. El ha sido miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria para el establecimiento de la Corte Penal Internacional (1999-2002) y letrado de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Las opiniones expresadas en este artículo son aquellas personales del autor y no se corresponden necesariamente con aquellas de la Corte Penal Internacional, del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia o de las Naciones Unidas en general, o del gobierno español.

El derecho internacional humanitario obliga de la misma manera a todas las partes involucradas en un conflicto armado con independencia de quién inició el conflicto y de si la manera en que éste fue iniciado constituye o no una violación del llamado *ius ad bellum*. Así, la idea de que todas las acciones militares de la parte que se embarca en una guerra de agresión son ilícitas fue ya rechazada por los tribunales establecidos al término de la segunda guerra mundial como lo demuestra los casos de los rehenes² y del ministerio de justicia alemán³.

Por lo tanto, se puede afirmar que el derecho internacional humanitario no establece ningún tipo de distinción basada en la presunta culpabilidad o inocencia de las partes contendientes en la iniciación del conflicto armado, lo que significa que las presuntas infracciones de su normativa deberán ser analizadas únicamente a la luz de los estándares adoptados por dicha normativa. Este principio de igualdad entre las partes contendientes a la hora de aplicar el derecho internacional humanitario se encuentra en última instancia íntimamente ligado a su finalidad de reducir en la medida de lo posible la muerte, los sufrimientos y la destrucción causados por los conflictos armados⁴.

Los estándares de derecho internacional humanitario, y particularmente aquellos recogidos en las normas penales que tipifican sus infracciones graves, deben ser particularmente sensibles a las circunstancias especiales en que se llevan a cabo las operaciones militares en situación de

² Ver el caso de los Rehenes (Hostage Case, United States v. Wilhelm List *et al.*, en United States, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. XI, 1950, pp. 957 y ss, y en particular pp. 1246-1248), donde se afirma que cualquiera que sea la causa que haya dado lugar al conflicto armado, y con independencia de que dicha causa sea o no aceptada por el *ius ad bellum*, las mismas reglas de derecho internacional regulan las relaciones entre los beligerantes y los Estados neutrales. Ver también a este respecto Comisión de las Naciones Unidas para Crímenes de Guerra, Law Reports of Trial of War Criminals, Vol. 8, 1948, pp. 34 y ss, pp. 59-60.

³ Ver el caso del Ministerio de Justicia (*Justice Case (Alstotter)*) en United States, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. III, 1950, pp. 139 y ss. Del mismo modo tampoco podría ser aceptada la proposición de que todas las operaciones realizadas por los serbo-bosnios en el marco del conflicto que les enfrentó en Bosnia y Herzegovina a los bosnio-croatas y a los bosnio-musulmanes entre 1992 y 1995 fueron ilegales por el mero hecho de que los primeros pudieran ser considerados como iniciadores de una guerra de agresión.

⁴ Entre los numerosos autores que consideran al principio de igualdad entre las partes contendientes en la aplicación del derecho internacional humanitario cabe destacar H. Lauterpacht (Coord.), *Oppenheim's International Law*, Longmans, Séptima Edición, Vol II, 1952, Londres, pp. 217-22; D.W. Bowett, *United Nations Forces*, Praeger, Nueva York, 1964, pp. 493-99; y L.C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Segunda Edición, Manchester University, Manchester, 1993, p. 54.

combate, de manera que se evite que sus destinatarios últimos, los miembros de las fuerzas armadas de las partes en conflicto, lleguen a la conclusión de que se trata de estándares irrazonables o de imposible cumplimiento impuestos por civiles que no tienen conocimiento alguno de las circunstancias en que se desarrollan las hostilidades⁵. De lo contrario se corre el riesgo de que, a pesar de que los mismos puedan incluirse en las llamadas reglas de combate («*rules of engagement*») que las partes en conflicto distribuyen a su inicio entre las unidades desplegadas en el frente de combate, se conviertan en letra muerta, y de que las normas penales que recogen sus infracciones graves pierdan su eficacia preventiva general.

A este último resultado lleva en nuestra opinión la práctica de calificar como crímenes contra la humanidad, o incluso como delitos ordinarios, aquellos ataques que se ajustan a la normativa del derecho internacional humanitario por el mero hecho de que hayan podido causar bajas o daños civiles. Esta práctica, además de ser contraria a la normativa que regula la conducción de las hostilidades, introduce estándares de imposible cumplimiento que elimina todo incentivo para cumplir con los mismos. Desafortunadamente, estas consideraciones no han sido siempre tenidas en cuenta por la jurisprudencia del TPIY⁶.

Los motivos por los que ciertas operaciones militares desarrolladas en situación de combate se convierten en ilícitas se pueden subdividir en generales y específicos. Entre estos últimos destaca la utilización de armas o métodos de combate cuyo uso se encuentra específicamente prohibido por el derecho internacional humanitario. Este sería el caso, por ejemplo, de los ataques lanzados con gases asfixiantes, los ataques sin cuartel o los ataques perversos que se llevan a cabo engañando al enemigo mediante el uso de la bandera blanca o de emblemas internacionalmente reconocidos como el del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) o el de las Naciones Unidas.

Al margen de estos supuestos específicos, se puede afirmar que el elemento clave para determinar la licitud de un ataque es la medida en que el

⁵ L.C. Green, *Comment*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, pp. 211-212.

⁶ El mejor ejemplo de la influencia jugada por el presunto contexto de limpieza étnica en el análisis de legalidad de ciertos ataques específicos contra pueblos y aldeas se encuentra en la sección relativa al ataque al pueblo Donja Veceriska de la Sentencia de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en el caso Kordic y Cerkez (párrafos 645-649), sobre todo si estudia a la luz del análisis que del mismo ataque realizó la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Blaskic (párrafos 531-533).

mismo ha respetado la normativa que desarrolla el principio de distinción entre objetivos militares y personas o bienes que no tienen dicha condición⁷.

Así, son lícitos aquellos ataques dirigidos contra objetivos militares que no causan daños civiles colaterales excesivos. Conforme a la noción de objetivo militar recogida en los arts. 43, 51(3) y 52(2) del Protocolo Adicional I (PA I) a los Convenios de Ginebra (PA I), tendrían este carácter los ataques dirigidos contra: (i) quienes tengan la condición de combatiente de acuerdo con la definición que de los mismos hace el art. 43 PA I; (ii) quienes sin tener la condición de combatiente participan directamente en las hostilidades y mientras se prolongue dicha participación⁸; y (iii) los objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar, y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida⁹.

Por el contrario, son ilícitos los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles, los que tienen naturaleza indiscriminada porque no distinguen entre objetivos militares y personas o bienes civiles, y los que a pesar de dirigirse contra objetivos militares causan daños civiles colaterales excesivos¹⁰. En este contexto, entendemos por ataques desproporcionados

⁷ Ver a este respecto J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto, *Limitaciones al Empleo de Medios y Métodos de Combate: Armas Convencionales Excesivamente Dañinas o de Efectos Indiscriminados*, en Derecho Internacional Humanitario, J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), Cruz Roja Española/Tirant lo Blanch, 2004, pp. 189-210, p. 197 y F. Alonso Pérez, *La Protección de la Población Civil* en Derecho Internacional Humanitario, J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), pp. 335-362, pp. 343-347.

⁸ Art. 51(3) PA I.

⁹ Art. 52(2) PA I. Conviene, subrayar que la versión española de esta definición contiene un error de traducción particularmente relevante puesto que al utilizar la conjunción «o» da la impresión que dentro de la misma se incluyen todos los bienes que cumplan con una de las siguientes dos condiciones alternativas: (i) que contribuyan eficazmente a la acción militar debido a su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización; o (ii) que su neutralización total o parcial, captura o destrucción ofrezca al enemigo en las circunstancias del caso una ventaja militar definida. Sin embargo, cuando se revisan las versiones inglesa y francesa del texto se puede observar que la conjunción utilizada es «y» («or»/ «et») de manera que se exige la concurrencia de ambas condiciones para que un bien o infraestructura pueda ser calificado como objetivo militar. El carácter cumulativo de ambas condiciones es también defendido por Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, p. 635

¹⁰ El art. 85(3) y (5) PA I considera como infracciones graves del PA I y atribuye la condición de crímenes de guerra a las siguientes violaciones de la normativa que desarrolla el principio de distinción cuando se cometan intencionalmente y causen la muerte o atente gravemente contra la integridad física o la salud:

i) Hacer objeto de ataque a la población o a personas civiles;

aquellos «actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos»¹¹ específicamente dirigidos contra objetivos militares que se prevé que causarán daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se espera obtener de los mismos¹². A pesar de que el art. 51(5)(b) PA I no los trata autónomamente, sino que los considera como una subcategoría más de los ataques indiscriminados, entendemos que los ataques desproporcionados- en cuanto que dirigidos contra un objetivo militar concreto - son perfectamente distinguibles tanto de los ataques dirigidos contra personas¹³ o bienes civiles¹⁴ como de los ataques

-
- ii) Lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil, o que se encuentre dirigido contra fuerzas o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a sabiendas que causará colateralmente muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa esperada del ataque;
 - iii) Hacer objeto de ataque a localidades no defendidas o desmilitarizadas; y
 - iv) Hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que se encuentra fuera de combate;

No existe, sin embargo, en el PA II con respecto a los conflictos armados de carácter no internacional disposición alguna relativa a las infracciones graves del mismo en general o de la normativa que desarrolla el principio de distinción en particular, ni, por consiguiente, a la configuración de las mismas como crímenes de guerra.

¹¹ La reciente Sentencia de Apelación del TPIY en el caso Kordic y Cerkez (párrafo 47) ha ratificado la definición contenida en el art. 49(2) PA I conforme a la cual «se entienden por ‘ataques’ los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos».

¹² Art. 51(5)(b) PA I.

¹³ El art. 51(1),(2), (6) y (7) PA I establece que la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares, que no serán objeto de ataque, de represalias o de actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarlos, y que su presencia o movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertas zonas o puntos - en particular objetivos militares - a cubierto de operaciones militares del enemigo ni para favorecer u obstaculizar operaciones militares propias. Además, el art. 50(1) y (3) PA I prevé que la presencia entre la población de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil y en caso de duda acerca de la condición de una persona como civil, se la considerará como civil.

Aunque el principio de distinción ha tenido un menor desarrollo en la normativa convencional que regula los conflictos armados de carácter no internacional, el art. 13(1) del Protocolo Adicional II (PA II) señala que la población civil y las personas civiles gozarán de una protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares, y el art. 13(2) PA II impone a las partes contendientes la obligación de no hacer objeto de ataque a la población civil como tal, ni a las personas civiles, y de no llevar a cabo actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. Si bien, el art. 13(3) PA II deja fuera de dicha protección a las personas civiles que participen directamente en las hostilidades durante el tiempo que dure su participación en las mismas.

¹⁴ El art. 52(1) y (3) PA I prevé que los bienes de carácter civil, es decir todos aquellos que no son objetivo militar de acuerdo con el art. 52(2) PA I, no serán objeto de ataque ni de represalias y que en caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles - como por ejemplo lugares de culto, escuelas o viviendas - se utiliza para

indiscriminados entendidos como aquellos que pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas o bienes de carácter civil¹⁵.

Finalmente, a la hora de valorar la licitud de un ataque es importante tener también en consideración que el art. 57(1), (2) y (3) PA I dispone que las operaciones militares deberán siempre llevarse a cabo con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil, e impone a las partes contendientes la obligación de adoptar ciertas medidas de precaución en la preparación y desarrollo de sus ataques¹⁶. Además el art. 58 PA I impone a la parte contendiente atacada la

contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal finalidad. Además, los arts. 53 a 56 PA I desarrollan esta disposición mediante la prohibición de los ataques a bienes especialmente protegidos.

Por su parte, en relación con los conflictos armados de carácter no internacional, el art. 14 PA II prohíbe la utilización del hacer padecer hambre a la población civil como método de combate, mientras que los arts. 14 a 16 PA II prohíben los ataques contra: (i) los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego; (ii) las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas como presas, diques, o centrales nucleares de energía eléctrica si tales ataques pueden ocasionar la liberación de aquéllas y causar de esta manera pérdidas importantes a la población civil; y (iii) los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos. Finalmente, el art. 16 PA II prohíbe expresamente a las partes contendientes la utilización de los monumentos históricos, las obras de arte y los lugares de culto en apoyo al esfuerzo militar.

¹⁵ El art. 51(4) y (5) PA I prohíbe los ataques indiscriminados que define como aquellos que pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas o bienes de carácter civil. Entre ellos se encuentran los siguientes:

- i) Aquellos que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
- ii) Aquellos en los que se emplean medios o métodos de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto;
- iii) Aquellos en los que se emplean medios o métodos de combate cuyos efectos no pueden ser limitados como requiere el PA I; y
- iv) Aquellos que consisten en bombardeos que tratan como un objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados que se encuentran situados en una misma ciudad, pueblo, aldea o en cualquier otra zona en la que haya una concentración análoga de personas o bienes de carácter civil.

Por su parte, el PA II en relación con los conflictos armados de carácter no internacional no contiene ninguna referencia expresa a las nociones de «ataques indiscriminados» y de «ataques desproporcionados».

¹⁶ Estas medidas de precaución son las siguientes:

- i) Hacer todo lo posible por verificar que los objetivos contra los que se pretenden lanzar los ataques son de hecho objetivos militares y que ninguna disposiciones del PA I prohíbe atacarlos;
- ii) Rechazar el lanzamiento de un ataque - o suspender el mismo en el caso de que haya sido ya iniciado - si: (i) se advierte que su objetivo no es militar - o que aun siendo militar goza de protección especial como es el caso de las infraestructuras que contienen fuerzas peligrosas; o (ii) es de prever que el ataque causará colate-

obligación de adoptar, hasta donde sea posible, una serie de medidas de precaución contra los efectos de los ataques, tales como alejar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil de los alrededores de los lugares donde se encuentran los objetivos militares, evitar situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas y cualquier otra medida que sea necesaria para proteger a aquéllos contra los peligros resultantes de las operaciones militares.

La preocupación por los daños civiles colaterales ocasionados a personas y bienes de la parte enemiga es un fenómeno relativamente reciente¹⁷, que ha ido adquiriendo progresivamente mayor relevancia desde la guerra del Vietnam. Pero ha sido a raíz de la emisión en directo por televisión de operaciones militares a partir de la operación *tormenta del desierto* en la primera guerra del golfo en 1991 que se ha convertido en objeto de particular atención de la opinión pública. Así, ya con respecto a la operación *tormenta del desierto* algunos autores¹⁸ realizaron fuertes críticas por los excesivos daños colaterales que en su opinión se habían ocasionado a la infraestructura económica iraquí - y sus presumibles efectos negativos a largo plazo en la población civil – como resultado de los bombardeos aéreos de la Coalición contra objetivos que, según la definición del art. 52(2) PA I, podían ser calificados en principio como militares¹⁹. La

ralmente daños a la población civil, a las personas civiles o a los bienes civiles que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que espera obtener del mismo;

- iii) Tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de combate para evitar o, al menos, para reducir en la medida de lo posible el número de muertes, lesiones y daños que el mismo puede provocar colateralmente a personas y bienes civiles. Entre estas precauciones se incluyen en particular el dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces, siempre que las circunstancias no lo impidan, de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, así como la elección, siempre y cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares equivalentes, de aquél cuyo ataque se prevea vaya a presentar menos riesgos para las personas y bienes civiles.

¹⁷ W. H. Parks, *The Protection of Civilians from Air Warfare*, en *Israeli Yearbook of Human Rights*, Vol. 27, 1997, pp. 65 y ss, p. 97.

¹⁸ Human Rights Watch, *Needless Deaths in the Gulf War: Civilian Casualties during the Air Campaign and Violations of the Laws of War*, 1991. Ver también J. G. Gardam, *Proportionality and Force in International Law*, en *American Journal of International Law*, Vol. 87, 1993, pp. 391 y ss.

¹⁹ Algunos autores, como por ejemplo F. J. Hampson, *Means and Methods of Warfare in the Conflict in the Gulf*, in *The Gulf War 1990-91 in International and English Law*, P. Rowe (Coord.), 1993, pp. 89 y ss, p. 100, han propuesto a este respecto una modificación de la actual normativa que desarrolla el principio de distinción a los efectos de incluir una de las dos siguientes medidas: (i) que la regla de proporcionalidad recoja expresamente la obligación de tener en cuenta el efecto cumulativo y a largo plazo en la población civil de los daños colaterales derivados de un ataque (particularmente cuando el objetivo del mismo es son infraestructuras económicas); o (ii) que la definición de objetivo militar requiera que

presión de la opinión pública para limitar los daños civiles colaterales se ha visto notablemente incrementada en relación con las operaciones en Kosovo en 1999, en Afganistán en 2001 y en Iraq en 2003.

En respuesta, en los últimos años ciertas fuerzas armadas occidentales han establecido nuevos procesos de selección de objetivos que requieren la previa aplicación de la regla de proporcionalidad²⁰. Así se refleja, por ejemplo, en las *reglas de combate* elaboradas por la OTAN en relación con sus más recientes operaciones²¹, así como en ciertos manuales de selección de objetivos, particularmente los norteamericanos, que requieren la presencia de miembros del cuerpo jurídico del ejército en unidades operacionales²².

Sin embargo, al mismo tiempo, existe en determinados círculos militares, especialmente en los EEUU, la preocupación de que se están intentando aplicar estándares que ni son realistas ni son actualmente exigidos por el derecho internacional humanitario, como es el caso por ejemplo de los nuevos procedimientos de selección de los objetivos de los ataques aéreos que tanto la OTAN como los EEUU han utilizado en su más recientes campañas en Kosovo, Afganistán e Iraq²³.

La creciente preocupación de la opinión pública por los daños civiles colaterales causados al enemigo ha venido acompañada por las primeras investigaciones y enjuiciamientos de ataques ilícitos - incluidos los resultantes de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad - llevados a cabo por un órgano jurisdiccional internacional (en este caso el TPIY) desde la segunda guerra mundial²⁴. Si bien, el análisis realizado por la Fiscalía de la TPIY del ataque de un caza de la OTAN contra el puente de

la destrucción, captura o neutralización de los bienes objeto de ataque ofrezca una ventaja militar definida a la luz de los objetivos político-estratégicos de la parte atacante.

²⁰ Sobre los procedimientos de selección de objetivos en la OTAN ver, por ejemplo, T. Montgomery, *Legal Perspective from the EUCOM Targeting Cell*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, pp. 189-197.

²¹ Como W. H. Parks, *Comment*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, p. 282.

²² T. Boyle, *Proportionality in Decision Making and Combat Actions*, en *Protecting Civilians in 21st Century Warfare: Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, 2001, pp. 29 y ss, p. 37.

²³ *Idem*.

²⁴ Como la Comisión sobre Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas señaló en su análisis de las investigaciones y enjuiciamientos realizados tras la segunda guerra mundial, hasta 1949 las infracciones graves a las reglas de derecho internacional humanitario que regulan la conducción de las hostilidades habían sido muy raramente el objeto de procesos por crímenes de guerra (Comisión de las Naciones Unidas para Crímenes de Guerra, *Law Reports of the Trials of War Criminals*, Vol. XV, 1949, p. 109). A pesar de ello, cabe encontrar ciertos precedentes jurisprudenciales en los procesos desarrollados por crímenes come-

ferrocarril de Leskovac²⁵, que acabó provocando la muerte de diez personas que viajaban en un tren de pasajeros que resultó alcanzado, es quizá el mejor ejemplo de la reticencia aún existente a investigar y enjuiciar las infracciones graves de la regla de proporcionalidad²⁶.

tidos durante la segunda guerra mundial, entre los que destaca el caso de los rehenes (Hostage Case, *United States v. Wilhelm List et al.*, en *United States, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. XI, 1950, pp. 957 y ss, y en particular pp. 1230-1319) y el caso de Shimoda (*Ryuichi Shimoda et al. v. The State*, District Court of Tokyo, 7 de diciembre de 1963, *International Law Reports*, Vol. 32, pp. 626 y ss). Así, mientras el caso de los rehenes es relevante en cuanto declara la legalidad de la destrucción de ciertos bienes civiles en el desarrollo de operaciones militares, en el caso Shimoda uno de los tribunales del distrito de Tokio condenó a los querrelados – se trataba de una demanda civil – porque consideró que los objetivos militares en Nagasaki y Hiroshima eran insuficientes para justificar los daños civiles producidos por el lanzamiento de las dos bombas atómicas.

²⁵ Informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña de la OTAN en Kosovo en 1999, párrafos 58-62.

²⁶ A las 11.40 h. del día 12 de abril de 1999, un caza de la OTAN lanzó dos bombas guiadas por láser contra el puente de ferrocarril de Leskovac, situado en el desfiladero de Grdelica sobre el río Juzna Morava en el este de Serbia, alcanzando en ambas ocasiones a un tren de pasajeros que cruzaba el puente en el momento de ataque y causando la muerte de al menos diez personas y heridas a otras quince. La Fiscalía del TPIY, sobre la base de los factores que se describen a continuación, consideró que el ataque no se había dirigido intencionadamente contra el tren de pasajeros sino contra el puente de Leskovac y que este último constituía un objetivo militar en cuanto que formaba parte de la red de abastecimiento utilizada por el Ejército Federal de la República Federal Yugoslava - actualmente Serbia y Montenegro - (VJ). En primer lugar, al tratarse de bombas guiadas, éstas son lanzadas desde miles de kilómetros de distancia y dirigidas por control remoto a través de una pequeña pantalla de menos de quince centímetros cuadrados. En segundo lugar, en la película de la pantalla se podía observar como la cruz que marcaba el punto de impacto permaneció fija en el puente en todo momento y sólo se podía observar con claridad que un tren avanzaba hacia el puente una vez que la primera bomba había sido ya lanzada y se encontraba a seis o siete segundos de alcanzar su objetivo. Solo en este momento se podía observar un pequeño cambio en la posición de la cruz de manera que el punto de impacto se desplazó hacia abajo algo menos de un metro. En tercer lugar, si bien no quedaba claro si la tripulación del caza estaba formada por una o por dos personas, incluso en esta segunda hipótesis, que supondría la presencia de un oficial especializado cuya misión principal sería guiar la bomba a través del control remoto, el tiempo de reacción (6-7 segundos) era demasiado corto como para desviar la bomba hacia un área sin presencia de civiles – sobre todo si se tiene en cuenta que el caza estaba volando a gran velocidad y que los miembros de la tripulación debían realizar al mismo tiempo otras tareas como, por ejemplo, mantener la seguridad del caza en una zona de combate. Por lo tanto, en opinión de la Fiscalía no se podía apreciar que la tripulación del caza hubiera actuado con la suficiente falta del deber de cuidado como para haber incurrido en responsabilidad penal.

Tras el primer impacto, la tripulación del caza se dio cuenta de que no había conseguido destruir el puente de ferrocarril que tenía aproximadamente tenía unos 50 metros de largo. Como quiera que el caza disponía de una segunda bomba guiada por láser, la tripulación consideró que todavía podía cumplir con su misión y el caza regresó en dirección al puente. En esta ocasión la mira se colocó en el extremo del puente opuesto a aquel en el

Esta reticencia ha sido provocada, por una parte, por la tendencia tradicional a considerar únicamente como penalmente relevantes aquellos supuestos de daños civiles colaterales que eran tan excesivos que no cabía sino considerarlos como ataques dirigidos contra personas o bienes civiles²⁷, y, por otra parte, por los problemas que plantea la aplicación de la regla de proporcionalidad en un caso concreto²⁸.

Así, por ejemplo, en la parte de la ecuación relativa a los daños civiles colaterales uno se pregunta si las bajas civiles esperadas han de computarse conjuntamente con los posibles daños a bienes de carácter civil, así como qué criterios utilizar, en su caso, para proceder a su cuantificación. Igualmente, uno se pregunta también qué elementos han de tenerse en cuenta a la hora de calcular la ventaja militar anticipada. Y lo que es más importante, qué criterios utilizar para comparar ambos conceptos de la ecuación de proporcionalidad, sobre todo si se intenta evitar una mera comparación numérica entre el número de muertos y heridos civiles y el número de soldados enemigos poner fuera de combate que se espera como consecuencia del ataque²⁹. Además, íntimamente ligadas a esta última

que se encontraba el tren de pasajeros que había resultado alcanzado. Sin embargo, para cuando la segunda bomba alcanzó el puente, éste se encontraba cubierto de humo y no se podía apreciar en la pantalla que el tren se había movido hacia delante acercándose al extremo del puente que estaba a punto de sufrir el segundo impacto. Como resultado, el tren de pasajeros resultó nuevamente dañado.

Con respecto a este segundo incidente, los miembros del comité de la Fiscalía que realizó el informe no pudieron llegar a un acuerdo sobre si los miembros de la tripulación del caza habían actuado con la suficiente falta de cuidado como para incurrir en responsabilidad penal. Por su parte, no apreciaron ningún indicio de criminalidad en el comportamiento de superiores jerárquicos de la tripulación del caza.

La pregunta que surge es por qué si la Fiscalía había considerado que el ataque se dirigió contra el puente de Leskovac que, en su opinión, constituía un objetivo militar no realizó ningún tipo de análisis de proporcionalidad – particularmente si consideramos que, al menos en el momento de lanzar la segunda bomba, era evidente que había un riesgo de provocar daños civiles colaterales puesto que un tren de pasajeros se encontraba en el otro extremo del puente objeto del ataque.

²⁷ W. H. Parks, *Linebacker and the Law of War*, en *Air University Review*, Vol. 15, 1983, p. 13. Una descripción general de la jurisprudencia relativa a la aplicación de la regla de proporcionalidad se puede encontrar en W.J. Fenrick, *The Law Applicable to Targeting and Proportionality after Operational Allied Force: A View from the Outside*, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 3, 2000, pp. 53 y ss, p. 57. Ver también a este respecto W.J. Fenrick, *The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare*, en *Military Law Review*, Vol. 98, 1982, pp. 91 y ss, p. 96.

²⁸ Informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña de la OTAN en Kosovo en 1999, párrafo 48.

²⁹ Esta comparación numérica puede, sin embargo, resultar de cierta utilidad para realizar un análisis preliminar de proporcionalidad. Este método ha sido, por ejemplo, utilizado por la Fiscalía del TPIY en el informe sobre la campaña aérea de la OTAN en Kosovo en 1999, párrafo 54.

cuestión se encuentran aquéllas sobre los valores relativos que han de asignarse a cada uno de los elementos de la ecuación de proporcionalidad y la medida en que un superior militar se encuentra obligado a exponer sus propias fuerzas para limitar las bajas o daños civiles colaterales.

El mayor problema se deriva del hecho de que a la hora de analizar si ha habido o no una infracción grave de la regla de proporcionalidad, el art. 8(2)(b)(iv) del Estatuto de Roma (ER) nos obliga a comparar dos elementos que no tienen prácticamente nada en común: (i) «la ventaja militar concreta y directa de conjunto» que se anticipaba se podría obtener del ataque; y (ii) « las pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente» que se preveía podía causar el ataque. Además, en la aplicación de la regla de proporcionalidad surgen numerosas cuestiones adicionales entre las que se pueden citar las siguientes: ¿deben incluirse en la columna de daños civiles colaterales aquellos daños debidos al despliegue ilícito por el enemigo de soldados, armas, municiones u otro tipo de material militar, como por ejemplo la colocación de un mortero en el patio de una escuela infantil?; y ¿cuál es el contexto temporal y espacial que se debe tener en cuenta a la hora de aplicar la ecuación de proporcionalidad - de cuya respuesta depende, por ejemplo, si ha de distinguirse o no entre los daños ocasionados en la primera oleada del ataque contra una población bajo el control del enemigo y los producidos en sucesivas «operaciones de limpieza» realizadas por la parte atacante para consolidar su control sobre la población atacada, o si la regla de proporcionalidad ha de aplicarse al nivel táctico (incidentes aislados), operacional (ataques en su conjunto) o estratégico (campañas militares en su conjunto)?

II. EL TIPO OBJETIVO DE LOS ATAQUES DESPROPORCIONADOS: EL ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD ENTRE LOS DAÑOS CIVILES COLATERALES PREVISTOS Y LA VENTAJA MILITAR ESPERADA.

II.1. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS ATAQUES DESPROPORCIONADOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA.

El tratamiento jurídico de los ataques ilícitos en la jurisprudencia del TPIY ha venido determinado por la interpretación de su jurisdicción material como limitada, en principio, a las violaciones graves de las normas de

derecho internacional humanitario que en el momento de cometerse los hechos imputados (1991-1995) tenían indiscutiblemente la condición de normas consuetudinarias³⁰. En este sentido, el TPIY no ha considerado que los ataques indiscriminados y los ataques que causan daños civiles colaterales desproporcionados estuvieran tipificados de manera autónoma por la costumbre internacional en el momento en que se produjo el conflicto en la antigua Yugoslavia³¹. En consecuencia, la jurisprudencia del TPIY ha considerado estos ataques como un mero elemento probatorio³²

³⁰ Ver a este respecto las siguientes decisiones en apelación del TPIY: *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Caso Núm. IT-94-1-AR72, de 2 de octubre de 1995 (decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en el caso Tadic), párrafos 111, 126, 127, 134 y 143; *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Decision on Interlocutory Appeal, Caso Núm. IT-01-42-AR72, de 22 de noviembre de 2002 (decisión interlocutoria de apelación del TPIY en el caso Strugar), párrafos 9, 10 y 13; *Prosecutor v. Milan Milutinovic, Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic*, Decision on Interlocutory Appeal, Case Núm. IT-99-37-AR72.2, de 12 de mayo de 2004 (decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción respecto de la doctrina del propósito criminal común en el caso Ojdanic), párrafo 9; y *Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Case Núm. IT-01-47-AR72, de 16 de julio de 2003 (decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos en el caso Hadzihasanovic).

³¹ Las razones por las que los ataques indiscriminados y los ataques desproporcionados no son tratados como crímenes autónomos en los casos Blaskic y Kordic y Cerkez tienen su origen en el distinto desarrollo del principio de distinción en el PA I y en el PA II - y en particular en el hecho de que el PA II no contiene ninguna referencia expresa a las nociones de «ataques indiscriminados» y de «ataques desproporcionados». Además, las respectivas Salas de Primera Instancia entendieron desde un principio que actos de violencia que no eran específicamente dirigidos contra objetivos militares (ataques indiscriminados) o que causaban excesivos daños civiles colaterales podían ser considerados de hecho como ataques dirigidos contra personas o bienes civiles. Véase a este respecto, por ejemplo, la discusión sobre la proporcionalidad del ataque contra Donja Veceriska antes de la retirada de las fuerzas del ABiH al analizar si el mismo fue un ataque ilícito llevado a cabo contra las personas o los bienes civiles que se encontraban en dicha localidad (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Blaskic, párrafo 543).

³² Así, las Sentencias de Primera Instancia del TPIY en los casos Blaskic y Kordic entendieron que la comisión del crimen de atacar personas o bienes civiles se puede probar de las siguientes maneras: (i) probando que sólo personas o bienes civiles han muerto o han sido destruidos a consecuencia del ataque - si bien las dificultades probatorias de este elemento son evidentes si se tiene en cuenta que en los conflictos armados modernos existe una tendencia a que combatientes - o personas que sin tener la condición de combatientes participan directamente en las hostilidades - y bienes de carácter militar se encuentren entremezclados con personas y bienes civiles; (ii) probando que bien por la falta de precisión o la imposibilidad de controlar los efectos del arma utilizada (por ejemplo morteros caseros de pequeño calibre o bombas de racimo) bien por las características del método de combate elegido (por ejemplo las técnicas de bombardeo utilizadas por los aliados contra ciertas ciudades alemanas como Hamburgo o Dresde al final de la segunda guerra mundial) el ataque fue dirigido contra combatientes (o contra personas que sin tener la condi-

que puede servir para mostrar que se ha producido un ataque dirigido contra personas o bienes civiles³³.

ción de combatientes participaban directamente en las hostilidades) y civiles sin distinción alguna; o (iii) probando que el ataque, si bien dirigido contra un objetivo militar específico, fue desproporcionado puesto que causó daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar definida que se esperaba del mismo. Particularmente ilustrativa a este respecto resulta la discusión mantenida en los párrafos 321 a 328 de la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso *Kordic*.

Más recientemente, la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso *Galic* (párrafos 57 a 61) ha señalado que los ataques indiscriminados - es decir, aquellos que afectan a personas o bienes civiles y a objetivos militares sin distinción alguna - pueden incluirse dentro de la categoría de ataques dirigidos contra personas o bienes civiles³³. Por otra parte, en relación con los ataques desproporcionados, la Sala afirmó que ciertos ataques aparentemente desproporcionados pueden, dependiendo de las circunstancias del caso, llevar a la conclusión de que personas o bienes civiles fueron en realidad el objeto del ataque. Además, la Sala subrayó que el incumplimiento por el enemigo de su obligación, conforme al derecho internacional humanitario, de alejar en la medida de lo posible a la población, a las personas y a los bienes civiles de las áreas donde se encuentran objetivos militares, no afecta de ninguna manera a la obligación que tiene la parte atacante de preparar y desarrollar sus ataques respetando los principios de distinción y proporcionalidad.

Por su parte, la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Strugar* (párrafo 281) no tuvo la necesidad de pronunciarse sobre si los ataques dirigidos contra objetivos militares que ocasionan daños colaterales excesivos pueden ser considerados en ciertas circunstancias como ataques dirigidos contra personas o bienes civiles.

³³ La inclusión de los ataques indiscriminados entre aquellos ataques que dan lugar a un delito de atacar a personas o a bienes civiles parece razonable si se tiene en cuenta que la jurisprudencia del TPIY ha configurado dicho delito como un delito de resultado que, como veremos más adelante al analizar el elemento subjetivo del tipo, pueden ser cometido con dolo eventual - es decir sin pretender que el ataque provoque la muerte o heridas a personas civiles o destruya bienes de carácter civil pero siendo consciente de la probabilidad de que el mismo acabe causando dicho resultado y aceptando su posible producción. De esta manera, la persona que ataca un centro de comunicaciones del enemigo que se encuentra colindante con un asilo de ancianos siendo consciente de la absoluta falta de precisión del armamento utilizado debe ser considerada como que acepta el riesgo de destrucción total o parcial del asilo de ancianos. Esta conclusión se desprende del hecho de proceder al ataque a pesar de ser consciente de la imposibilidad de dirigir el mismo exclusivamente contra el centro de comunicaciones así como de la alta probabilidad de que los proyectiles acaben impactando contra el asilo de ancianos en lugar de contra el centro de comunicaciones.

Ahora bien, lo mismo no puede afirmarse del tratamiento de los ataques dirigidos contra objetivos militares que terminan causando daños civiles colaterales desproporcionados como mero elemento probatorio del crimen de atacar a personas o a bienes civiles. En nuestra opinión, este tratamiento confunde las infracciones graves a las dos manifestaciones más importantes del principio de distinción: (i) la obligación de las partes contendientes de dirigir sus ataques contra objetivos militares y la consiguiente prohibición de atacar a personas o a bienes civiles; y (ii) la prohibición de lanzar ataques contra objetivos militares que se prevea producirán daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar anticipada.

En este sentido hay que señalar que ya en 1995, la decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en el caso *Tadic* en 1995 (párrafos 111, 126, 127 y 134) parecía abrir la puerta al reconocimiento del carácter consuetudinario del crimen de lanzar ataques desproporcionados al señalar que: (i) ciertos principios fundamentales relativos a la protección de la población civil,

Al mismo tiempo, las Sentencias de Primera Instancia del TPIY en los casos Blaskic y Kordic y Cerkez establecieron que para que un ataque dirigido contra la población civil o contra personas civiles diera lugar a responsabilidad penal era necesario que en el transcurso del mismo se hubiese causado la muerte o lesiones graves a uno o varios civiles³⁴. Esta interpretación, que tiene su origen en que el art. 85(3) AP I sólo considera como una infracción grave del principio de distinción los ataques dirigidos contra la población civil o contra las personas civiles que «causan la muerte o atentan gravemente a la integridad física o a la salud», ha sido posteriormente adoptada también por la Sentencia de Apelaciones del TPIY en el caso Kordic³⁵ y por la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en los casos Galic³⁶ y Strugar³⁷.

incluidos aquellos recogidos en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2675 (1970) de 9 de diciembre de 1970, se aplican a todo tipo de conflicto armado; (ii) ciertas reglas de derecho internacional consuetudinario se aplican también a los conflictos armados no-internacionales, entre las que se encuentran aquellas relativas a áreas tales como la protección de las personas civiles durante la conducción de las hostilidades (en particular de los ataques indiscriminados), la protección de los bienes civiles (en particular la propiedad cultural), la protección de todos aquellos que no toman parte – o no toman parte más – en las hostilidades, así como la prohibición de los medios y métodos de combate que se encuentran prohibidos en relación con los conflictos armados internacionales; y (iii) el derecho internacional consuetudinario atribuye responsabilidad penal por ciertas violaciones del derecho aplicable en los conflictos armados no-internacionales, incluyendo ciertos principios fundamentales relativos a los medios y métodos de combate.

Sin embargo, la jurisprudencia posterior ha sido notablemente más cautelosa a la luz del diferente nivel de desarrollo del principio de distinción en el PA I y el PA II, y particularmente ante la falta de cualquier referencia a la noción de «ataques desproporcionados» en el PA II. Por ello tanto la decisión interlocutoria de apelación en el caso Strugar (párrafos 9, 10 y 13) como la Sentencia de Apelación del TPIY en el caso Kordic y Cerkez (párrafo 54), si bien afirman que los crímenes de atacar a personas o a bienes civiles tenían un carácter consuetudinario en el momento en que se produjo el conflicto en la antigua Yugoslavia, no abordan expresamente la cuestión de si el lanzamiento de ataques contra objetivos militares que causan daños civiles colaterales excesivos da lugar también a responsabilidad penal conforme al derecho internacional consuetudinario. Como resultado, mucho nos tememos que el valor de los precedentes jurisprudenciales del TPIY en materia de ataques ilícitos, y particularmente su aplicación de la noción de objetivo militar y de la regla de proporcionalidad tenga un valor ciertamente más limitado del que en un principio podría presumirse. Ver a este respecto, W.J. Fenrick, *Prosecuting Violations of Combat Limitations*, en *Protecting Civilians in 21st Century Warfare: Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, H. Mireille/J. Martine (Coord.), CICR/Wolf Legal Productions, 2001, pp. 77 y ss., p. 79.

³⁴ Sentencias de Primera Instancia del TPIY en los casos Blaskic (párrafo 180) y Kordic y Cerkez (párrafo 328).

³⁵ Sentencia de Apelación del TPIY en el caso Kordic y Cerkez, párrafo 67.

³⁶ Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, párrafos 56 y 62. La reciente Sentencia de Apelación del TPIY en el caso Galic ha seguido en este punto la interpretación de la Sentencia de Primera Instancia.

³⁷ Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Strugar, párrafo 280. Si bien las consideraciones recogidas en el párrafo 221 pudieran ser entendidas como un primer paso hacia la redefinición de este crimen como un delito de mera actividad.

Por lo tanto, a diferencia del art. 8(2)(b)(i) y (e)(i) ER que configura este delito como un delito de mera actividad que se perfecciona por el uso ilícito de la violencia contra la población civil o contra personas civiles con independencia de que produzca o no un resultado lesivo, la jurisprudencia del TPIY lo ha considerado como un delito de resultado que sólo se consumó cuando a consecuencia del uso ilícito de la violencia contra la población civil o contra personas civiles se ocasiona la muerte o lesiones graves a uno o más civiles.

Lo mismo ha sucedido con el crimen de dirigir un ataque contra bienes civiles que también ha sido definido por la jurisprudencia del TPIY como un delito de resultado que exige la destrucción total o parcial o la producción de daños extensos a un bien civil como consecuencia del lanzamiento de un ataque contra el mismo³⁸. En este sentido, se diferencia también de su configuración como un delito de mera actividad en el art. 8(b)(2)(ii) ER³⁹

II.2. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS ATAQUES DESPROPORCIONADOS EN EL ESTATUTO DE ROMA.

A diferencia de la jurisprudencia del TPIY, el ER tipifica de manera autónoma los ataques que más gravemente infringen el núcleo central de la normativa que desarrolla el principio de distinción en la conducción de las hostilidades, es decir: (i) los ataques dirigidos contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades; (ii) los ataques dirigidos contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares⁴⁰; y (iii) los ataques desproporciona-

³⁸ Sentencia de Apelación del TPIY en el caso Kordic y Cerkez, párrafos 40 a 68 y en particular párrafo 67; y Sentencia de Primera Instancia del TPIY en los casos Blaskic (párrafo 180), Kordic y Cerkez (párrafo 328), Galic (párrafos 56 y 62) y Strugar (párrafo 280).

³⁹ Como ya hemos señalado el párrafo 221 de la reciente Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Strugar pudiera ser entendido como un primer paso hacia la redefinición de este crimen como un delito de mera actividad.

⁴⁰ Arts. 8(2)(b)(i) y (ii) y (2)(e)(i) ER. Surge la cuestión de si los ataques indiscriminados pueden considerarse incluidos dentro del crimen de atacar a la población y a las personas civiles, así como dentro del crimen de atacar a los bienes de carácter civil. A este respecto sí que entendemos que el art. 8(2)(b)(i) y (ii) y (e)(i) ER permite acoger la interpretación adoptada por la jurisprudencia del TPIY puesto que los delitos recogidos en esta disposición admiten también como elemento subjetivo del tipo el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual siempre y cuando el ataque no haya sido dirigido específicamente contra un objetivo militar concreto. En consecuencia, quien dispara con un mortero de

dos contra objetivos militares, es decir, aquellos que se prevé que produzcan pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos o graves al medio ambiente natural que se prevé que sean manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se espera obtener de los mismos⁴¹.

De esta manera desaparece la necesidad de representar el uso desproporcionado de la fuerza contra objetivos militares como si se tratara de un ataque dirigido contra las personas o bienes civiles⁴². Además, se reconoce la distinta naturaleza entre los ataques ilícitos dirigidos contra personas o bienes que no tienen la condición de objetivo militar y aquellos otros ataques que, si bien podrían ser en principio considerados como lícitos en cuanto que lanzados contra objetivos militares, terminan por ser punibles debido a los excesivos daños civiles colaterales que cabe esperar de los mismos⁴³.

fabricación casera que no tiene precisión alguna contra un depósito de municiones del enemigo que se encuentra junto a una escuela infantil, puede no haber deseado que se produjeran los daños finalmente ocasionados a la escuela, pero sí se puede probar que era consciente de la absoluta imprecisión del mortero utilizado no cabrá sino afirmar que: (i) tenía conocimiento de la imposibilidad de dirigir el ataque únicamente contra el depósito de municiones; (ii) tenía conocimiento de la alta probabilidad de que los proyectiles disparados acabaran impactando contra la escuela infantil en lugar de contra el depósito de municiones; y (iii) aceptó la potencial destrucción total o parcial de la escuela infantil.

⁴¹ Art. 8(2)(b)(iv) ER.

⁴² Si bien por otras razones, el tratamiento autónomo de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad era la regla general con anterioridad a la aprobación de los protocolos adicionales en 1977. Así, en el caso *Einsatzgruppen*, el tribunal señaló: «A city is bombed for tactical purposes: communications are to be destroyed, railroads wrecked, ammunition plants demolished, factories razed, all for the purpose of impeding the military. In these operations it inevitably happens that non-military persons are killed. This is an incident, a grave incident to be sure, but an unavoidable corollary of battle action. The civilians are not individualised. The bomb falls, it is aimed at the railroad yards, houses along the tracks are hit and many of their occupants killed. But that is entirely different, both in fact and in law, from an armed force marching up to these same railroad tracks, entering those houses abutting thereon, dragging out the men, women and children and shooting them» (United States v. Otto Ohlendorf *et al.*, *Einsatzgruppen* Trial, in United States, *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Volume IV, 1950, pp. 1 y ss, p. 467). Una opinión diferente puede encontrarse en S. Oeter, *Methods and Means of Combat* en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Fleck, D. (Coord.), Oxford University Press, 1995, pp. 105-208, p. 184.

⁴³ Una opinión diferente es sostenida por J. G. Gardam, *Proportionality...*, p. 410, cuando afirma que: «negligent behavior in ascertaining the nature of a target or the conduct of the attack itself» as tantamount to the «direct targeting of civilians»; y por J. F. Murphy, *Some Legal (And A Few Ethical) Dimensions Of The Collateral Damage Resulting From NATO's Kosovo Campaign*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, pp. 244-245 y 248.

Como se especifica en los Elementos de los Crímenes (EC), el tipo del art. 8(2)(b)(iv) ER se limita a castigar las infracciones graves de la regla de proporcionalidad que debe observarse en las operaciones militares desarrolladas en el contexto de un conflicto armado⁴⁴. El carácter lícito o ilícito del conflicto armado es irrelevante a la hora de determinar si una operación militar determinada se adecua o no a las exigencias de la regla de proporcionalidad. Por ello, al describir la conducta típica «no se hace referencia a las justificaciones de la guerra ni a otras normas relativas al *ius ad bellum*»⁴⁵.

A primera vista, el art. 8(2)(b)(iv) ER parece establecer una exigencia superior a la prevista en el art. 51(5)(b) PA I en relación al volumen de bajas y daños civiles colaterales que deben producirse para que un ataque dirigido contra un objetivo militar acabe por dar lugar a responsabilidad penal⁴⁶. Así, en primer lugar, el art. 8(2)(b)(iv) ER exige que los daños civiles colaterales sean «manifiestamente excesivos» en lugar de simplemente «excesivos» como se exige en el art. 51(5)(b) PA I, si bien para el CICR no existe una diferencia substancial entre ambos estándares⁴⁷. Mientras que en segundo lugar, el art. 8(2)(b)(iv) ER añade la expresión «de conjunto» a la parte de la ecuación de proporcionalidad relativa a la ventaja militar concreta y directa, con lo que parece exigirse una mayor atención al contexto en el que se produce el ataque a la hora de valorar la ventaja militar concreta y directa de la destrucción, captura o neutralización del objetivo atacado.

Por otra parte, El ER, a diferencia del TPIY, configura los ataques desproporcionados, así como los ataques contra personas o bienes civiles, como delitos de mera actividad que se consuman con el mero lanzamiento del ataque - es decir con la realización de actos de violencia contra personas o bienes protegidos pertenecientes a la parte adversa y que

⁴⁴ Ver nota 36 de los EC.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ El art. 51.5 (b) PA I prevé que «se considerarán indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataques: (b) los ataques, cuando sea prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista». Ver a este respecto, D. Pfirter, *Excessive Incidental Death, Injury or Damage*, en *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Roy S. Lee (Coord.), Transnational Publishers, 2001, pp. 147-150, p. 149.

⁴⁷ K. Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press/CICR, 2003, pp. 169-170.

no se encuentran bajo el control de la parte contendiente a la que pertenece el autor⁴⁸.

El art. 8(2)(b)(iv) ER introduce a su vez una novedad importante en cuanto que recoge el delito medio-ambiental al referirse a los «daños extensos, duraderos o graves al medio ambiente natural» en la descripción de la regla de proporcionalidad. Sin embargo, separándose de la regulación contenida en el art. 55 PA I,⁴⁹ el art. 8.2(b)(iv) ER introduce un elemento de proporcionalidad en el tipo objetivo⁵⁰. Así, el lanzamiento intencionado de ataques a sabiendas de que causarán daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente sólo será constitutivo de delito si dichos ataques se presentan como «manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea».

En cualquier caso es importante subrayar que tanto los ataques dirigidos contra bienes civiles como aquellos dirigidos contra objetivos militares que provocan daños civiles colaterales desproporcionados no son tipificados en el ER en relación con cualquier clase de conflicto armado. Así, el ER establece una distinción muy importante entre los conflictos armados internacionales en cuyo contexto son aplicables los tres tipos penales arriba mencionados - ataques dirigidos contra la población o las personas civiles, ataques dirigidos contra bienes de carácter civil y ataques desproporcionados - y los conflictos armados de carácter no internacional en cuyo contexto sólo se tipifican expresamente los ataques dirigidos contra la población o las personas civiles (Art. 8(2)(e)(i) ER). Por lo tanto, se puede afirmar que el esfuerzo de los redactores del ER por tipificar de manera autónoma los ataques que más gravemente atentan contra el principio de distinción se ha quedado a medio camino.

⁴⁸ En el mismo sentido, D. Frank, *Attacking Civilians*, en *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Roy S. Lee (Coord.), Transnational Publishers, 2001, pp. 140-143, p. 142; y K. Dörmann, *Elements of War Crimes...*, p. 130

⁴⁹ Conforme al párrafo primero del art. 55 PA I: « En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio-ambiente natural, comprometiéndose así la salud o supervivencia de la población». Además el párrafo segundo de esta disposición prohíbe los ataques contra el medio-ambiente como represalias».

⁵⁰ H. Von Hebel/ D. Robinson, *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, en *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues-Negotiations-Results*, Roy S. Lee (Coord.), Kluwer Law International, 1999, pp. 76-129, p. 111; y K. Dörmann, *Elements of War Crimes...*, p. 176.

Ahora bien, el hecho de que los ataques dirigidos contra bienes civiles y los ataques desproporcionados contra objetivos militares no hayan sido tipificados como delitos autónomos en relación con los conflictos armados de carácter no internacional, y el hecho de que el ER no permita una interpretación extensiva de los ataques dirigidos contra la población o las personas civiles a los efectos de cubrir dichos ataques - tal y como ha realizado la jurisprudencia del TPIY⁵¹-, no significa necesariamente que los mismos no den de ninguna manera lugar a responsabilidad penal confor-

⁵¹ Como resultado algunos podrían pensar que la jurisprudencia de la Corte, siguiendo la jurisprudencia del TPIY, no tendrá más remedio que ampliar, en el marco de los conflictos armados de carácter no internacional, el crimen de atacar a la población o a las personas civiles para cubrir, como mínimo, los ataques contra objetivos militares de carácter desproporcionado y, muy posiblemente también, los ataques contra bienes civiles. Sin embargo, en nuestra opinión no cabe llevar a cabo en el contexto del ER la aplicación extensiva del crimen de atacar a la población o a las personas civiles que ha realizado la jurisprudencia del TPIY - y ello con independencia de que cómo afirma la jurisprudencia del TPIY dicha interpretación sea conforme a la costumbre internacional. Así, en primer lugar, existen importantes diferencias entre la configuración típica del crimen de atacar a la población o a las personas civiles en el ER y en la jurisprudencia del TPIY - que por lo demás son también aplicables al crimen de atacar a objetos civiles previsto en el art. 8(2)(b)(ii) ER. Entre ellas destaca el hecho de que ni el ER, ni los EC, exigen ningún tipo de resultado lesivo derivado del ataque para la consumación del delito, por lo que se puede afirmar que en el ER se configura como un delito de mera actividad que se consuma con la mera realización de un ataque - acto de violencia - con la intención de afectar a la población o a personas civiles que no se encuentran bajo el poder de la parte contendiente a la que pertenece el autor (ver a este respecto D. Frank, *Attacking Civilians...*, p. 142; y K. Dörmann, *Elements of War Crimes...*, p. 130). Esta particular configuración del crimen de atacar a la población o a las personas civiles en el ER impide en nuestra opinión su aplicación extensiva para cubrir supuestos de ataques desproporcionados que se caracterizan por el propósito de atacar un objetivo militar concreto.

En segundo lugar, el art. 22(2) ER, en cuanto que manifestación del principio *nullum crimen sine lege*, obliga expresamente - a diferencia del Estatuto del TPIY - a una interpretación «estricta» de los elementos del tipo sin que en ningún caso quepa su interpretación extensiva por analogía. Además, conforme a esta misma disposición, en caso de ambigüedad los elementos del tipo deberán ser interpretados en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

En tercer lugar, la interpretación extensiva del crimen de atacar a la población o a las personas civiles para cubrir supuestos de ataques desproporcionados o incluso de ataques dirigidos contra bienes civiles echaría por tierra lo que para muchos constituye uno de los elementos más positivos del ER y que consiste en la tipificación autónoma, al menos en relación con los conflictos armados internacionales, de los ataques que más gravemente infringen el núcleo central de la normativa que desarrolla el principio de distinción en la conducción de las hostilidades, evitando de esta manera la confusión entre: (i) la obligación de las partes contendientes de dirigir sus ataques contra objetivos militares, y la consiguiente prohibición de atacar personas o bienes civiles; y (ii) la prohibición de lanzar ataques contra objetivos militares cuando sea de prever que causarán daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Por estas razones, entendemos que no cabe seguir la jurisprudencia del TPIY en este punto.

me al ER cuando se lancen en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional.

Esto es así porque, conforme al ER, al menos en relación con los conflictos armados de carácter no internacional⁵², cualquier resultado lesivo a personas o bienes civiles podría dar lugar a un delito de homicidio, tratos crueles o destrucción de bienes del enemigo siempre y cuando se derive de un ataque que conforme al derecho internacional humanitario debe ser calificado como ilícito porque: (i) infringió la normativa que desarrolla el principio de distinción en la conducción de las hostilidades; (ii) se dirigió contra personas, objetos o áreas especialmente protegidos; (iii) se llevó a cabo a través de ciertos métodos de combate prohibidos por el derecho internacional humanitario; o (iv) se realizó mediante el uso de ciertas armas que causan heridas superfluas o sufrimientos innecesarios al enemigo o tienen un efecto indiscriminado.

Por lo tanto, en aquellos supuestos en que el ataque no se haya dirigido contra personas, objetos o áreas especialmente protegidos, ni se haya desarrollado a través de medios o métodos de combate prohibidos por el derecho internacional humanitario, será necesario determinar que el uso de la fuerza armada se dirigió contra personas o bienes civiles o, en caso de que se dirigiera contra un objetivo militar, que los daños civiles colaterales esperados fueron manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar esperada. De ser este el caso las muertes, lesiones o daños derivados del ataque podrán ser imputados como un delito contra la vida como el homicidio, contra la integridad física como los tratos crueles o contra la propiedad como la destrucción de bienes del enemigo. En caso contrario, las muertes, lesiones o daños producidos, aunque desafortunados, serán lícitos conforme al derecho internacional humanitario y por lo tanto no podrán en ningún caso dar lugar a responsabilidad penal conforme al ER.

⁵² Sin embargo, en relación con los conflictos armados internacionales, la distinción entre las infracciones graves de los Convenios de Ginebra recogidas en el apartado 2(a) del art. 8 ER, y las demás infracciones graves de las leyes y costumbres de la guerra en los conflictos armados internacionales previstas en el apartado 2(b) del art. 8 ER, va a provocar a buen seguro ciertos problemas imprevistos de particular consideración. Así, por ejemplo, delitos como el de «homicidio intencional» previsto en el art. 8(2)(a) ER, el de «tratos inhumanos» previsto en el art. 8(2)(b) ER o el de «causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud» previsto en el art. 8(2)(c) ER, sólo aparecen tipificados en relación con los conflictos armados internacionales como graves violaciones de los Convenios de Ginebra, que, por regla general como ya hemos señalado limitan su ámbito de protección a personas u objetos que se encuentran en poder de la parte contendiente a la que pertenece el autor.

Diferente es el caso de las muertes, lesiones y daños ocasionados por una parte contendiente contra las personas y bienes protegidos que se encuentren en su poder. En esta situación la regla general es que tales resultados podrán ser imputados a sus autores como delitos contra la vida, la integridad física o la propiedad, a no ser que excepcionalmente concorra una causa de justificación como que la destrucción de los bienes de las personas protegidas pertenecientes a la parte adversa sea imperativa por las necesidades de la guerra. De ahí que la aplicación de ciertos delitos de resultado como el homicidio, los tratos crueles o la destrucción de los bienes de las personas pertenecientes a la parte adversa - aplicables tanto cuando la víctima no se encuentra en poder de la parte contendiente que ocasiona el daño (delitos cometidos durante la conducción de las hostilidades) como cuando la víctima se encuentra en poder de la misma - varíe dependiendo de si la muerte, las lesiones o el daño se infringe durante la conducción de las hostilidades o tras la toma del control de la localidad o área donde se encuentra la persona o bien civil afectado.

De particular importancia en nuestro estudio es el caso del delito de «destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo»⁵³ y del ámbito de aplicación de la causa de justificación incorporada en su definición. Se trata éste de un crimen de guerra aplicable tanto durante la conducción de las hostilidades como cuando el bien afectado se encuentra en poder de la parte contendiente a la que pertenece el autor. Ahora bien, durante la conducción de las hostilidades los daños ocasionados al enemigo sólo podrán dar lugar a responsabilidad penal si son el resultado de un ataque ilícito según el derecho internacional humanitario. Por lo tanto, si el ataque de que se trate se dirige contra un objetivo militar, y en el mismo no se emplean medios o métodos de combate prohibidos por el derecho internacional humanitario, será necesario probar que los daños civiles colaterales que se preveía dicho ataque produciría son excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se esperaba del mismo. Sólo entonces podrá analizarse si la destrucción causada por dicho ataque a los bienes del enemigo –cualquiera que sea la naturaleza de tales bienes– se encontraba o no justificada por los imperativos de las necesidades de la guerra.

Lógicamente, cuando la destrucción de los bienes del enemigo se produce en un contexto en que los bienes afectados se encuentran bajo el control de la parte contendiente a la que pertenece el autor, no existirá ataque

⁵³ Art. 8(2)(b)(xiii) y (2)(e)(xii) ER.

alguno cuya legalidad haya que analizar antes de pasar a estudiar si la destrucción ocasionada a bienes de personas pertenecientes a la parte adversa se encuentra o no justificada por la necesidad militar⁵⁴.

Las importantes diferencias entre la aplicación del delito de destrucción de bienes del enemigo durante la conducción de las hostilidades y su aplicación en situaciones en las que los bienes afectados se encuentran en áreas bajo el control de la parte contendiente que los destruye, obliga a analizar por separado la relevancia penal de la destrucción producida en ambos contextos. Esta separación resulta de particular relevancia cuando se pretende analizar la destrucción producida por operaciones militares ofensivas compuestas de dos fases bien diferenciadas: (i) el ataque contra la población o área que no se encuentra bajo el control de la parte atacante y que se pretende tomar por asalto; y (ii) la destrucción de bienes de personas pertenecientes a la parte adversa (ya sean civiles ya sean prisioneros de guerra) una vez que la parte atacante ha tomado el control de la población o área objeto del ataque. Además, como demuestra el conflicto en la antigua Yugoslavia, cada una de estas fases suele ser ejecutada por diferentes unidades de las fuerzas armadas de la parte atacante. Desafortunadamente, la jurisprudencia del TPIY en esta materia no siempre ha respondido a esta distinción⁵⁵.

⁵⁴ En este sentido, hay que subrayar que los límites al alcance de esta causa de justificación no son claros ni en el ER, ni en los EC, ni tan siquiera en la propia Convención de la Haya IV de 1097 y en su Reglamento Anexo.

⁵⁵ Esto se aprecia en particular en el análisis de conjunto que las Salas de Primera Instancia del TPIY en los casos Blaskic y Kordic y Cerkez realizaron de todos los daños producidos durante la primera y segunda oleadas de ciertas operaciones militares. Así, por ejemplo, la Sala en el caso Blaskic, al analizar los daños producidos durante el ataque de las fuerzas bosnio-croatas (HVO) al pueblo de Rotilj (municipalidad de Kiseljak en Bosnia Central), se limitó a afirmar que el 18 de abril de 1993 unidades del HVO atacaron el pueblo una vez que sus líderes habían aceptado entregar las pocas armas que tenían sus habitantes. El ataque comenzó con fuego de artillería y a continuación la infantería tomó el control de la aldea, registró las casas en busca de armas, mató a varios civiles, detuvo a la mayoría del resto de habitantes en un espacio abierto, saqueó sus casas y finalmente las incendió. Igualmente, esta misma Sala, al analizar los daños causados durante el ataque del HVO al pueblo de Ocehnici (municipalidad de Busovaca en Bosnia-Central), se limitó a declarar como probado que el 19 de abril de 1993 por la tarde soldados del cuarto batallón de la policía militar del HVO habían entrado en Ocehnici disparando, prendiendo fuego a aquellas casas y granjas pertenecientes a los bosnio-musulmanes, matando a cinco civiles (incluidas algunas mujeres) - y quemando a continuación sus cuerpos - e hiriendo a otros habitantes del pueblo (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Blaskic, párrafos 571- 573).

Del mismo modo al analizar los ataques del HVO a los pueblos de Gomionica, Hercezi, Svinjarevo, Visnjica, Grahovci y Han Ploca (todos ellos en la municipalidad de Kiseljak en Bosnia Central) en junio de 1993, la Sala en el caso Blaskic concluyó que incluso

II.3. EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA EN EL USO DE LA FUERZA Y LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD

Como venimos señalando es mucho más fácil definir en términos generales la regla de proporcionalidad que aplicarla a un caso concreto puesto que no es fácil comparar variables tan dispares como el valor de vidas humanas inocentes y la ventaja militar que se espera obtener de la destrucción, captura o neutralización de un cierto objetivo militar en una situación de combate⁵⁶. De entre los principios que han de tenerse en cuenta para realizar esta comparación merece particular atención el principio de economía en el uso de la fuerza porque se trata de un principio universalmente aceptado en la doctrina militar que es aplicado en todo momento y con independencia de los cambios en la circunstancias de combate por cualquier ejército del mundo y por cualquier grupo armado organizado por muy incipiente que sea.

El principio de economía en el uso de la fuerza exige que todo superior militar utilice el mínimo nivel de fuerza requerida –hombres, armas, municiones y cualquier otro tipo de material militar– para alcanzar el objetivo con tan pocas bajas como sea posible. De esta manera el esfuerzo que debe ser dedicado a cualquier tarea es el estrictamente necesario para llevarla a cabo, lo que requiere una adecuada selección y utilización del armamento, la maximización del rendimiento de las piezas de artillería (y en su caso de los aviones de combate), y un adecuado equilibrio en la distribución de las tareas⁵⁷. Como resultado, todo superior militar se abstendrá, en principio, de llevar a cabo cualquier actividad que no facilite la

en aquellos pueblos que se encontraban cercanos a las líneas de confrontación con los serbio-bosnios y en los que había presencia de las fuerzas bosnio-musulmanas (ABiH), la naturaleza y la escala de los crímenes cometidos por los miembros del HVO mostraba que estos últimos no sólo lucharon para superar la resistencia de los miembros del ABiH, sino que pretendían expulsar de estos pueblos a la población civil musulmana y asegurarse de que nunca más regresaría. Así, las tropas del HVO: (i) aterrorizaron sistemáticamente a los civiles bosnio-musulmanes mediante intensos bombardeos, asesinatos y violencia gratuita, (ii) quemaron y destruyeron sistemáticamente sus viviendas y sus lugares de culto, normalmente tras haberlos saqueado; (iii) mataron su ganadería y se apropiaron de sus reservas de alimentos; y (iv) los arrestaron y detuvieron en campos de detención para posteriormente intercambiarlos o expulsarlos al territorio controlado por el ABiH (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Blaskic, párrafo 630). Del mismo tenor es el análisis que de estos mismos ataques realiza la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Kordic y Cerkez, párrafos 658-660, 665-669, y 720-723.

⁵⁶ Ibid, párrafo 48.

⁵⁷ United States, Department of the Navy, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, 1997, pp. 65-66, nota 9.

consecución del objetivo y valorará en todo momento los recursos de los que dispone a la luz no sólo de las exigencias del momento sino también de cualquier necesidad futura. En aplicación de este principio, por ejemplo, peticiones de uso de artillería o de apoyo aéreo para tomar un bloque de apartamentos o una aldea sin valor estratégico alguno donde aparte de la población civil se encuentran un puñado de soldados de permiso que no constituyen una amenaza inmediata para las fuerzas atacantes, serían rechazadas por constituir un uso ineficiente de los recursos limitados de los que dispone toda unidad para afrontar una situación de combate en la que a buen seguro se podrán atacar numerosos bienes del enemigo que tienen un valor militar muy superior⁵⁸.

Algunos autores han subrayado la estrecha relación entre el principio de economía en el uso de la fuerza y la regla de proporcionalidad. Esta relación sería fruto de la interacción entre los principios de inmunidad de las personas y bienes civiles y de economía en el uso de la fuerza en el art. 52(2) PA I, que prevé que «los ataques se limitarán a estrictamente a los objetivos militares» y añade que a estos efectos «los objetivos militares se limitan aquellos objetos que... contribuyan eficazmente a la acción militar» y «cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida».

Ahora bien, una cosa es subrayar su estrecha relación y otra muy distinta es intentar equiparar la regla de proporcionalidad con el principio de economía en el uso de la fuerza. Esta equiparación no es, en nuestra opinión, posible puesto que ataques que no presentan ningún tipo de riesgo de provocar daños civiles colaterales - y cuyo ataque sería perfectamente lícito desde la perspectiva de la regla de proporcionalidad - pueden terminar no llevándose a cabo por resultar incompatibles con el principio de economía en el uso de la fuerza puesto que ofrecen una ventaja militar insuficiente en comparación con los recursos necesarios para su ejecución⁵⁹.

Así, en el ejemplo arriba mencionado, incluso si los civiles hubieran sido evacuados del bloque de apartamentos o de la aldea cuyo ataque se está evaluando - de manera que la posible infracción de la regla de proporcionalidad no constituya una variable a tener en cuenta al tomar una decisión - es más que probable que se decida no llevar a cabo la operación puesto que la ventaja militar de dejar fuera de combate a un puñado de soldados de permiso es insuficiente para justificar el gasto de parte de los

⁵⁸ W. H. Parks, *Air War and the Law of War*, en *Air Force Law Review*, Vol. 32, 1990, pp. 1 y ss, p. 168.

⁵⁹ T. Montgomery, *Legal Perspective...*, p. 194.

recursos limitados de artillería y la puesta en peligro de aquellas unidades de infantería que serían necesarias para ejecutar la operación. En este sentido, no se puede olvidar que el principio de economía en el uso de la fuerza requeriría al superior militar tener particularmente en consideración el alto coste de las municiones de artillería y su limitado abastecimiento - sobre todo si se encuentra en una zona de combate alejada de las bases de retaguardia - así como la dificultad de reemplazar a los soldados caídos en combate.

Las diferencias entre las exigencias derivadas del principio de economía en el uso de la fuerza y aquéllas derivadas de la regla de proporcionalidad se hacen todavía más manifiestas si se considera que esta última pretende, como mínimo, hacer que todo superior militar interiorice que todo daño civil colateral tiene un coste tanto para la campaña militar en su conjunto como para la propia posición profesional del superior, y que dicho coste derivado de consideraciones humanitarias debe ser siempre tenido en cuenta junto con los costes tácticos y logísticos a la hora de analizar la idoneidad de un ataque a la luz del principio de economía en el uso de la fuerza. Lógicamente, cuanto mayor sea la presión de la medios de comunicación y del público en general para la adecuada aplicación de la regla de proporcionalidad, y cuanto más numerosas sean las investigaciones y los enjuiciamientos tanto a nivel nacional como internacional de sus infracciones graves, mayor será la inclinación de los superiores militares a tener en cuenta los costes derivados de los posibles daños civiles colaterales en el proceso de selección de objetivos y en la preparación y ejecución del ataque.

De otra manera, si se acepta el sofisma de que la regla de proporcionalidad no hace sino reafirmar el principio de economía en el uso de la fuerza⁶⁰, se corre el riesgo de que la norma penal que tipifica sus infracciones graves pierda su eficacia preventiva general y que las consideraciones humanitarias tengan a lo sumo un carácter secundario, siempre sometidas a las consideraciones de carácter táctico y logístico⁶¹.

⁶⁰ General G. S. Brown, antiguo jefe del estado mayor norteamericano, citado en C. A.F. Jocknick/R. Normand, *The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War*, en Harvard International Law Journal, Vol. 35, 1994, pp. 49 y ss., p. 54.

⁶¹ En este sentido algunos autores como E.L. Gonsalves, *Armed Forces and the Development of the Law of War*, en Military Law and Law of War Review, Vol. de 1982, p. 192, han subrayado que la distinción entre objetivos militares y no militares y la aplicación de la regla de proporcionalidad conlleva un esfuerzo importante que supone, logísticamente, el empleo de más personal y municiones en el desarrollo de las operaciones militares y, tácticamente, «la pérdida de tiempo» en su ejecución. En consecuencia, los superiores militares, particularmente aquellos a niveles más bajos - pelotón, compañía o incluso batallón - tenderán de manera natural a prestar una menor atención a dichas obligaciones.

II.4. LA EVALUACIÓN DE LOS DAÑOS CIVILES COLATERALES

II.4.1. Cuestiones generales

Algunos autores han preferido hacer mayor hincapié en la parte de la ecuación de proporcionalidad referida a los daños civiles colaterales. Para su análisis es importante tener en cuenta que la condición de objetivo militar recae no sólo en los combatientes enemigos sino también en todos los que sin tener la condición de combatientes estén tomando parte directa en las hostilidades. Entre los primeros se encuentran los miembros de las fuerzas armadas y los miembros de cualquier otro cuerpo del Estado que se incorpore a las fuerzas armadas una vez iniciado el conflicto por declaración expresa de una parte contendiente (por ejemplo ciertos cuerpos de policía que tienen un estatuto paramilitar, las fuerzas especiales de policía y ciertas unidades del cuerpo de bomberos)⁶².

Por lo tanto, la muerte o lesiones producidas a miembros de las fuerzas armadas o de cualquiera de los cuerpos que se incorporan a las mismas durante un conflicto armado, así como los daños causados a las infraestructuras que utilizan, no podrán ser incluidas en la columna de daños civiles colaterales a menos que afecten a su personal sanitario o religioso o a individuos que se encuentren fuera de combate (por ejemplo heridos convalecientes en un hospital o prisioneros de guerra recluidos en un campo de detención). Mientras que, por el contrario, la muerte o lesiones producidas a miembros de los cuerpos de seguridad o de otros cuerpos del Estado, incluido el personal perteneciente a los servicios de protección civil, que no se incorporen a las fuerzas armadas durante el desarrollo del conflicto armado (por ejemplo las unidades de policía encargadas del control del tráfico), así como los daños ocasionados a las infraestructuras que utilizan, sí deberían incluirse en la columna de daños civiles colaterales.

Además, es importante señalar que la condición de combatiente se mantiene durante las veinticuatro horas del día y hasta que se deja de pertenecer a los cuerpos arriba mencionados, de manera que las muertes o lesiones ocasionadas a sus miembros cuando se encuentren durmiendo o de permiso no podrán incluirse en la columna de daños civiles colaterales. Como tampoco podrán incluirse en dicha columna las muertes o lesiones ocasionadas a personas que sin pertenecer a ninguno de los cuerpos arriba mencionados estuviesen participando directamente en las hostilidades,

⁶² Art. 43 PA I.

puesto que desde el mismo momento en que comienza su participación directa en el conflicto y hasta que la misma concluye definitivamente, su neutralización supone una ventaja militar para el enemigo y, por lo tanto, dichas personas constituyen un objetivo militar.

Mención especial merecen, sin embargo, los supuestos en que, conforme al art. 31(1)(c) ER, personas no combatientes actúan en una situación puntual en legítima defensa para salvar sus vidas o las de terceros ante el uso ilícito de la fuerza armada por el enemigo. En estos casos no puede decirse que tales personas participen directamente en las hostilidades, de manera que cualquier lesión o daño ocasionado a las mismas o a sus bienes deberá ser incluido en la columna de daños civiles colaterales.

Finalmente, tampoco se incluirán en la columna de daños civiles colaterales, los daños ocasionados a infraestructuras de carácter dual, es decir, aquellas que normalmente se utilizan para fines no militares pero que en tiempos de conflicto armado son utilizadas también para fines militares – por ejemplo centrales de energía, sistemas de comunicación o plantas industriales reconvertidas para la fabricación de armamentos, municiones o materiales de uso militar.

En consecuencia, en una situación de combate como la acaecida en los alrededores de Dubrovnik a finales de 1991, donde no existían centrales de energía o plantas industriales que pudieran ser reconvertidas para fabricar municiones, armamento o material de uso militar, y donde los puentes que unían las distintas partes de la ciudad no tenían un valor militar importante dada la naturaleza estática del conflicto y el posicionamiento de las partes en el frente, entendemos que se deberían incluir en la columna de daños civiles colaterales todos los daños producidos a cualquiera de los edificios o infraestructuras que no estuviesen siendo ocupados o utilizados por unidades del ejército federal de la antigua Yugoslavia (JNA).

III.4.2. Los daños indirectos a largo plazo y su inclusión en la columna de los daños civiles colaterales

Particular atención merecen las cuestiones relativas a la inclusión o no de los daños indirectos, que normalmente sólo dejan sentir sus efectos a medio y largo plazo, y de los daños derivados de actos ilícitos del enemigo. Con respecto a la primera cuestión surge la pregunta de si el concepto flexible de objetivo militar que se prevé en el art. 52(2) PA I se puede hacer depender de la magnitud de la ventaja militar esperada de la destrucción o neutralización del objetivo.

Una primera posición defiende que la lista de objetivos militares debe extenderse o reducirse de acuerdo con los objetivos político-estratégicos de la campaña militar de las partes contendientes. De esta manera, aquella parte contendiente que tiene el control del territorio donde se desarrollan las hostilidades tiene una obligación especial de evitar los daños civiles colaterales. Por lo tanto, si por ejemplo analizamos la primera guerra del golfo, el hecho de que las fuerzas de la Coalición, debido a su absoluto control del espacio aéreo, gozaran de una capacidad sin precedentes para ubicar y destruir objetivos militares importantes sin miedo a una respuesta del enemigo, hizo que jurídicamente se hiciese más exigente la obligación de las tropas de la Coalición de tomar las medidas de precaución necesarias para evitar en todo lo posible los daños colaterales a personas y bienes civiles iraquíes.⁶³ Del mismo modo, cuando haya una disparidad tecnológica importante entre las partes contendientes, la obligación de minimizar los daños civiles colaterales, si bien existirá para ambas partes, será más exigente para la parte que cuenta con una tecnología más desarrollada⁶⁴.

Los orígenes de esta posición se encuentran en las críticas recibidas por los EEUU a raíz de sus campañas aéreas en Vietnam del Norte durante los años setenta. Estas críticas estuvieron basadas en una concepción fluctuante de la noción de objetivo militar que se expandía y restringía de acuerdo con la intensidad, la duración, el equipamiento de los participantes y la ubicación del conflicto armado. Así, mientras el bombardeo de un amplio complejo industrial podría ser perfectamente apropiado en un conflicto de las dimensiones de la segunda guerra mundial, no cabría decir lo mismo en conflictos de dimensiones más limitadas como el bombardeo de Trípoli en 1988 por parte de cazas norteamericanos o los conflictos ocurridos en las islas Malvinas, en Nicaragua o en Granada. En consecuencia, según esta posición, las partes contendientes deben analizar las características del conflicto para determinar qué personas, bienes e infraestructuras pueden tener la condición de objetivo militar⁶⁵.

Lógicamente, esta posición tiene el potencial de incrementar la protección ofrecida a las personas y los bienes civiles, particularmente en con-

⁶³ R. Normand/C.A.F. Jochnick, *The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Laws of War*, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 35, 1994, pp. 387 y ss, p. 393.

⁶⁴ Teniente Coronel S. W. Belt, *Missiles Over Kosovo: Emergence, Lex Lata, of a Customary Norm Requiring the Use of Precision Munitions in Urban Areas*, en *Naval Law Review*, Vol. 47, 2000, pp. 115 y ss, p. 173.

⁶⁵ Declaración de Hamilton DeSaussure que se puede encontrar en M. Matheson et al., *The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions*, en *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2, 1987, pp. 419 y ss, p. 512. Otros como J. G. Gardam han señalado en relación con la campaña de la OTAN en Kosovo que las leyes y costum-

flictos armados de corta duración donde los objetivos estratégicos y políticos de una o varias de las partes contendientes son limitados. Con ello, quienes apoyan esta posición defienden que la falta de precisión en la actual codificación de la regla de proporcionalidad no debería redundar en favorecer los intereses del ejército en lugar de aquellos de la población civil⁶⁶.

Una segunda posición, defendida por la mayoría de los comentaristas norteamericanos, subraya que la vinculación de la noción de objetivo militar a la de ventaja militar, y la definición de esta última a la luz de los objetivos de la campaña militar de las partes contendientes, reduce el alcance del concepto de objetivo militar de manera contraria a su definición en el art. 52(2) PA I. Para estos autores, este intento de limitar el contenido de la noción de objetivo militar se enfrenta con el problema de que los oficiales y los soldados en el terreno, sobre todo aquellos inmersos en situación de combate, tendrán graves dificultades en analizar la entidad de la amenaza a la que creen enfrentarse a la luz del más amplio contexto operacional, táctico y estratégico del conflicto armado. Por lo tanto, no se puede esperar que, aparte de un reducido grupo de oficiales de alta graduación, el resto de oficiales y soldados sobre el terreno sea capaz de distinguir entre un conflicto armado de alta intensidad y un conflicto armado de baja intensidad, particularmente en el caso de las fuerzas del ejército de tierra para las que la existencia de un conflicto de baja intensidad y de alcance limitado no significa necesariamente la ausencia de bajas – especialmente aquellas producidas por el llamado «fuego amigo»⁶⁷.

bres de la guerra se aplican si cabe de manera más estricta en aquellos conflictos iniciados en nombre de la paz y de la humanidad (ver J. G. Gardam, *Proportionality...*, p. 407). Sin embargo, en nuestra opinión, este argumento, que se encuentra vinculado con la teoría de la guerra justa, no hace sino mezclar, de manera contraria a la separación existente en la actual regulación jurídica, la normativa del *ius ad bellum* y aquella del *ius in bello* para así intentar fortalecer la protección atribuida a las personas y bienes civiles.

⁶⁶ Judith G. Gardam, *Proportionality...*, p. 407.

⁶⁷ Así, para los defensores de esta segunda posición es difícil pensar que el comandante de las fuerzas norteamericanas objeto de una emboscada en Mogadishu (Somalia) el 3 de octubre de 1993 dedicara mucho tiempo a analizar si sus hombres se encontraban en una situación de guerra total o en una misión de mantenimiento de la paz. Como también es difícil ver la influencia que la respuesta a tales preguntas pudiera haber tenido en la determinación de los objetivos a atacar y del nivel de fuerza a emplear para obtener la ventaja militar que se buscaba - es decir sacar sanas y salvas a las tropas emboscadas del centro de Mogadishu. En otras palabras, las fuerzas de tierra que, a diferencia de las fuerzas de aire que hoy en día sólo actúan contra objetivos cuidadosamente predeterminados a través de un cuidadoso proceso de selección, actúan al nivel táctico-operacional tienden a desarrollar operaciones militares dirigidas a destruir, capturar o neutralizar objetivos de oportunidad de acuerdo con las instrucciones genéricas dadas en las *reglas de combate*.

Por otra parte, los autores que apoyan esta segunda posición afirman que las teorías sobre la existencia de conflictos de baja intensidad y de carácter limitado no han sido todavía aceptadas entre las fuerzas armadas de los países no occidentales⁶⁸, como lo demuestran los ejemplos de los conflictos del Sahara o de Chechenia. Además, podría darse la paradoja de que, si dichas teorías fuesen finalmente aceptadas universalmente, un conflicto como el de la guerra del Vietnam pudiera tener un carácter limitado para los EEUU al tiempo que tuviera la entidad de una guerra total para el Vietnam del Norte y el Vietnam del Sur⁶⁹. Finalmente, según estos autores, ni el carácter lícito o ilícito de una operación militar se encuentra sometido a ningún tipo de doctrina de equidad, ni el derecho internacional humanitario impone la obligación legal o moral a una nación de sacrificar hombres, armamento o superioridad tecnológica en favor del enemigo⁷⁰.

En cualquier caso, la amplia definición de la noción de objetivo militar en el art. 52(2) AP I y la ausencia de precedentes jurisprudenciales hacen que las consideraciones humanitarias sobre las que sustenta el principio de distinción deban resultar un complemento necesario del principio de economía en el uso de la fuerza armada como criterio clave para interpretar la noción de objetivo militar. De esta manera, se puede afirmar que el objeto y fines del PA I, que no son otros sino limitar los sufrimientos y daños causados por los conflictos armados a quienes no participan directamente en las hostilidades, requieren que la determinación de lo que constituye o no un objetivo militar se supedita a lo que, además de contribuir al esfuerzo militar del enemigo, ofrezca en las circunstancias del momento «una ventaja militar definida». En consecuencia, entendemos que el conjunto de personas y bienes que en un determinado momento pueden incluirse dentro de la definición de objetivo militar es variable y puede, por tanto, extenderse o reducirse dependiendo de las características concretas del conflicto armado de que se trate, tales como su intensidad, su duración, la capacidad tecnológica y los objetivos político-estratégicos de

⁶⁸ Coronel W. Hays Parks, *Air War...*, p. 52.

⁶⁹ Teniente Coronel B. M. Carnahan 'Linebacker II' and Protocol I: *The Convergence of Law and Professionalism*, en *American University Law Review*, Vol. 31, 1982, pp. 861 y ss, p. 867.

⁷⁰ Coronel W. H. Parks, *Air War...*, pp. 169-170. También rechazan la adaptación de la noción de objetivo militar de acuerdo con los objetivos estratégicos y políticos de la campaña militar de las partes contendientes: M. N. Schmitt, *The Principle of Distinction in 21st Century Warfare*, en *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 2, 1999, pp. 143 y ss, pp. 176-177; y F. J. Hampson, *Means and Methods of Warfare in the Conflict in the Gulf*, en *The Gulf War 1990-1991 in International and English Law*, Peter Rowe (Coord.), 1993, pp. 89 y ss., p. 98.

las partes contendientes y la ubicación geográfica de la zona de combate en que se producen las hostilidades.

Por otra parte, la inclusión del delito medio-ambiental en el marco de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad tipificadas en el art. 8(2)(b)(iv) ER da a entender que los «daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural» deben ser tenidos necesariamente en consideración al valorar el conjunto de daños civiles colaterales provocados por la operación militar de que se trate.

Sin embargo, en nuestra opinión, esta disposición no responde completamente a las preocupaciones mostradas por los autores arriba mencionados puesto que los daños a infraestructuras claves en el desarrollo de la vida civil, que en el marco de un conflicto armado son utilizadas con fines militares y cuya destrucción propicia por tanto una ventaja militar directa y concreta, no parece que vayan a poder ser siempre calificados como daños al medio-ambiente natural⁷¹. En cualquier caso, entendemos que el hecho de que el art. 8(2)(b)(iv) ER declare expresamente que, al menos, ciertos daños indirectos de carácter duradero deban ser contabilizados al aplicar la ecuación de proporcionalidad, puede dar pie a una interpretación de esta disposición en el sentido de exigir que otros daños extensos de carácter indirecto que no afecten el medio ambiente natural pero que tengan importantes efectos negativos a largo plazo en las personas o bienes civiles deban ser tenidos también en cuenta al aplicar la regla de proporcionalidad.

II.4.3. Los daños derivados de la actuación ilícita del enemigo y su inclusión en la columna de los daños civiles colaterales

La cuestión relativa a si los daños civiles colaterales que pudieran producirse como consecuencia de actos ilícitos del enemigo deben tenerse o

⁷¹ Por otra parte, desde la perspectiva del delito medio-ambiental, el art. 8(2)(iv) se separa de la regulación contenida en el art. 55 PA I, en cuanto que la producción de daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural sólo da lugar a responsabilidad penal si los mismos son «manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea». En este sentido conviene recordar que el apartado primero del art. 55 PA I señala que «en la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio-ambiente natural, comprometiéndose así la salud o supervivencia de la población». Mientras que el apartado segundo de dicha disposición prohíbe los ataques contra el medio-ambiente como represalias.

no en consideración al aplicar la ecuación de proporcionalidad tiene una particular relevancia dada la frecuencia con que soldados, armamento u otro tipo de material militar son desplegados, o infraestructuras de carácter militar son construidas, en las inmediaciones de áreas donde se encuentran personas y bienes civiles, por no hablar de los casos de congregación voluntaria o involuntaria de civiles en el interior o en los alrededores de objetivos militares. Ni el art. 8(2)(b)(iv) ER ni los EC resuelven expresamente esta cuestión en cuanto que ambos se limitan a referirse genéricamente a «perdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural». De ahí que para responder a esta cuestión sea necesario recurrir una vez más a la normativa que desarrolla el principio de distinción en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra.

En cualquier caso, es de destacar que el art. 8(2)(b)(xxiii) ER tipifica, si bien únicamente en el contexto de conflictos armados de carácter internacional, la utilización de «la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares». De esta manera, se atribuye cuando menos responsabilidad penal a la parte que con su actuación ilícita pone en peligro la vida o la integridad de personas civiles.

El art. 58 PA I impone a las partes en el conflicto, a los efectos de proteger a la población civil, la obligación de «hasta donde sea factible»: (i) esforzarse por alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control; (ii) evitar situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas; y (iii) tomar las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control. Por su parte, el art. 51(7) PA I establece que «la presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares». Y a continuación añade que «las Partes en conflicto no podrán dirigir los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares». Finalmente, el art. 51(8) PA I prevé que «ninguna violación de estas prohibiciones dispensará a las Partes en conflicto de sus obligaciones jurídicas con respecto a la población civil y las personas civiles, incluida la obligación de adoptar las medidas de precaución previstas en el art. 57».

En consecuencia, tal y como ha señalado el CICR⁷², el PA I parece exigir que no se pueden dejar fuera de la columna de los daños civiles colaterales aquellos daños que se espera se produzcan en relación con personas o bienes civiles que han sido puestos en peligro por actos ilícitos del enemigo⁷³. De esta manera, si, por ejemplo, las fuerzas de la Coalición hubieran sido conscientes en 1991 de los numerosos civiles que se encontraban alojados en el mismo edificio donde estaba situada la instalación de mando y control del bunker de Al-Firdus, no hubieran tenido más remedio que tener en cuenta las numerosas muertes de civiles que el ataque a dicha instalación muy probablemente ocasionaría al decidir sobre su inclusión o no en la lista de objetivos a atacar⁷⁴.

Existen, sin embargo, ciertos autores que han criticado abiertamente la idea de atribuir al atacante la responsabilidad por los daños civiles colaterales producidos como resultado de actos ilícitos del enemigo⁷⁵. En sus críticas, estos autores subrayan los siguientes problemas. En primer lugar,

⁷² Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord.), *Commentary...*, p. 628.

⁷³ Como Y. Sandoz, *Comment*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, p. 276 ha señalado recientemente, los atacantes no pueden simplemente ignorar el hecho de que civiles está siendo utilizados como escudos humanos. En este mismo sentido, Human Rights Watch, *Needless Deaths...*, p. 34, ha defendido tras la primera guerra del golfo que el uso deliberado de civiles por la parte defensora para obtener una ventaja militar no autoriza a la parte atacante a no adoptar las precauciones consuetudinarias que pretenden evitar o al menos minimizar las bajas civiles. Por su parte, H. P. Gasser, *Protection of the Civilian Population*, en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Dieter Fleck (Coord.), Oxford University Press, 1995, pp. 209-292, p. 224, ha afirmado que la presencia de un soldado en una infraestructura civil no convierte a esta última en un objetivo militar. Por el contrario, el objetivo militar continúa siendo el soldado mismo y cualquier daño que se ocasione a la infraestructura civil como resultado de intentar neutralizar al soldado debe ser incluido en la ecuación de proporcionalidad.

⁷⁴ En el mismo sentido, W. J. Fenrick, *Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia*, en *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, pp. 489 y ss, p. 501.

⁷⁵ W. H. Parks, *Air War...*, p. 59, ha sido particularmente crítico con la manera en que ha evolucionado la responsabilidad por la protección de la población civil, de manera que de ser una responsabilidad compartida se ha convertido en responsabilidad exclusiva del atacante. En su opinión, mientras los Convenios de Ginebra recogen un sistema de responsabilidad compartida debido a la influencia que en los mismos tuvieron personas experimentadas en la guerra, este enfoque fue desafortunadamente abandonado en las negociaciones que concluyeron con la aprobación de sus dos protocolos adicionales en 1977. Por su parte, Y. Disntein, *Comment*, *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, p. 216 ha señalado que una parte contendiente que protege un objetivo militar con personas civiles es plenamente responsable por los daños civiles colaterales producidos como resultado del ataque del enemigo contra dicho objetivo militar.

las dificultades que todo superior militar que selecciona el objetivo y prepara el ataque encuentra para determinar donde se encuentran los civiles que residen en territorio enemigo⁷⁶. De ahí que en aquellos casos en los que las fuerzas defensoras se hayan entremezclado con la población civil, el superior militar medio se vea en la tesitura de decidir entre suspender el ataque y asumir el riesgo de un mayor número de bajas propias⁷⁷ o lanzar un ataque sobre la base de información insuficiente asumiendo con ello el riesgo de producir daños civiles colaterales superiores a los esperados⁷⁸. En segundo lugar, todo superior militar se encontrará con graves dificultades si por un lado se quiere contrarrestar efectivamente los movimientos de las fuerzas enemigas, pero al mismo tiempo no se admite un nivel superior de daños civiles colaterales en aquellos supuestos en que las fuerzas enemigas se hayan entremezclado con la población civil⁷⁹. Finalmente, advierten estos autores que una regulación demasiado exigente podría privar a la ecuación de proporcionalidad de toda eficacia puesto que los miembros de las fuerzas armadas se volverían contrarios a su aplicación al dar la impresión de que atribuye a la parte que la incumple ventajas tácticas importantes sobre la parte que se ajusta a la misma⁸⁰.

Así, un superior militar razonable intentará evitar exponer la vida de sus hombres siempre que sea posible, aunque al mismo tiempo no tendrá más remedio que aceptar la posibilidad de que sus hombres resulten muertos o heridos en el fragor del combate. En este contexto, se encontrará dispuesto a asumir el riesgo de que algunos de sus hombres sean alcanzados a los efectos de evitar daños civiles colaterales manifiestamente excesivos. Ahora bien, la aceptación de ese riesgo tendrá probablemente unos límites claros: (i) el mantenimiento de la eficacia de su unidad en la conducción de las hostilidades, que podría verse afectada en caso de sufrir bajas numerosas; y (ii) el mantenimiento de la cohesión interna dentro de su propia

⁷⁶ W. H. Parks, *Air War...*, p. 197.

⁷⁷ A esta respecto, W. H. Parks, *Air War...*, p. 54, ha advertido que las leyes de la guerra no son un pacto suicida, de manera que los atacantes no están obligados a adoptar riesgos excesivos para minimizar los daños civiles colaterales.

⁷⁸ En este contexto, A.V.P. Rogers, *Zero-Casualty Warfare*, en *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 82, 2000, pp. 165 y ss, p. 177, ha señalado que, a la luz de la normativa internacional existente, no está claro cuál es el nivel de cuidado que se requiere del atacante y cuál es el nivel de riesgo que debe estar dispuesto a asumir. Así mismo, A.V.P. Rogers defiende que al analizar si se ha producido o no una infracción de la regla de proporcionalidad, todo tribunal competente debería considerar en favor del atacante cualquier tipo de actividad ilícita llevada a cabo por las fuerzas defensoras (A.V.P. Rogers, *Zero-Casualty...*, p. 179).

⁷⁹ S. Oeter, *Methods and Means...*, p. 180.

⁸⁰ W. H. Parks, *Air War...*, p. 14.

unidad, que podría verse erosionada si los subordinados consideran que su superior los expone a riesgos innecesarios. Lógicamente, cuanto mayor sea la proporción de daños civiles colaterales derivados de actos ilícitos del enemigo menor será el nivel de riesgo aceptable para un superior militar medio con el fin de evitar esos daños. Por ello, los defensores de esta segunda posición consideran que no tiene sentido continuar incluyendo en la columna de daños civiles colaterales aquellos daños provocados por actos ilícitos del enemigo puesto que se trata ésta de una regla que no es sociológicamente aceptada por los sujetos a los que va destinada: el personal militar encargado de seleccionar los objetivos y de preparar los ataques que es de quien depende en última instancia la efectiva aplicación del derecho internacional humanitario⁸¹.

En esta misma línea se encuentra la posición oficial del ejército norteamericano que defiende que las fuerzas defensoras deben ser consideradas responsables por los daños civiles colaterales producidos a raíz del despliegue de hombres, armamento y material militar junto a bienes civiles o en las inmediaciones de áreas dónde reside la población civil⁸². Esta posición ha sido defendida por el departamento de defensa norteamericano para atribuir a las autoridades iraquíes la responsabilidad por las muertes civiles ocasionadas durante el ataque al bunker de Al-Firdus⁸³. Igualmente, un informe previo del Pentágono afirmaba que el derecho internacional de los conflictos armados permitía el ataque a dos cazas iraquíes que habían sido emplazados junto al antiguo templo de Ur, correspondiendo a las autoridades iraquíes la responsabilidad por los daños que se pudieran causar al templo⁸⁴. En consecuencia, para el ejército norteamericano, una vez que el enemigo decide colocar objetivos militares como misiles tierra aire, baterías antiaéreas, tanques o armas de destrucción masiva en un área protegida por el derecho internacional humanitario, dicha área pierde su pro-

⁸¹ T. Taylor, *The Concept of Justice and the Laws of War*, en *Colorado Journal of Transnational Law*, Vol. 13, 1974, pp. 189 y ss, p. 203. Ver también, W. H. Parks, *Air War...*, p. 50).

⁸² Ya durante la Conferencia Diplomática en la que se negoció el PA I la delegación norteamericana dejó clara su posición de que los estados deberían ser ellos mismos responsables si utilizan ilícitamente su población civil para proteger sus objetivos militares del ataque del enemigo.

⁸³ Informe enviado al Congreso por el Departamento de Defensa (United States, *Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War – Appendix on the Role of the Law of War*, en *International Law Materials.*, Vol. 31, 1992, pp. 612 y ss, p. 627.

⁸⁴ United States, Department of Defense, *Conduct of the Persian Gulf War: An Interim Report to Congress* (1991), citado por C. Greenwood, *Customary International Law and the First Geneva Protocol of 1977*, en *The Gulf War 1990-1991 in International and English Law*, P. Rowe (Coord.), Routledge, 1993, pp. 63 y ss, p. 80.

tección, y por lo tanto ha de entenderse que en lugar de atacarse un área protegida se ataca la infraestructura militar situada en la misma, si bien se intentará minimizar en la medida de lo posible el daño causado en dicha área a raíz del ataque⁸⁵.

La solución propuesta por los defensores de esta segunda posición, es decir, la exclusión de la protección ofrecida por la regla de proporcionalidad a las personas y bienes civiles afectados por aquellos daños civiles colaterales derivados de actos ilícitos del enemigo resulta, en nuestra opinión, contraria a la finalidad última del principio de distinción, que se encuentra a la base de la regla de proporcionalidad y que se dirige a limitar los sufrimientos y daños causados por las operaciones militares a quienes ni son combatientes ni toman parte directamente en las hostilidades. Por ello, consideramos que la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional debería seguir en este punto la opción acogida por el PA I.

Además, a los efectos de limitar el alcance de los problemas arriba mencionados, nos parece necesario que de forma paralela la jurisprudencia de la Corte adopte otra serie de medidas que incluyan: (i) la efectiva investigación y enjuiciamiento de los últimos responsables del crimen de guerra de utilización de escudos humanos, de manera que se elimine toda posible apariencia de que quienes infringen las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario en esta materia adquiere ventajas tácticas importantes sobre quienes las respetan⁸⁶; (ii) la adecuada valoración dentro de la columna de la ventaja militar anticipada de los beneficios que se esperan obtener del ataque en términos de la reducción del riesgo de sufrir bajas o daños en el armamento, municiones o material de uso militar de que se dispone, así como en términos del aseguramiento de la eficacia en el combate y de la cohesión interna de la unidad de que se trate; y (iii) la efectiva investigación y enjuiciamiento de quienes cometan infracciones graves de la regla de proporcionalidad de manera que los superiores militares no tengan más remedio que aceptar que todo daño civil colateral tiene un coste tanto para la campaña militar en su conjunto como para su propia posición profesional.

⁸⁵ United States, Department of the Air Force, AFP 110-31, *International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, 1976, pp. 5 a 13.

⁸⁶ Esta apariencia ha sido subrayada por Mike Newton, *Comment*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, p. 298.

II.5. ÁMBITOS GEOGRÁFICO Y TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD

Una de las cuestiones que levantó mayor interés entre las delegaciones que negociaron el PA I y que, sin duda, es clave en el resultado final de la aplicación de la regla de proporcionalidad es el contexto geográfico y temporal en el que hay que valorar la ventaja militar que se espera obtener y los daños civiles colaterales que se prevé se vayan a ocasionar⁸⁷. Se pueden distinguir a este respecto tres posiciones principales que promueven respectivamente la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel de incidentes aislados, de ataques en su conjunto o de campañas militares en su conjunto.

A primera vista, la definición de la regla de proporcionalidad en el PA I y en el ER parece situarse en un contexto más amplio que el de operaciones puntuales contra objetivos militares aislados puesto que presuponen la existencia del personal necesario para llevar a cabo un cuidadoso proceso de selección de los objetivos militares a alcanzar y de preparación de los ataques a realizar, lo que difícilmente se encontrará al nivel de pelotón, compañía o incluso batallón⁸⁸. En este sentido, algunos estados de la OTAN como Canadá realizaron declaraciones interpretativas en las que señalaban que el término «ventaja militar» se refería a la ventaja militar esperada del ataque en su conjunto y no de partes aisladas del mismo⁸⁹.

Sin embargo, para algunos la regla de proporcionalidad debe aplicarse en el marco de un contexto más limitado, como de hecho así ha ocurrido con la selección de objetivos en las recientes campañas aéreas de Kosovo, Afganistán e Iraq. Esta posición parece haber sido acogida también por la reciente jurisprudencia del TPIY en el caso Galic, donde el análisis de proporcionalidad se ha realizado al nivel táctico en relación con objetivos militares específicos. Al mismo tiempo esta última jurisprudencia del TPIY ha rechazado la posición que defiende que el análisis de proporcionalidad ha de realizarse al nivel estratégico, es decir, comparando todos los daños civiles que se prevén causar en una determinada campaña militar - por ejemplo el sitio de Sarajevo entre 1992 y 1994 - con la ventaja militar que de su conclusión con éxito se espera obtener a la luz del conflicto armado en su conjunto.

⁸⁷ Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord.), *Commentary...*, pp. 625-626 y 683-685.

⁸⁸ Normalmente sólo a partir del nivel de división podrá encontrarse este tipo de personal.

⁸⁹ Statement of understanding of Canada, incluido en A. Roberts/ R. Guelff (Coord.), *Documents on the Laws of War*, Tercera Edición, 2000, p. 503

III.5.1. El análisis de proporcionalidad al nivel operacional

Tanto el art. 51(5)(b) PA I al definir la regla de proporcionalidad como el art. 8(2)(b)(iv) ER al criminalizar las infracciones graves de dicha regla utilizan el término «ataque» en lugar de las expresiones «incidente», «campana» o «conflicto armado». Por lo tanto, la interpretación literal del precepto parece requerir la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel operacional en relación con aquellos ataques que se realizan en el marco de un conflicto armado. De esta manera, parecería que se excluye tanto la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel táctico en relación con cada uno de los incidentes de los que puede estar compuesto un ataque, como al nivel estratégico en relación con campanas o, incluso, conflictos armados en su conjunto.

Sin embargo, si se analiza con mayor detenimiento la definición que del término «ataque» realiza el art. 49(1) PA I, surge la duda sobre si la regla de proporcionalidad debe aplicarse al nivel táctico (incidente por incidente) o al nivel operacional (ataque por ataque). Así, conforme a esta disposición, «se entiende por 'ataque' los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos». Además, según el comentario del CICR, el término ataque podría ser equiparado con la expresión «acción de combate» en el sentido de que se refiere al uso de la fuerza en el desarrollo de cualquier tipo de operación militar con independencia de la naturaleza ofensiva o defensiva de la misma⁹⁰. La duda se acrecienta si se tiene en cuenta que el art. 51(5)(a) PA I considera como ataques indiscriminados aquéllos «que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil», de donde se podría deducir que por ataque se entienden también operaciones llevadas a cabo por una compañía o incluso por un simple pelotón.

Ahora bien, si se analiza la definición del término ataque en general, y la ecuación de proporcionalidad en particular, en el contexto de aquellas otras disposiciones del PA I relativas a las medidas de precaución en la preparación y desarrollo de operaciones militares⁹¹, parece despejarse cualquier duda sobre la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel operacional. Así las obligaciones impuestas a quienes preparan y deciden lle-

⁹⁰ Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord.), *Commentary...*, p. 603.

⁹¹ Ver art. 57 PA I.

var a cabo un ataque en el sentido de hacer todo lo posible por verificar la naturaleza militar del objetivo⁹², de tomar todas las precauciones posibles en la selección de los métodos y medios de ataque para minimizar los daños civiles colaterales⁹³ y de cancelar un ataque cuando se prevea que causará daños civiles colaterales excesivos⁹⁴ son indicativas de que por ataque se entiende algo más que el simple recurso a la violencia. En definitiva, el término ataque en este contexto parece referirse a un tipo de operación militar que requiere una cierta preparación y planificación que sólo puede llevarse a cabo a niveles superiores de los de un simple superior militar de una pequeña unidad, particularmente si se encuentra bajo fuego enemigo tratando de cumplir la misión que le ha sido encomendada y de evitar al mismo tiempo el mayor número de bajas posibles.

Este mismo concepto de ataque parece acogerse también en el art. 57 (3) PA I que prevé que «cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligros para las personas civiles y los bienes de carácter civil». Lógicamente, esta obligación sólo puede imponerse a superiores militares que no se encuentren por debajo del nivel operacional pues sólo a este nivel se tiene la posibilidad de elegir entre varios objetivos militares alternativos que pueden reportar una ventaja militar similar⁹⁵.

En todo caso, para evitar cualquier duda sobre la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel operacional (ataque por ataque) varios estados, entre los que se encuentran Australia, Bélgica, Canadá, Alemania, Italia, España, Holanda, Nueva Zelanda y el Reino Unido, realizaron declaraciones interpretativas que entendían que el término «ventaja militar esperada» en los arts. 51 y 57 PA I debía considerarse como que incluía la ventaja militar esperada del ataque en su conjunto y no simplemente de cualquiera de los incidentes de los que se compone⁹⁶.

Esta misma interpretación ha sido seguida por varios autores. Así, para Dörmann la adecuada valoración de la ventaja militar esperada de la destrucción total o parcial, captura o neutralización de un objetivo militar sólo

⁹² Art. 57(2)(a)(i) ER.

⁹³ Art. 57(2)(a)(ii) ER.

⁹⁴ Art. 57(2)(a)(iii) ER.

⁹⁵ Esta interpretación era también acogida en la reserva realizada por Suiza al art. 57 (2) PA I en la que se afirmaba que esta disposición crea sólo obligaciones para superiores militares al nivel de batallón o superior. Si bien Suiza ha retirado esta reserva el 18 de junio de 2005.

⁹⁶ K. Dörmann, *Elements of War Crimes*..., pp. 170-171 notas al pie 8 y 9.

puede realizarse si se tienen en cuenta los fines últimos de la operación militar en que se incluya, que puede estar formada por varias acciones individuales⁹⁷. En este mismo sentido Doswald-Beck ha señalado que una operación militar puede requerir por ejemplo la destrucción de varios objetivos militares de los cuales uno de ellos puede ser particularmente difícil de alcanzar y puede originar daños civiles colaterales superiores a los que se puedan generar durante la destrucción de todos los otros juntos. En este supuesto, la ventaja militar derivada de la destrucción del objetivo más difícil de alcanzar puede ser no muy importante si se analiza de manera aislada, pero puede que si se mira en el contexto de la operación en su conjunto resulte esencial. De ahí que en un caso como éste habría que comparar el conjunto de daños civiles colaterales que se prevé se puedan derivar de la operación militar en su conjunto con la ventaja militar concreta y directa que se espera obtener del desarrollo con éxito de dicha operación⁹⁸. Del mismo modo, Oeter ha señalado que es evidente que en el nuevo contexto de integración de las distintas operaciones militares, las acciones militares de una determinada unidad no constituyen un fin en sí mismas, de manera que la ventaja militar que se espera obtener de las mismas sólo puede entenderse si se analiza a la luz de contexto operacional en el que se llevan a cabo⁹⁹.

Ahora bien, este último autor no sólo defiende la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel operacional sino que parece incluso defender su aplicación al nivel estratégico al afirmar que sólo en el marco del complejo plan de la campaña militar de la parte contendiente de que se trate se puede medir el valor militar relativo del objetivo militar que se espera destruir, capturar o neutralizar en un ataque concreto¹⁰⁰. Esta idea, defendida particularmente en círculos militares norteamericanos, no es nueva y, para algunos, se encuentra implícita en la expresión «ataque de conjunto» utilizada en las declaraciones interpretativas arriba referidas e incorporada en el actual art. 8(2)(b)(iv) ER a través de la fórmula «ventaja militar concreta y directa de conjunto». De hecho, hasta la fecha ninguno de los estados arriba mencionados ha despejado esta ambigüedad mediante la explicación oficial de lo que entienden por «ataque de conjunto»¹⁰¹.

⁹⁷ K. Dörmann, *Elements of War Crimes*..., p. 173.

⁹⁸ Citada por W.J. Fenrick, *Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense*, en *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. , 1997, pp. 539 y ss, p. 545.

⁹⁹ S. Oeter, *Methods and Means*..., p. 179.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ K. Dörmann, *Elements of War Crimes*..., p. 171.

Esta posición parece además encontrar cierto apoyo en el informe que sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas del principio de proporcionalidad por las fuerzas de la OTAN en la campaña de Kosovo realizó la Fiscalía del TPIY. En este informe, la Fiscalía, después de afirmar que el análisis de proporcionalidad debe llevarse a cabo al nivel operacional en relación con ataques concretos, parece inclinarse en la práctica en favor de su análisis al nivel estratégico en cuanto que ataques como el bombardeo de la Radio Televisión Serbia (RTS) son analizados a la luz de objetivos tan amplios como el deterioro del sistema de mando, control y comunicaciones del ejército federal yugoslavo (VJ)¹⁰².

Ahora bien, la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel estratégico de una campaña militar o de un conflicto armado en su conjunto tiene el riesgo de diluir el requisito del uso proporcional de la fuerza armada en las acciones ofensivas o defensivas de combate (*ius in bellum*) al asimilarlo a las reglas que rigen el derecho a recurrir a la fuerza armada en legítima defensa (*ius ad bellum*)¹⁰³. Además, como veremos con mayor detalle más adelante, la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel estratégico multiplicaría el volumen de daños civiles colaterales permitidos al tiempo que disminuiría la protección ofrecida por el principio de distinción a las personas y bienes civiles. Por ello, el comentario del CICR rechaza como contrario al art. 51(5)(b) PAI la idea de que, cualquiera que sea la gravedad de los daños civiles colaterales ocasionados, éstos podrían ser aceptables si la ventaja militar esperada es de gran importancia¹⁰⁴.

Por otra parte, la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel estratégico limitaría presumiblemente el ámbito de sujetos obligados por la misma a los más altos superiores militares en cuanto que sólo ellos tendrían pleno conocimiento de los objetivos militares y políticos de la campaña militar en su conjunto. Además, mientras algunos podrían afirmar la idoneidad de este tipo de análisis en relación con campañas aéreas de duración limitada como la llevada a cabo por la OTAN en Kosovo en la primavera de 1999, no cabría en ningún caso decir lo mismo en relación con campañas terrestres, como el conflicto en la ex Yugoslavia en los noventa¹⁰⁵ o la segunda guerra del golfo, cuyo marco espacio-temporal es

¹⁰² Informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña de la OTAN en Kosovo en 1999, párrafo. 78.

¹⁰³ En el mismo sentido K. Dörmann, *Elements of War Crimes...*, p. 171.

¹⁰⁴ Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord.), *Commentary...*, p. 626.

¹⁰⁵ Se trata éste de un conflicto donde las partes contendientes tenían una amplia variedad de objetivos político-militares cuya evolución a lo largo del tiempo parecía interminable.

mucho más amplio y donde el número de soldados movilizados, la multiplicidad de acciones armadas y la cantidad de munición y armamento utilizado es muy superior.

En cualquier caso, como bien ha sido señalado, se puede afirmar que, al menos con respecto a la tipificación de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad contenida en el art. 8(2)(b)(iv) ER, los adjetivos «concreta y directa», que también califican a ventaja militar, no parecen compatibles con la aplicación de dicha regla al nivel estratégico de una campaña militar que se extiende en el tiempo y en el espacio o incluso de un conflicto armado en su conjunto¹⁰⁶.

Esta posición ha sido acogida por la mayoría del limitado número de precedentes jurisprudenciales existentes hasta la fecha. Así, en el caso Shimoda la ventaja militar esperada del lanzamiento de las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki no fue calculada a la luz de la situación del conflicto armado en el Pacífico. En consecuencia, el objetivo norteamericano de forzar la rendición de Japón para evitar así las numerosas bajas norteamericanas¹⁰⁷ y japonesas que cabía esperar en caso de que hubiera sido necesario luchar por el control de las principales islas de Japón no se tuvo en ninguna consideración.¹⁰⁸

Se trata esta también de la posición más frecuentemente acogida por el TPIY que, si bien en la Sentencia de Primera Instancia en el caso Galic optó por un análisis de proporcionalidad al nivel táctico y en el informe de la Fiscalía sobre la campaña aérea de la OTAN en Kosovo se decantó por un análisis al nivel estratégico, en las Sentencias de Primera Instancia en los casos Blaskic y Strugar ha llevado a cabo un análisis de proporcionalidad al nivel operacional¹⁰⁹. Así, la Sala de Primera Instancia en el caso

¹⁰⁶ K. Dörmann, *Elements of War Crimes...*, p. 171.

¹⁰⁷ B.L. Brown, *The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification*, en *Cornell International Law Journal*, Vol. 10, 1976, pp. 134 y ss, p. 141, ha señalado que las bajas norteamericanas que se esperaban del asalto a las principales islas japonesas rondaba el medio millón de soldados.

¹⁰⁸ *Ryuichi Shimoda et al. v. The State*, District Court of Tokyo, de 7 de diciembre de 1963, en *International Law Reports*, Vol. 32, pp. 626 y ss.

¹⁰⁹ La Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Kordic y Cerkez (párrafos 565-576, 646-649 y 738-753) combina el análisis individualizado de ataques contra localidades como Busovaca en enero de 1993 o contra Stupni Do el 23 de octubre de 1993 con el análisis conjunto de la serie de ataques lanzados por el HVO contra diferentes poblaciones del valle del Lasva (Vitez, Stari Vitez, Donja Veceriska, Ahmici, Nadioci, Pirici y Santici) el 16 de abril de 1993 a las 05.30 h de la mañana y cuyo resultado fue estimado en la muerte de 172 bosnio-musulmanes, la expulsión de otros 5000 (1200 de los cuales permanecieron unos días detenidos) y la destrucción de 420 edificios incluidos dos seminarios musulmanes, tres mezquitas, y dos escuelas.

Blaskic valoró la ventaja militar que se podía esperar del ataque a los pueblos y aldeas bosnio-musulmanes del valle del río Lasva en el contexto exclusivo del ataque a cada uno de dichos municipios. De esta manera, la Sala rechazó cualquier análisis de proporcionalidad tanto al nivel táctico - que se hubiera centrado exclusivamente en la destrucción de ciertas mezquitas o centros educativos - como al nivel estratégico en el contexto de los objetivos generales de la campaña del HVO en Bosnia Central o de la operación conjunta contra los pueblos y aldeas del valle del río Lasva entre el 16 y el 20 de abril de 1993. De particular importancia a este respecto es el reconocimiento expreso de que el ataque contra Donja Veceriska constituyó un ataque lícito en cuanto que se dirigió contra un objetivo militar y no produjo daños civiles desproporcionados¹¹⁰.

¹¹⁰ El ataque a Donja Veceriska comenzó el día 16 de abril de 1993 sobre las 6.00 h con el bombardeo de la artillería del HVO situada en la factoría de municiones SPS. Granadas fueron lanzadas dentro de las viviendas y los residentes fueron arrestados y golpeados. La defensa territorial bosnio-musulmana, que incluía aproximadamente entre 40 y 50 combatientes, organizó la defensa del pueblo que duró unas 48 horas hasta que se les agotaron las municiones, luego tuvieron que retirarse (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Blaskic, párrafo 538-540; y Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Kordic y Cerkez, párrafo 645). A pesar de que durante el ataque en Donja Veceriska murieron varias personas civiles y varias propiedades civiles fueron incendiadas, la Sala de primera instancia en el caso Blaskic consideró que ningún crimen de guerra se había producido con anterioridad a la retirada de los miembros de la defensa territorial bosnio-musulmana. Hasta ese momento, en opinión de la Sala, lo que se produjeron en Donja Veceriska fueron combates entre miembros del HVO y otras unidades croatas independientes por un lado, y combatientes bosnio-musulmanes por otro, y no se podía afirmar que los daños civiles colaterales producidos a resultas del ataque a las posiciones de estos últimos fueran excesivos (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Blaskic, párrafo 543).

Por otra parte, la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Strugar no entró *per se* a analizar la proporcionalidad del bombardeo del casco antiguo de Dubrovnik (declarado patrimonio histórico de la humanidad) por el JNA en el marco de la operación de captura del fuerte sobre el monte Srdj (elevación más importante en los alrededores de Dubrovnik) el 6 de diciembre de 1991. Para la Sala (párrafos 209 y 214), cualquier objetivo militar que el JNA pudiera haber bombardeado aquel día en la ciudad de Dubrovnik se encontraba demasiado lejos de su casco antiguo y por lo tanto los daños causados a este último no podían ser de ninguna manera considerados como un resultado colateral del ataque contra objetivos militares.

Sin embargo, la sentencia contiene suficientes elementos como para afirmar que, de haber sido necesario, la Sala hubiera optado por un análisis de proporcionalidad al nivel operacional mediante la comparación entre el conjunto de daños ocasionados al casco antiguo de Dubrovnik y la ventaja militar esperada de la destrucción de las piezas de artillería croatas situadas en las inmediaciones del casco antiguo de Dubrovnik que se encontraban presuntamente disparando sobre las unidades del JNA que intentaban tomar el fuerte sobre el monte Srdj. Así, en primer lugar, la Sala, al rechazar las alegaciones de la defensa en el sentido de que el JNA atacó el casco antiguo porque creyó que en el mismo se encontraban ubicados los morteros y las baterías antiaéreas que estaban bombardeando las posiciones de su infantería sobre el monte Srdj, señaló que, incluso si los morteros y baterías antiaé-

II.5.2. El análisis de proporcionalidad al nivel táctico

A pesar de las razones expuestas en la sección anterior para rechazar la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel táctico, es decir incidente por incidente, algunos autores continúan defendiendo la necesidad de aplicar por separado la regla de proporcionalidad a todos y cada uno de los incidentes de los que se compone un ataque. Así, Benvenuti considera que sólo examinando las circunstancias específicas de cada incidente es posible determinar si se han adoptado o no todas las medidas de precaución posibles y si el uso de la fuerza armada en el mismo es conforme o no con el derecho internacional humanitario¹¹¹. Este mismo crite-

reas croatas se hubiesen encontrado ubicados en el casco antiguo y hubiesen constituido una amenaza real para las fuerzas del JNA sobre el monte Srdj, no cabía sino afirmar la falta de proporcionalidad entre esta hipotética amenaza y la destrucción a gran escala ocasionada por el bombardeo durante diez horas y media del casco antiguo de Dubrovnik (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Strugar, párrafos 194-195).

En segundo lugar, la Sala, a pesar de describir en detalle el contexto del conflicto en el se desarrolló la operación militar objeto de análisis, no lo tuvo posteriormente en consideración en su análisis sobre la licitud o no de dicha operación. Para la Sala, el ataque al monte Srdj el 6 de diciembre de 1991 se produjo en el marco de la campaña de bloqueo marítimo y terrestre de Dubrovnik que el JNA estaba llevando a cabo desde finales de septiembre de 1991. En este contexto la ciudad de Dubrovnik había sido ya bombardeada en varias ocasiones en octubre de 1991, si bien su casco antiguo no había sido alcanzado por primera vez hasta el ataque lanzado los días 23 y 24 de octubre contra las áreas de Lapad, Gruz, Ploce y el propio casco antiguo (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Strugar, párrafos 31 y 50).

Además, en noviembre de 1991 la ciudad de Dubrovnik, incluido su casco antiguo, había sido nuevamente bombardeada (párrafo 62), y para diciembre de 1991 el JNA había realizado importantes progresos en los alrededores de Dubrovnik lo que le había permitido estrechar su bloqueo de la ciudad (párrafo 79). Finalmente, la Sala subrayó el hecho de que el día 5 de diciembre se había celebrado una reunión entre el almirante del JNA Jokic y varios ministros croatas para acordar un alto el fuego, y eventualmente poner fin al bloqueo de Dubrovnik, y que dados los progresos realizados se esperaba concluir al día siguiente por la mañana un alto el fuego que entraría en vigor a partir del mediodía (párrafo 81). De hecho en opinión de la Sala, el ataque contra el fuerte sobre el monte Srdj, que desembocó en última instancia en el bombardeo del casco antiguo de Dubrovnik, fue planeado en el atardecer del día 5 de diciembre con la intención de capturar el fuerte antes de las 12.00 h del día siguiente (párrafos 85 y 88). En consecuencia, es más que probable que si la Sala hubiera tenido que llevar a cabo un análisis de proporcionalidad del ataque lanzado por el JNA el 6 de diciembre hubiera declinado realizarlo al nivel estratégico en relación con la campaña de Dubrovnik en su conjunto.

Finalmente, y dado el tratamiento conjunto de los daños producidos en el casco antiguo de Dubrovnik durante el bombardeo del 6 de diciembre de 1991 (párrafos 179, 194, y 208-209), parece también poco probable que la Sala hubiese estado dispuesta a aplicar la ecuación de proporcionalidad al nivel táctico en relación con los daños infringidos a cada uno de los edificios afectados durante el ataque del JNA.

¹¹¹ P. Benvenuti, *The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, en *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, pp. 503 y ss, p. 515.

rio ha sido adoptado, entre otros, por Americas Watch en su análisis de la destrucción del barrio del Chorrillo en la Ciudad de Panamá durante la operación *Causa Justa* en 1989, por Human Rights Watch en su análisis de los daños civiles colaterales ocasionados durante la operación *Tormenta del Desierto* en 1991, por Amnistía Internacional en el estudio de la incursión israelí en el Líbano denominada operación *Uvas de la Ira* en 1996¹¹² o más recientemente por Eric David al afirmar que la destrucción del edificio de la Radio Televisión Serbia en Belgrado constituyó claramente un crimen de guerra¹¹³. Además, numerosos críticos de la campaña aérea de la OTAN en Kosovo se inclinan por la aplicación de la ecuación de proporcionalidad incidente por incidente sin tener en consideración los objetivos más amplios de dicha campaña o de parte de la misma¹¹⁴.

El análisis de proporcionalidad al nivel táctico encuentra cierto apoyo en la indeterminación del significado del término «ataque» en los arts. 49 y 51(5)(b) PA I. Además, el propio comentario del CICR, aunque pone el énfasis en la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel operacional, parece dejar también la puerta abierta a su posible aplicación al nivel táctico¹¹⁵. A ello se unen los estudios de algunos autores que señalan que durante las negociaciones desarrolladas en la Conferencia Diplomática que terminó con la aprobación del PA I, la mayoría de los delegados era favorable a una aplicación de la regla de proporcionalidad incidente por incidente¹¹⁶.

Pero, sin duda, donde los defensores del análisis de proporcionalidad al nivel táctico encuentran un mayor apoyo es en la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, que analiza la proporcionalidad de hasta veintitrés incidentes aislados ocurridos durante el sitio de Sarajevo entre 1992 y 1994. Esta sentencia extiende la aplicación de la regla de pro-

¹¹² Human Rights Watch, *Needless Deaths in the Gulf War: Civilian Casualties during the Air Campaign and Violations of the Laws of War*, 1991; Amnistía Internacional, *Israel/Lebanon: Unlawful Killings during Operation 'Grapes of Wrath'*, July 1996.

¹¹³ Eric David, *Respect for the Principle of Distinction in the Kosovo War*, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 3, 2000, pp. 81 y ss, p. 106.

¹¹⁴ Ver, por ejemplo, Tania Voon, *Pointing the Finger: Civilian Casualties of NATO Bombing in the Kosovo Conflict*, en *American University International Law Review*, Vol. 16, 2001, pp. 1083 y ss; Human Rights Watch, *Civilian Deaths in the NATO Air Campaign*, febrero 2000; y Amnistía Internacional, *NATO/FRY: 'Collateral Damage or Unlawful Killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force*, junio 2000.

¹¹⁵ Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord), *Commentary...*, p. 683.

¹¹⁶ B.L. Brown, *The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification*, en *Cornell International Law Journal*, Vol. 10, 1976, pp. 134 y ss, pp. 140-142.

porcionalidad al nivel táctico más allá de operaciones de corta duración con listas de objetivos limitados como ocurre en operaciones de represalia como las llevadas a cabo por los EEUU contra objetivos militares en Trípoli y Benghazi el 15 de abril de 1986 o contra lo que finalmente parece haber sido una fábrica farmacéutica en Khartoum en agosto de 1998.

El hecho de que en los últimos años la posición que defiende la aplicación de la regla de proporcionalidad incidente por incidente se haya visto reforzada no significa que el derecho internacional humanitario exija en la actualidad que el análisis de proporcionalidad se deba llevar a cabo al nivel táctico. Por el contrario, por las razones descritas en la sección anterior, se puede afirmar que a día de hoy el derecho internacional humanitario exige la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel operacional, lo que se ha visto sin duda reforzado por la referencia en el art. 8(2)(b)(iv) ER a la «ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea», que parece sacar definitivamente el análisis de proporcionalidad fuera de la esfera puramente táctica para asentarla en la esfera operacional. Se refleja de esta manera la creencia de muchos de que en los modernos conflictos armados integrados, las acciones aisladas de unidades individuales no son un fin en sí mismas, sino que por el contrario deben ser valoradas en su contexto operacional¹¹⁷.

Sin embargo, esto no quiere decir que la evolución apreciada en estos últimos años hacia un modelo táctico de aplicación de la regla de proporcionalidad no pueda terminar en el futuro por imponerse en el derecho internacional humanitario. Ahora bien, de ser este el caso, y dado que el derecho internacional humanitario es sólo aplicable como fuente de interpretación de los tipos penales recogidos en el ER cuando existe un problema interpretativo que no puede ser resuelto mediante la aplicación del propio ER o de sus instrumentos complementarios¹¹⁸, entendemos que sería necesario enmendar la tipificación de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad recogida en el art. 8(2)(b)(iv) ER para que la jurisprudencia de la Corte pudiera acoger esta nueva tendencia.

II.5.3. El análisis de proporcionalidad al nivel estratégico.

Para el ejército norteamericano, el daño colateral previsto y la ventaja militar esperada deben analizarse desde las necesidades estratégicas deri-

¹¹⁷ S. Oeter, *Methods and Means...*, en *The Handbook...*, D. Fleck (Coord.), p. 179.

¹¹⁸ Art. 21(1) ER.

vadas del conflicto armado de que se trate¹¹⁹. De esta manera, los defensores de esta posición tienden a incluir en la columna de los daños civiles colaterales todos aquellos producidos en cualquiera de las operaciones militares desarrolladas en el marco de una campaña militar, o, dependiendo de su duración, incluso de un conflicto armado en su conjunto, y los comparan con la ventaja militar estratégicamente esperada del desarrollo con éxito de dicha campaña o conflicto.

Es fácil comprender como el volumen de daños civiles colaterales que no son manifiestamente excesivos es mucho mayor si al otro extremo de la ecuación de proporcionalidad se encuentra la ventaja estratégico-militar esperada de la destrucción del sistema de control, mando y comunicaciones del VJ o la ventaja político-militar anticipada del cambio de régimen en Iraq. Lógicamente, al mismo tiempo que se incrementa el volumen de daños civiles colaterales aceptados disminuye el nivel de protección ofrecida a las personas y bienes civiles por la normativa que desarrolla el principio de distinción¹²⁰.

¹¹⁹ W. H. Parks, *Rolling Thunder and the Law of War*, en *Air University Review*, Vol. 22, 1982, pp. 2 y ss. Ver también W. Hays Parks, *Air War...*, p. 174; y Teniente Coronel B. M. Carnahan, *'Linebacker II'...*, pp. 866-867.

¹²⁰ Esta situación se refleja perfectamente en el informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña de la OTAN en Kosovo en 1999 (párrafos 54, 55, 77, 78 y 79). Así, en relación con el bombardeo de la sede de la Radio Televisión Serbia (RTS) en Belgrado, la Fiscalía del TPIY esgrimió las siguientes razones para concluir que las muertes y lesiones ocasionados a civiles durante el mismo, a pesar de ser desafortunadas, no podían considerarse como daños colaterales excesivos. En primer lugar, la Fiscalía reconoció que un análisis de proporcionalidad incidente por incidente hubiera conducido probablemente a un resultado muy distinto puesto que la destrucción de cualquiera de los múltiples objetivos del ataque de la OTAN contra el sistema de mando, control y comunicaciones del Ejército Federal Yugoslavo (VJ) – uno de los cuales era la RTS - no hubiera afectado al sistema en su conjunto y por lo tanto hubiera reportado una ventaja militar muy limitada. En segundo lugar, la Fiscalía consideró que la correcta aplicación de la ecuación de proporcionalidad exigía que el bombardeo de la RTS no se analizase como un incidente aislado sino como parte del ataque general de la OTAN contra el sistema de mando, control y comunicaciones del VJ. Finalmente, según la Fiscalía, el conjunto de los daños civiles colaterales ocasionados durante el bombardeo de la RTS y del resto de objetivos que componían dicho ataque no aparecían como desproporcionados en relación con la importantísima ventaja militar esperada del deterioro, y eventual puesta fuera de servicio, de la red de comunicaciones sobre la que se basaba el sistema de control y mando del VJ.

Aunque las frecuentes referencias al término «ataque» pudieran dar la impresión de que la Fiscalía aplicó la regla de proporcionalidad al nivel operacional, lo cierto es que difícilmente se puede hablar de ataque cuando nos encontramos con cientos de incidentes desarrollados a través de una buena parte del conflicto a los efectos deteriorar primero, y destruir después, el elemento más importante en la defensa de un territorio: la coordinación interna de las fuerzas armadas defensoras garantizada a través del sistema de mando, control y comunicaciones. Por esta razón, entendemos que lo que la Fiscalía llamó ataque tenía en realidad las dimensiones de una campaña y que, por tanto, su análisis de proporcionalidad se llevó a cabo al nivel estratégico.

Llama la atención que mientras el informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña aérea de la OTAN en Kosovo lleva a cabo el análisis de proporcionalidad al nivel estratégico, la Sentencia de Primera Instancia del propio TPIY en el caso Galic se inclina por aplicar la regla de proporcionalidad al nivel táctico. A este respecto hay que subrayar que el verdadero problema con el que se enfrentó la Fiscalía durante el caso Galic fue, por un lado, la inexistencia de órdenes directas del acusado (general Galic, comandante en jefe del SRK) para que se atacase a la población civil y, por otro lado, la imposibilidad material de presentar elementos de prueba sobre cada uno de los numerosos ataques de mortero y disparos de francotiradores que las tropas del SRK desplegadas en los alrededores de Sarajevo (aproximadamente 15000 soldados) habían realizado contra la población civil durante los 23 meses de sitio a que se refería el escrito de acusación. Ante esta situación, la Fiscalía intentó probar la existencia de una campaña de ataques deliberados contra la población civil con el fin de aterrorizarla mediante la combinación de los siguientes dos elementos: (i) la presentación, a modo de ejemplo, de elementos de prueba relativos a 23 incidentes con francotiradores y 5 ataques de mortero; y (ii) la presentación de otros elementos de prueba de carácter general sobre los 23 meses de sitio de Sarajevo que eran objeto del escrito de acusación como estadísticas, estudios demográficos o informes del personal internacional destinado en Sarajevo. En este contexto, la Mayoría de la Sala optó por un análisis de proporcionalidad al nivel táctico en relación con cada uno de los 28 incidentes incluidos en el anexo del escrito de acusación, rechazando comparar al nivel estratégico los daños civiles colaterales ocasionados

Esta conclusión se ve reforzada además por el hecho de que la Fiscalía sólo abordara el análisis de proporcionalidad de incidentes como el bombardeo de la RTS tras de haber afirmado que el conjunto de los daños civiles colaterales ocasionados por las operaciones aéreas de la OTAN durante el conflicto en Kosovo no podían ser de ninguna manera considerados como excesivos. En este sentido, la Fiscalía señaló que durante el conflicto en Kosovo en la primavera de 1999, los aviones de la OTAN realizaron 38400 salidas y lanzaron un total de 23614 bombas. Además, aunque la Fiscalía reconoció que algunos de los objetivos atacados por la OTAN pertenecían a categorías de bienes cuyo carácter civil o militar dependía de su uso durante el conflicto armado - como por ejemplo las infraestructuras utilizadas por la industria militar, ciertos ministerios, las refinerías petrolíferas y la prensa - acabó concluyendo que, al menos en los incidentes revisados, la OTAN solamente atacó aquellos objetivos que en su opinión constituían objetivos militares lícitos. Al mismo tiempo, la Fiscalía subrayó que el número total de muertes civiles colaterales ocasionadas durante las operaciones aéreas de la OTAN fue de aproximadamente 500 personas. En consecuencia, en opinión de la Fiscalía, no parecía que la OTAN hubiera conducido su campaña aérea con el objetivo de causar directamente o colateralmente daños civiles substanciales.

durante el sitio de Sarajevo con la ventaja militar esperada por el SRK de su toma. Por su parte, en su voto particular, el juez Nieto Navia expresó su sorpresa porque la Mayoría no hubiera realizado ningún esfuerzo por determinar qué porcentaje de los daños ocasionados a civiles durante los 23 meses de sitio habían sido consecuencia colateral de los ataques lanzados por el SRK contra objetivos militares en Sarajevo - sobre todo considerando que se había demostrado la presencia de unos 45000 soldados del ABiH dentro de la ciudad¹²¹.

¹²¹ La Mayoría de la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic llegó a la conclusión de que entre 1992 y 1994 el Sarajevo Romanija Korps (SRK, perteneciente a las fuerzas Bosnia Serbias (VRS)) recurrió de manera sistemática a ataques de mortero y disparos de francotiradores contra la población civil de Sarajevo con la intención de aterrorizarla. La Mayoría explicó que las razones que le llevaron a alcanzar esta conclusión fueron las siguientes. En primer lugar, los testigos que residían en Sarajevo en aquella época testificaron que no había habido ningún tipo de actividad civil ni ningún área bajo el control del ABiH que hubiese estado protegida contra los ataques del SRK. En este sentido, la Mayoría señaló que los incidentes analizados se referían a civiles muertos o heridos mientras atendían funerales, se encontraban en ambulancias, hospitales, tranvías o autobuses, volvían a sus casas en coche o bicicleta, cuidaban de sus jardines o iban a por agua. En segundo lugar, la topografía urbana de Sarajevo, con varias colinas y edificios altos, ofrecía al SRK una posición inmejorable para disparar contra los civiles que circulaban por la ciudad. En tercer lugar, a pesar de que la población civil se adaptó al entorno hostil mediante el cierre de las escuelas, la limitación en la medida de lo posible de sus desplazamientos por la ciudad, el retraso de sus salidas hasta el anochecer o la construcción de barricadas para protegerse mejor de los francotiradores del SRK, no había área de la ciudad en la que se podían sentir seguros. En cuarto lugar, el personal internacional destinado en Sarajevo testificó que los residentes civiles de Sarajevo era continuamente objeto de ataque por la artillería o por los francotiradores del SRK. En quinto lugar, la Mayoría admitió que tanto el personal militar internacional como los residentes de Sarajevo habían tenido dificultades para detectar las posiciones desde las que provenía el fuego y que se habían presentado elementos de prueba que parecían indicar que el ABiH habían lanzado en ciertas ocasiones ataques contra personas civiles residiendo en Sarajevo con el fin de llamar la atención de la Comunidad Internacional sobre los perniciosos efectos del sitio del SRK. Sin embargo, para la Mayoría, sólo una mínima parte de los ataques contra civiles podían ser atribuidos a esta causa. Igualmente, en opinión de la Mayoría, sólo una pequeña parte de las bajas civiles podía resultar atribuible bien a proyectiles perdidos bien a la creencia errónea de que las personas atacadas eran en realidad combatientes. En sexto lugar, la Mayoría consideró que los ataques de la artillería y de los francotiradores del SRK en áreas controladas por el ABiH respondían a un determinado patrón temporal. En séptimo lugar, para la Mayoría, en una situación de combate estática como la vivida en Sarajevo entre 1992 y 1994, los ataques sistemáticos y generalizados contra personas civiles no podían atribuir al atacante ningún tipo de ventaja militar. Finalmente, a juicio de la Mayoría, la naturaleza de las actividades desarrolladas por los civiles cuando fueron atacados, la manera en que se produjeron los ataques, el marco temporal de los mismos y su duración mostraban que el objetivo de la campaña fue el de aterrorizar a la población civil haciendo que no se sintieran seguros en ningún momento ni en ningún área de la ciudad (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, párrafos 582 y 594).

En cualquier caso, es importante subrayar que incluso dentro de la esfera del propio ejército norteamericano se han podido apreciar en los últimos años ciertas instancias en las que el análisis de proporcionalidad no se ha realizado al nivel estratégico. Así, el informe del departamento de defensa al Congreso sobre el cumplimiento del ejército norteamericano con las exigencias del derecho internacional humanitario en la primera guerra del golfo señalaba que de haberse conocido que personas civiles se encontraban presentes en el bunker de Al-Firdus, se podría haber retrasado su ataque hasta que las mismas hubieran sido evacuadas¹²². De mayor relevancia es, en nuestra opinión, el hecho de que tras el ataque al Convoy en Djakovica el 14 de abril de 1999, donde alrededor de 70 civiles perdieron la vida y otros 100 resultaron heridos, el comandante del componente aéreo de las fuerzas combinadas de la OTAN emitiera una directiva conforme a la cual cuando vehículos militares y civiles circularan en un mismo convoy, los primeros no debían ser atacados para así evitar los daños colaterales que se pudieran causar a los segundos¹²³.

Algunos han señalado que la mayor importancia dada en los últimos años por el ejército norteamericano a la aplicación de la ecuación de pro-

En su voto particular el juez Nieto Navia señaló que el número de personas viviendo en Sarajevo entre 1992 y 1994 era de 340000, de los cuales 45.000 eran del ABiH. Además, subrayó que los tres expertos demográficos de la Fiscalía habían coincidido en que durante los 23 meses referidos en el escrito de acusación al menos 1399 personas habían perdido la vida y otras 5093 habían sido heridas. Sin embargo, según el juez Nieto Navia, si un ejército de la competencia y el profesionalismo que la Fiscalía atribuía al SRK hubiera llevado realmente a cabo durante 23 meses una campaña contra la población civil residiendo en Sarajevo, se hubiera esperado que el número de bajas civiles fuera mucho más elevado, sobre todo si se tiene en cuenta que en las cifras presentadas por la Fiscalía no se cuantifican las bajas civiles debidas a daños colaterales ocasionados por ataques del SRK contra objetivos militares. En opinión del juez Nieto Navia a esto había que unir otra serie de factores como: (i) el paulatino descenso en el número de bajas civiles mensuales; (ii) la cesión voluntaria por el SRK del control sobre el aeropuerto; (iii) la autorización dada por el SRK para el establecimiento de rutas azules que permitieran la distribución de ayuda humanitaria en la ciudad; (iv) la conclusión por el SRK de acuerdos para suspender los ataques de francotiradores; (v) la aceptación por el SRK de la creación de una zona de exclusión; y (vi) la conclusión por las autoridades serbo-bosnias de dos acuerdos y la emisión de dos declaraciones afirmando su compromiso con el respeto de los principios del derecho internacional humanitario. Por todas estas razones, el juez Nieto Navia llegó a la conclusión de que de los elementos de prueba presentados no se podía concluir que el SRK hubiera conducido durante 23 meses una campaña de ataques de artillería y de francotiradores deliberadamente dirigida contra la población civil de Sarajevo (Voto particular del juez Nieto Navia en el caso Galic, párrafos 106- 107).

¹²² United States, Department of Defense, *Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War...*, p. 627. Ver también W. Hays Parks, *Rolling Thunder...*, pp. 2 y ss.

¹²³ Informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña de la OTAN en Kosovo en 1999, párrafo 68.

porcionalidad al nivel operacional no es el resultado de una distinta percepción de las exigencias derivadas del derecho internacional humanitario sino el fruto de motivaciones políticas - ya sean éstas de carácter político-estratégico como el facilitar la reconstrucción de Iraq tras la caída del régimen de Sadam Hussein, ya sean fruto de la reducción del nivel de daños civiles colaterales que la opinión pública considera aceptables. Para estos autores, esta sería la razón por la que en el informe sobre la primera guerra del golfo arriba mencionado, el departamento de defensa norteamericano afirmase que la ecuación de proporcionalidad se podía aplicar tanto en el contexto de objetivos específicos como a la luz de los objetivos generales de la campaña militar en su conjunto¹²⁴. De esta manera, el descarte de ciertos objetivos militares en virtud de los excesivos daños colaterales que su ataque podría ocasionar en relación con la ventaja militar anticipada de su destrucción o neutralización no constituiría una obligación jurídica impuesta por el derecho internacional humanitario.

Sin embargo, en nuestra opinión, no es posible restar toda significación jurídica al hecho de que el ejército de los EEUU, que no sólo no ha ratificado el PA I sino que además es el principal valedor de la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel estratégico, haya ido desde el final de la guerra del Vietnam ajustando progresivamente su práctica en esta materia a la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel operacional. Este hecho adquiere todavía mayor significación a la luz de la prohibición de recurrir a la interpretación extensiva de las disposiciones del derecho internacional humanitario cuando ésta tenga como resultado el menoscabo de su finalidad última que no es otra que la de limitar los sufrimientos y daños causados por los conflictos armados- y particularmente aquellos causados a quienes no toman parte activa en las hostilidades¹²⁵. En cualquier caso, en lo que al ER se refiere, ya señalamos en secciones precedentes que la utilización de los adjetivos «concreta y directa» como calificativos de la noción de «ventaja militar» a la hora de tipificar las infracciones graves de la regla de proporcionalidad en el art. 8(2)(b)(iv) ER no parece ser compatible con el análisis de proporcionalidad al nivel estratégico.

¹²⁴ United States, Department of Defense, *Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War...*, pp. 622.

¹²⁵ Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord.), *Commentary...*, p. 626.

III. EL TIPO SUBJETIVO DE LOS ATAQUES DESPROPORCIONADOS.

Como hemos visto, el ER, a diferencia del TPIY, configura los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles, así como los ataques desproporcionados, como delitos de mera actividad que se consuman con el mero lanzamiento del ataque. En un contexto como éste, en el que no se exige un resultado lesivo vinculado causalmente al ataque, el elemento subjetivo del tipo cobra una particular relevancia. Por otra parte, como algunos han señalado, esta vertiente subjetiva del tipo penal es mucho más difusa y difícil de probar que la vertiente objetiva puesto que «refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir pero no observar»¹²⁶.

¹²⁶ Idem. Esta dificultad es particularmente manifiesta en relación con los crímenes de lanzar ataques contra personas u objetos civiles o de carácter desproporcionado en el marco de operaciones terrestres apoyadas por la artillería. Son precisamente este tipo de operaciones, y en particular el uso ilícito de morteros y de otras piezas de artillería lo que ha constituido el objeto de la gran mayoría de investigaciones y enjuiciamientos tras la segunda guerra mundial de delitos cometidos durante la conducción de las hostilidades en situación de combate. En nuestra opinión, el análisis ha de partir de una doble premisa: (i) el hecho de que personas civiles hayan muerto o de que bienes civiles hayan sido destruidos, no convierte *per se* un ataque de artillería en punible; y (ii) el punto de partida de cualquier investigación penal no son los daños producidos sino el móvil del ataque ya que incluso en aquellos supuestos en que varios proyectiles impactan en el mismo área es difícil determinar cuál pudo haber sido el objetivo del ataque dada la falta de precisión de algunas de las piezas de artillería utilizadas.

La mejor forma para determinar el móvil de un ataque son las órdenes y los informes de inteligencia producidos antes y durante el desarrollo del ataque por las fuerzas atacantes. Esta documentación es la mejor manera de establecer qué es lo que el superior militar afectado pensaba que estaba atacando con su artillería. En ausencia de este tipo de documentación, la doctrina militar del ejército atacante en el momento en que se produjo el ataque juega un papel particularmente relevante. Esto es así porque dicha doctrina militar suele limitar de manera muy importante la discrecionalidad de los superiores militares en los procesos de selección de objetivos - así, por ejemplo, constituye un elemento común de la doctrina militar de la gran mayoría de los ejércitos el control estricto de los recursos de artillería debido a su importancia táctica y operacional, así como a las dificultades logísticas que requiere el transporte de grandes cantidades de munición. Finalmente, será también necesario tener en consideración otras fuentes de información que permitan dar respuesta a las siguientes preguntas: (i) ¿qué tipo de armamento y munición fue empleada durante el ataque?; (ii) ¿de qué tipo de armamento disponía el superior militar afectado?; (iv) ¿desde dónde se produjeron los disparos?; (v) ¿cuáles fueron los puntos alcanzados por los disparos de la artillería?; (vi) ¿podían las fuerzas atacantes observar los puntos de impacto?; (vii) si tanto objetivos militares como bienes civiles fueron afectados por el ataque, ¿en qué orden fueron alcanzados?; y (viii) ¿cuál fue el contexto táctico más amplio en que se produjo el ataque? ¿había calma antes del ataque o fue el ataque parte de un combate que se prolongó durante un cierto espacio de tiempo?

III.1 EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO DE LOS ATAQUES DIRIGIDOS CONTRA PERSONAS O BIENES CIVILES COMO ELEMENTO CLAVE PARA SU DISTINCIÓN DE LOS ATAQUES DESPROPORCIONADOS.

En relación con los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles, la primera cuestión que se plantea es determinar si la expresión «intencionadamente» utilizada en la definición de ambos tipos penales y en la descripción de sus elementos¹²⁷ constituye una excepción al art. 30 ER que prevé el dolo - incluido el dolo eventual - como el elemento subjetivo general de todo crimen de guerra que no recoja expresamente en su definición un elemento subjetivo distinto¹²⁸. Además, si la respuesta a esta pre-

¹²⁷ Ver el art. 8(2)(b)(i) y (ii) y (e)(i) ER y sus correspondientes EC.

¹²⁸ El ER rechaza la llamada responsabilidad penal objetiva, así como la responsabilidad penal por el resultado, de manera que sólo puede incurrirse en responsabilidad penal si existe una vertiente subjetiva que cubre los distintos elementos objetivos del tipo que, según la clasificación anglosajona tradicional adoptada por el artículo 30 ER, incluirían: (i) la acción u omisión típica; (ii) las consecuencias o resultado típico; y (iii) las restantes circunstancias contextuales o específicas exigidas por el mismo.

El art. 30 (1) ER exige que «los elementos materiales del crimen se reali[ce]n con intención y conocimiento», estableciendo de este modo el dolo como elemento subjetivo general para los crímenes de guerra previstos en el art. 8 ER. Con ello se incluiría tanto el llamado dolo directo de primer grado, entendido como la voluntad de producir precisamente el resultado prohibido (o de realizar la acción u omisión prohibida en los delitos de mera actividad o de omisión pura), como el dolo directo de segundo grado donde el autor no desea la producción del resultado prohibido pero admite el mismo como una consecuencia necesariamente unida a la realización de su propósito principal.

En nuestra opinión, también el dolo eventual - entendido como aquellos supuestos en los que el autor se representa el resultado prohibido como de probable producción y aunque su propósito no es que acaezca, acepta el hecho de que pueda producirse y sigue adelante con su actuación - se encuentra incluido en el elemento subjetivo general previsto en el art. 30 (1) ER. Así, el apartado segundo de dicha disposición se refiere a que el autor sea consciente de que el resultado prohibido «se producirá en el curso normal de los acontecimientos», lo que implica que la persona conoce que hay una alta probabilidad de causar el resultado prohibido y que, por tanto, de seguir adelante con su actuación se presume que acepta su producción. También entienden que el dolo eventual estaría incluido en la formulación del art. 30 ER, J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, *Los Principios Generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 75, enero-junio 2000, pp. 381-441, p. 417; y D.K. Piragoff, *Article 30. Mental Element*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Coord.), Nomos, 1999, pp. 527-535, p. 534. La reciente decisión sobre la confirmación de los cargos en el caso Lubanga, dictada por la SCPI de la Corte el 29 de enero de 2007, también adopta esta posición.

No creemos, sin embargo, que el elemento subjetivo general del art. 30 ER incluya la categoría anglosajona de la *recklessness* - ya sea en su modalidad subjetiva ya sea en su modalidad objetiva - ni tampoco la imprudencia. La llamada *recklessness* subjetiva, cuyo paralelo más cercano en el sistema jurídico penal español sería la culpa consciente, presupone el conocimiento del riesgo de producir el resultado prohibido (G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*; Segunda Edición, 2000, p. 443). Dependiendo del sistema nacional de que se trate el nivel de riesgo exigido puede variar entre la mera «posibilidad» y la «probabilidad». El conoci-

gunta es afirmativa será necesario determinar cuál es el contenido concreto de dicha expresión.

miento de la mera posibilidad de producir el resultado prohibido es suficiente, al menos en relación con el homicidio, en países como Sudáfrica (C.R. Snyman, *Criminal Law*, Tercera Edición, 1995, p. 169). Por su parte, el conocimiento de la probabilidad de producir el resultado prohibido se requiere, al menos en relación con el homicidio, en Australia (The Queen v. Crabbe (1985) 156 C.L.R. 464; ver también B. Fisse, B. *Howard's Criminal Law*, Quinta Edición, 1990, p. 59); Bahamas (secciones 311 y 11(2) del Código Penal de 1987); Kenya (secciones 203 and 206 (b) del Código Penal de 1985); Malawi (secciones 209 y 212(b) del Código Penal); Sierra Leona (ver B. Thompson, *The Criminal Law of Sierra Leone*, 1999, p. 61); y Zambia (secciones 200 y 204 (b) del Código Penal). Se exige además la aceptación del riesgo, lo que es considerado como inherente al hecho de seguir adelante con la conducta prevista (K.W. Simons, *Rethinking Mental States*, en Boston University Law Review, May 1992, p. 486). A diferencia del dolo eventual que requiere la aceptación del resultado, la *recklessness* subjetiva no requiere elemento intencional alguno puesto que la persona puede perfectamente llevar a cabo una actividad que entrañe un cierto riesgo confiando en que su pericia le permitirá evitar en todo caso que se produzca el resultado prohibido - esto ocurriría, por ejemplo, cuando a pesar de la posibilidad objetiva de que, dada la falta de precisión del mortero utilizado, el proyectil acabe impactando en un bloque de apartamentos donde no hay presencia militar del enemigo, el autor confía en que su pericia como artillero le permitirá limitar el punto de impacto al pequeño almacén de municiones que se encuentra enfrente del bloque de apartamentos. Por ello, la exigencia de que «los elementos materiales del crimen se reali[ce]n con intención y conocimiento» parece excluir por insuficiente la *recklessness* subjetiva. Ver a este respecto la decisión de la SCPI de la Corte sobre la confirmación de los cargos en el caso Lubanga, párrafos 152 a 155.

Con mayor razón se puede afirmar que el elemento subjetivo general del art. 30 ER excluye también la llamada *recklessness* objetiva, entendida como la adopción objetiva de un riesgo elevado que supera los estándares de lo socialmente permitido sin que la persona sea ni siquiera consciente del riesgo que asume con su conducta. La conocida Sentencia de la Cámara de los Loes en el caso Cadwell (Inglaterra y Gales) dio lugar a la llamada *inadvertent, objective or Cadwell recklessness* - en contraposición a la *advertent, subjective or Cunningham recklessness* (Caldwell 1982 AC 341) -, cuyo paralelo más próximo en el sistema jurídico penal español sería la imprudencia temeraria.

También quedaría excluida la imprudencia simple, entendida como una falta del deber objetivo de cuidado en la realización de una conducta que termina causando la producción del resultado prohibido ya sea porque el autor no era consciente de su deber al ignorar la situación de riesgo ya sea porque aun siendo consciente de dicha situación de riesgo el autor no creyó previsible que el resultado prohibido pudiera producirse (G. Quintero Olivares, *Manual de Derecho Penal...*, pp. 354-355). La principal excepción a esta regla aparece en el art. 28 ER en los supuestos de incumplimiento por los superiores militares de sus deberes de prevenir y castigar los crímenes de guerra, incluidos los ataques punibles, cometidos por sus subordinados. En este sentido, el art. 28(a)(i) ER requiere que el superior militar «hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento hubiera debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos». Con ello parece excepcionarse la exigencia general de comisión dolosa recogida en el art. 30 ER para admitirse la comisión imprudente («hubiera debido conocer»), de manera que los superiores jerárquicos serán penalmente responsables por la falta de cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones (K. Ambos, *Superior Responsibility...*, p. 867). En otras palabras, el ER considera penalmente relevante el hecho de que el superior militar afectado no haya puesto la diligencia exigible de un superior militar medio en sus mismas circunstancias para informarse de las actividades de sus subordinados a los efectos de poder cumplir con sus deberes de prevenir y castigar los crímenes de guerra- incluidos los ataques punibles - cometidos por los mismos.

En nuestra opinión, la interpretación literal de la definición del delito como «dirigir intencionalmente ataques» lleva a afirmar que efectivamente los apartados (2)(b)(i) y (ii) y (2)(e)(i) del art. 8 ER establecen un elemento subjetivo específico en relación con los crímenes de personas o bienes civiles. Esta interpretación se corresponde además con la intención de los redactores del ER y de los EC de introducir un elemento subjetivo específico tanto en la definición como en los elementos de los crímenes de atacar a personas o bienes civiles para evitar así su confusión con el crimen de ataques desproporcionados contra objetivos militares¹²⁹, si bien algunos han señalado que su contenido es en última instancia muy similar al del elemento subjetivo general previsto en el art. 30 ER¹³⁰.

En cuanto a su contenido, surge la pregunta de si la expresión «intencionalmente» requiere un dolo directo de primer grado, es decir, que el autor lance su ataque pretendiendo alcanzar precisamente a personas o bienes civiles, o si lo que requiere es una conducta dolosa que incluiría también el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual. En nuestra opinión, esta expresión no solo incluye supuestos en que el objeto del ataque son específicamente personas o bien civiles, sino que también incluye supuestos de ataques indiscriminados - es decir aquellos que el autor no dirige o sabe que, debido a la falta de precisión o al carácter incontrolado de los efectos del armamento o método de combate utilizado, no puede dirigir contra un objetivo militar concreto - donde el autor: (i) conoce que el proyectil lanzado acabaría necesariamente impactando sobre personas o bienes civiles (dolo directo de segundo grado); o (ii) es al menos consciente de la probabilidad de que el proyectil lanzado impacte sobre personas o bienes civiles y acepta internamente el hecho de que así pueda suceder (dolo eventual)¹³¹. Este sería el caso, por ejemplo, de quien utiliza un mortero de fabricación casera a sabiendas de su absoluta falta de precisión, y por tanto de la imposibilidad de dirigirlo contra un objetivo militar concreto, para tratar de destruir un depósito de municio-

¹²⁹ D. Frank, *Attacking Civilians...*, p. 142.

¹³⁰ Ibid, p. 143; D. Frank, *Attacking Civilian Objects*, en *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Roy S. Lee (Coord.), Transnational Publishers, 2001, pp. 143-144, p. 144 and K. Dörmann, *Elements of War Crimes...*, pp. 131 y 148.

¹³¹ Para K. Dörmann, *Elements of War Crimes...*, pp. 131 y 148, la expresión «intencionalmente» recogida en los apartados (2)(b)(i) y (ii) y (e)(i) del art. 8 ER, así como en sus correspondientes EC, no hace sino repetir el tipo subjetivo general previsto en el art. 30 ER, que como hemos visto incluye el dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual. En el mismo sentido, D. Frank, *Attacking Civilians...*, p. 143 y D. Frank, *Attacking Civilian Objects...*, p. 144.

nes que se encuentra junto a una escuela infantil, teniendo la absoluta certeza o al menos aceptando la alta probabilidad de que el proyectil termine impactando contra la escuela infantil en lugar de contra el depósito de municiones del enemigo.

Sin embargo, tan pronto como el autor haya dirigido específicamente el ataque contra un objetivo militar concreto, nos encontraremos fuera del ámbito de aplicación de los ataques contra personas o bienes civiles. Esto es así incluso en aquellos supuestos en que el autor es consciente de que personas o bienes civiles serán necesariamente alcanzados, o al menos es probable que sean alcanzados, de manera colateral por su ataque. En realidad, desde el momento en que el autor dirige específicamente su ataque contra un objetivo militar concreto nos encontramos dentro del ámbito de aplicación de la ecuación de proporcionalidad y por lo tanto no cabe aplicar los crímenes de atacar a personas o bienes civiles ya sea a título de dolo directo de segundo grado ya sea a título de dolo eventual. De esta manera, la licitud del ataque que tiene como propósito destruir un pequeño almacén de municiones que se encuentra en los bajos de un bloque de apartamentos ocupado por personas civiles que resultará, necesariamente, total o parcialmente destruido a raíz del ataque deberá analizarse a la luz de la ecuación de proporcionalidad. Igualmente, también habrá que analizar a la luz de la regla de proporcionalidad la licitud o ilicitud de dicho ataque si la destrucción total o parcial del bloque de apartamentos se presenta como una consecuencia probable, pero no necesaria, del ataque contra el pequeño almacén de municiones y el autor acepta internamente el hecho de que tal destrucción pueda producirse.

La interpretación aquí defendida de la expresión «intencionadamente» es acorde con el propósito de los negociadores de distinguir los ataques contra personas y bienes civiles de aquellos dirigidos contra objetivos militares que causan daños civiles colaterales manifiestamente excesivos. Además, evita que una interpretación excesivamente restrictiva del tipo subjetivo, como es aquella que requiere un dolo directo de primer grado, excluya a los ataques indiscriminados del ámbito de aplicación de los ataques contra personas o bienes civiles. De hecho esta exclusión, que en ningún caso fue pretendida por los negociadores del ER y de los EC, provocaría una auténtica paradoja ya que mientras los autores de ataques desproporcionados contra objetivos militares incurrirían en responsabilidad penal conforme al art. 8(2)(b)(iv) ER, los autores de ataques indiscriminados no incurrirían en ningún tipo de responsabilidad penal conforme al ER.

Cuestión distinta es la relativa a los supuestos en los que personas o bienes civiles se convierten en el objeto del ataque como conse-

cuencia del incumplimiento de las medidas de precaución requeridas por el art. 57(2) PA I, y particularmente la relativa a «hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos». En nuestra opinión, sólo podrán calificarse como un crimen de atacar a personas o bienes civiles los supuestos en los que como consecuencia del incumplimiento flagrante de las medidas de precaución arriba señaladas se pueda decir que el autor: (i) lanzó un ataque indiscriminado y que, por tanto, no estaba dirigido contra ningún objetivo militar concreto; y (ii) era consciente de que el proyectil lanzado acabaría necesariamente, o al menos probablemente, impactando sobre personas o bienes civiles en lugar de sobre objetivos militares - si bien en caso de mera probabilidad deberá haber aceptado también la eventualidad de que se produzca dicho resultado.

En cualquier otro supuesto en que por error se lance un ataque contra personas o bienes civiles pensando que se trataba de objetivos militares como consecuencia de no haber tomado todas las medidas de precaución exigidas por el art. 57(2) PA I, no habrá más remedio que aplicar la normativa sobre error de tipo prevista en el art. 32 ER. De acuerdo con esta normativa, todo error sobre las circunstancias fácticas que atribuyen a la persona o bien atacado la condición de civil - ya sea el error vencible o invencible, ya sea debido a la no adopción de todas las medidas de precaución requeridas por el art. 57(2) PAI o a cualquier otra causa - excluye el dolo del autor. En consecuencia, al no admitirse en el art. 8(2)(b)(i) y (ii) y (e)(i) ER la comisión imprudente de los ataques contra personas o bienes civiles, no cabrá sino afirmar que el autor no es penalmente responsable conforme al ER.

Sin embargo, esto no significa necesariamente que el autor no pueda ser considerado como penalmente responsable por el resultado lesivo causado por su ataque. Así, en nuestra opinión, en situaciones en las que el ataque en sí no resulte punible porque el autor creía que estaba atacando un objetivo militar concreto, si se demuestra que dicho ataque es ilícito desde la perspectiva del derecho internacional humanitario porque el error se produjo como consecuencia del incumplimiento con las medidas de precaución impuestas por el art. 57 (2) AP I, procederá analizar si el autor es o no penalmente responsable por los resultados lesivos producidos por el mismo puesto que, por ejemplo, se puede haber produci-

do un crimen de destrucción de bienes del adversario¹³². Se trataría, por tanto, de situaciones donde: (i) el ataque inicial, aunque no es punible conforme al ER, es ilícito conforme al PA I puesto que la naturaleza del bien atacado es en última instancia civil y el autor debió su error sobre el carácter civil en lugar de militar del bien objeto de su ataque a que no cumplió con todas las medidas de precaución que le eran exigibles de acuerdo con el art. 57(2) PA I.; (ii) la destrucción de los bienes del enemigo ha sido dolosa; (iii) el error en el carácter civil del bien atacado es irrelevante puesto que el crimen de destrucción de bienes del enemigo no distingue entre bienes de carácter civil y bienes de carácter militar; y (iv) el autor es penalmente responsable de los daños causados por su ataque a los bienes de las personas pertenecientes a la parte adversa si dicha destrucción no se encontraba justificada por las necesidades imperativas de la guerra.

Conviene subrayar a este respecto las importantes diferencias que en esta materia existen entre el ER y la jurisprudencia del TPIY. Así, conforme a la más reciente jurisprudencia del TPIY, el tipo subjetivo del crimen de atacar a la población o a personas civiles admite no sólo el dolo (directo de primer y segundo grado y eventual) sino que también admite la culpa consciente (*recklessness* subjetiva) y la imprudencia temeraria (*recklessness* objetiva), sobre la base de que el art. 85(3) PA I utiliza la expresión *wilful* que sería lo suficientemente amplia como para incluir no sólo el dolo sino también la categoría anglosajona de la *recklessness*¹³³. En consecuencia, incluso en aquellos supuestos en que el autor no ataca intencionadamente a civiles, el autor incurrirá en responsabilidad penal individual si debería haber conocido que la persona objeto de su ataque tenía la condición de civil. Con ello se castiga el incumplimiento por el autor de su deber objetivo de cuidado en cerciorarse que la persona objeto de su ataque no tenía la condición de civil. Lógicamente, en este contexto, el error sobre las circunstancias fácticas que atribuyen a la persona o bien atacado la condición de civil no excluye la responsabilidad penal del autor a no ser que se trate de un error invencible, es decir, a no ser que ni tan siquiera poniendo

¹³² Arts. 8(2)(b)(xiii) y (e)(xii) ER.

¹³³ Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, párrafos 54 y 55. Mientras que la más reciente Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Dubrovnik (párrafo 283) decidió que no era necesario pronunciarse sobre si los crímenes de atacar personas o bienes civiles admitía o no la comisión culposa (al menos la culpa consciente y la imprudencia temeraria) además de su comisión dolosa.

el cuidado que le era exigible hubiera podido el autor salir de su error¹³⁴.

Las diferencias entre el ER y la jurisprudencia del TPIY con respecto al elemento subjetivo requerido en relación con los ataques contra personas o bienes civiles están estrechamente relacionada con la distinta configuración de su tipo objetivo. Así, mientras el ER configura dichos crímenes como delitos de mera actividad, de manera que al no exigir ningún tipo de resultado lesivo derivado del ataque requiere un elemento subjetivo más exigente, la jurisprudencia del TPIY opera de manera opuesta en cuanto que requiere la producción de un resultado lesivo y la existencia de un vínculo causal al tiempo que admite la comisión imprudente (al menos en sus formas de culpa consciente e imprudencia temeraria).

En nuestra opinión, la opción adoptada por el ER define de manera más precisa la frontera entre los ataques contra personas y bienes civiles y los ataques contra objetivos militares que causan daños civiles colaterales manifiestamente excesivos. Sin embargo, existe quien ha criticado esta opción porque: (i) restringe innecesariamente el ámbito de aplicación de la infracción grave del PA I recogida en su art. 85(3)(a) PA I (que utiliza la expresión *wilful* para incluir no sólo el dolo sino también ciertas formas de

¹³⁴ En el incidente de fuego de francotiradores Núm. 8, la Mayoría de la Sala afirmó que consideraba probado que en el mes de Julio a las seis de la mañana había ya luz en Sarajevo. Sin embargo, dada la ausencia de indicaciones específicas con respecto al nivel exacto de luminosidad existente en el momento en que la víctima fue alcanzada, la Mayoría señaló que no podía excluir la posibilidad de que el autor no notara que la víctima era un mujer de mediana edad trasportando madera. Ahora bien, para la Mayoría, la ausencia de presencia militar en el área donde se encontraba la víctima al ser alcanzada (que consistía en un espacio abierto con solo tres casas en sus proximidades) debería haber advertido al autor del disparo sobre la necesidad de cerciorarse de que la persona atacada tenía la condición de militar antes de efectuar el disparo. En consecuencia, la Mayoría concluyó que la víctima había sido atacada sin tener en ninguna consideración la posibilidad de que se tratase de una persona civil (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, párrafos 522 y 523).

Por su parte, en el incidente de fuego de francotiradores Núm. 17, la Mayoría de la Sala entendió que la manera en la cual la víctima vestía cuando fue atacada (vestía una falda, una camiseta y un jersey) así como la actividad que desarrollaba en ese momento (volvía a casa con agua del pozo) indicaban con claridad el carácter civil de la víctima, a lo que hay que sumar la distancia del punto de impacto al frente de combate, la inexistencia de objetivos militares alrededor del punto de impacto y la ausencia de actividades de combate en sus inmediaciones. En consecuencia, la Sala señaló que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, el autor no debería haber ignorado la posibilidad de que la víctima tuviera la condición de civil. Por ello, la Mayoría concluyó que el disparo se produjo con la intención de alcanzar a la víctima en cuanto que persona civil o, al menos, siendo consciente del alto riesgo de que la persona objeto del ataque tuviera la condición de civil (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, párrafo 433).

comisión imprudente como la culpa consciente y la imprudencia temeraria); y (ii) abre la puerta a que la alegación de un error de tipo a resultas de la no adopción de las medidas de precaución obligatorias previstas en el art. 57(2) PA I excluya la responsabilidad penal del autor.

III.2.2. La aplicación por el autor de la regla de proporcionalidad sobre la base de los daños civiles colaterales y la ventaja militar concreta y directa de conjunto esperados por el propio autor

El art. 8(2)(b)(iv) ER define el elemento subjetivo del crimen de lanzar un ataque desproporcionado mediante el uso de las expresiones «intencionalmente» (referida al hecho de lanzar el ataque) y «a sabiendas» (referida a las pérdidas incidentales manifiestamente excesivas derivadas del ataque). Nos encontramos, por tanto, ante un nuevo caso en el que la definición del delito contiene un elemento subjetivo específico que hace inaplicable el elemento subjetivo general previsto en el art. 30 ER.

En cuanto a su contenido, lo primero que hay que señalar es que este tipo delictivo sólo es aplicable cuando el autor haya pretendido dirigir su ataque contra un objetivo militar concreto. Por lo tanto, en todos aquellos supuestos en que el autor no haya pretendido dirigir su ataque contra un objetivo militar concreto - ya se trate de ataques dirigidos contra personas o bienes civiles, ya se trate de ataques indiscriminados en los que no se distingue entre personas o bienes civiles y objetivos militares - nos encontramos en el ámbito de aplicación de los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles.

En segundo lugar, se exige que el autor al lanzar su ataque contra un objetivo militar sea consciente del alcance de los daños civiles colaterales («pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural») que su ataque necesariamente, o al menos probablemente (conocimiento del riesgo), causará¹³⁵. Esta exigencia no fue cuestionada durante la Conferencia de Roma¹³⁶ puesto que desde un principio las distintas delegaciones estuvieron de acuerdo en que la posible responsabilidad penal derivada de un ataque sólo puede analizarse sobre la base del cono-

¹³⁵ D. Pfirter, *Excessive Incidental Death, Injury or Damage*, en *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Coord.), 2001, pp. 147-150, pp. 149-150.

¹³⁶ *Ibid*, p. 150.

cimiento que el autor tiene de la situación en el momento en que decide lanzarlo y no sobre la base de las informaciones que puedan aparecer posteriormente¹³⁷. Además, este tipo de análisis había sido ya utilizado en el caso de los Rehenes tras la segunda guerra mundial, donde a pesar de que la Fiscalía alegó el carácter ilícito de la destrucción de un amplio sector de la provincia noruega de Finnmark mediante la práctica de tierra quemada seguida por las tropas alemanas para evitar que las fuerzas rusas pudieran perseguirlas mientras se retiraban de Noruega, el acusado Redulic fue absuelto. El tribunal justificó esta absolución porque, a pesar de que la información presentada durante el proceso indicaba que no existía un peligro real de persecución por parte de las tropas rusas, el acusado había llegado a la conclusión de que dicho peligro sí existía realmente tras analizar la información en su poder en el momento de poner en marcha la práctica de tierra quemada¹³⁸.

En consecuencia, la variable que debe incluirse en la columna de daños civiles colaterales a los efectos de aplicar posteriormente la ecuación de proporcionalidad es la representación que el autor se hizo en el momento de lanzar el ataque del alcance de los daños civiles colaterales que su ataque probablemente produciría. Esto es así incluso en aquellos casos en que la representación que se hizo el autor sobre los probables daños civiles colaterales derivados de su ataque fuese inferior al alcance real del riesgo que de su ataque se derivaba para las personas y los bienes civiles. Y esto con independencia de que el error del autor fuese causado por: (i) el incumplimiento de su obligación de, primero, verificar y luego, minimizar, en de la medida de lo posible, el alcance de los daños civiles colaterales derivados de su ataque¹³⁹; o (ii) no poner el cuidado exigible a una persona razonable - normalmente a un superior militar razonable puesto que la decisión de lanzar el ataque sólo se produce a un cierto nivel de la estructura de mando - en su misma situación a la hora de analizar la información obtenida.

De hecho, en estos casos nos encontraríamos con un error de tipo (error sobre el alcance real de los daños civiles colaterales que podría provocar el ataque) que eliminaría el dolo (elemento intencional del delito) y que haría que el ataque en sí no fuese punible. La única excepción estaría,

¹³⁷ W.J. Fenrick, *The Rule of Proportionality...*, p. 109.

¹³⁸ Ver, la Sentencia en el caso de los Rehenes (Hostage Case), *United States v. Wilhelm List et al.*, en *United States, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. XI, 1950, pp. 957 y ss, p. 1296.

¹³⁹ Art. 57(1) PA I.

en nuestra opinión, constituida por aquellos supuestos en los que el autor decide no tomar las medidas de precaución a las que le obliga el art. 57 PA I, o no analizar la información recibida sobre la extensión de los daños civiles colaterales que probablemente se derivarían del ataque, con la intención de evitar que un conocimiento más exacto del alcance real de dichos daños colaterales pudiera poner en entredicho el lanzamiento del ataque.

En tercer lugar, se exige que la variable que debe incluirse en la columna de ventaja militar a los efectos de aplicar posteriormente la ecuación de proporcionalidad sea la representación que el autor se hizo en el momento de lanzar el ataque de la ventaja militar concreta y directa de conjunto que el ataque probablemente le proporcionaría (ventaja militar esperada)¹⁴⁰. Esto es así incluso en aquellos casos en que la representación que se hizo el autor sobre la ventaja militar esperada fuese superior al alcance real de la ventaja militar que objetivamente se podía esperar de la consecución con éxito del ataque. Y esto con independencia de que el error del autor fuese causado por el incumplimiento de su obligación de verificar el carácter y naturaleza del objetivo atacado o por un análisis irrazonablemente optimista de la información obtenida al respecto. En estos supuestos, nos encontraríamos con un error de tipo (error sobre el alcance de la ventaja militar concreta y directa de conjunto que objetivamente se podía obtener de la destrucción, captura o neutralización del objetivo) que eliminaría el dolo y haría que el ataque en sí no fuese punible. En nuestra opinión, sólo en caso de que el autor hubiera decidido no adoptar las medidas de precaución obligatorias o no analizar la información obtenida a los efectos de evitar que un conocimiento más exacto del alcance real de la ventaja militar que se podía esperar del ataque pudiera poner en entredicho su lanzamiento, se podría considerar que el ataque es punible conforme al art. 8(2)(b)(iv) ER.

En cuarto lugar, surge la cuestión de si se exige que antes de lanzar el ataque el autor haya aplicado subjetivamente la ecuación de proporcionalidad y haya llegado a la conclusión de que la columna de los daños civiles colaterales es «manifiestamente excesiva» en relación con la columna de la ventaja militar concreta y directa de conjunto esperada. O, si por el contrario, la conclusión del autor al aplicar la regla de proporcionalidad es

¹⁴⁰ Como la nota 36 de los EC recoge expresamente «la expresión ‘expresión ventaja militar concreta y directa de conjunto’ se refiere a una ventaja militar que fuera previsible por el autor en el momento correspondiente». Ver a este respecto, D. Pfirter, *Excessive Incidental...*, p. 150.

irrelevante y, por lo tanto, deberá ser la Sala competente de la Corte quien determine el carácter manifiestamente excesivo o no de los daños civiles colaterales previstos por el autor en el momento del ataque en relación con la ventaja militar esperada por el mismo.

Esta constituyó, sin duda, la cuestión más controvertida en la definición de los ataques desproporcionados en el art. 8(2)(b)(iv) ER y en la posterior determinación de sus elementos¹⁴¹. Así, los países de la OTAN consideraban que sólo debían tipificarse en el ER aquellos ataques lanzados por el autor tras haber llegado a la conclusión de que los daños civiles colaterales que se podían prever eran manifiestamente excesivos¹⁴². De esta manera, sólo se podría condenar al autor cuando se pudiera probar más allá de toda duda razonable que el propio autor, tras haber aplicado la ecuación de proporcionalidad, había llegado a la conclusión de que los daños civiles colaterales que probablemente se derivarían de su ataque eran manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar que él mismo esperaba de dicho ataque. Por su parte, el resto de delegaciones defendían que debían tipificarse en el ER todos aquellos ataques en los que las consecuencias civiles colaterales previstas por el autor fuesen objetivamente «manifiestamente excesivas» en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto esperada por el propio autor¹⁴³.

Esta disputa se encontraba estrechamente relacionada con aquélla relativa a la conveniencia de que la persona que tiene la última palabra sobre la aplicación efectiva de la ecuación de proporcionalidad tenga la condición de militar o de civil. Así, en principio no había grandes desacuerdos sobre el hecho de que el estándar a utilizar a la hora de aplicar la ecuación de proporcionalidad - es decir al determinar el carácter manifiestamente excesivo o no de la variable recogida en la columna de daños civiles colaterales previstos en comparación con la recogida en la columna de ventaja militar concreta y directa de conjunto esperada - debería ser aquel del «superior militar razonable» puesto que normalmente la decisión de lanzar el ataque sólo se produce a un cierto nivel de la estructura de mando. De hecho, la utilización de este estándar evitaría controversias en la aplicación de la regla de proporcionalidad puesto que en la gran mayoría de los casos superiores militares razonables estarían de acuerdo en el carácter manifiestamente excesivo o no de los daños civiles colaterales que se prevé se derivarían de un ataque¹⁴⁴. Además, si en algo han estado normalmente de

¹⁴¹ K. Dörmann, *Elements of War Crimes*, p. 165.

¹⁴² D. Pforter, *Excessive Incidental...*, p. 150.

¹⁴³ *Ibid*, p. 150.

¹⁴⁴ W.J. Fenrick, *Attacking the Enemy...*, p. 546.

acuerdo comentaristas militares¹⁴⁵, profesores de derecho internacional humanitario¹⁴⁶, organizaciones como Human Rights Watch¹⁴⁷ y el propio CICR¹⁴⁸ es que el estándar del superior militar razonable es el más adecuado para la aplicación de la ecuación de proporcionalidad. El problema es que algunos se preguntaban qué tipo de entrenamiento sería necesario para que jueces civiles tuvieran la competencia de un superior militar razonable al aplicar la regla de proporcionalidad¹⁴⁹. Mientras que otros apuntaban la necesidad de definir de una manera más asequible para quienes no tienen un entrenamiento militar nociones como la de superior militar razonable a los efectos de facilitar la aplicación de la ecuación de proporcionalidad.¹⁵⁰

En nuestra opinión, la definición del art. 8(2)(b)(iv) ER no es completamente clara respecto a si la expresión «a sabiendas» califica únicamente el hecho de que se producirán daños civiles colaterales a resultas del ataque, o si califica también el hecho de que dichos daños serán manifiestamente excesivos. Sin embargo, la nota al pie 37 de los elementos de los crímenes parece despejar estas dudas al señalar que «a diferencia de la regla general que se enuncia en el párrafo 4 de la introducción general, este elemento de conocimiento exige que el autor haga el juicio de valor indicado en ella». Esta interpretación es además avalada por el mandato contenido en el art. 22(2) ER de interpretar restrictivamente las definiciones de los delitos y de interpretar de la manera más favorable al reo cualquier ambigüedad que pudiera suscitarse por la referencia en la misma nota 37 de los

¹⁴⁵ Ver entre otros, Major J. E. Parkerson, Jr., *United States Compliance with Humanitarian Law respecting Civilians during Operation Just Cause*, en *Military Law Review*, Vol. 133, pp. 31 y ss, 1991, p. 61; y W. H. Parks, *The Protection of Civilians...*, p. 86.

¹⁴⁶ Así, S. Oeter, *Methods and Means...*, p. 180 ha afirmado que «one should not exaggerate demands for exact detail in such a rule. What is required is no more than a sincere effort to cope with the problem of collateral damage, and a proper application of common sense».

¹⁴⁷ En este sentido Human Rights Watch, *Needless Deaths...*, p. 46, ha afirmado que «compliance with the rule of proportionality depends on the subjective judgment of military commanders in specific situations».

¹⁴⁸ Para Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord.), *Commentary...*, pp. 683-684: «Even if this system is based to some extent on a subjective evaluation, the interpretation must above all be a question of common sense and good faith for military commanders».

¹⁴⁹ Brigadier-General C. Dunlap, *Comment en Legal and Ethical...*, A. Wall (Coord.), p. 211. En este mismo sentido, L. Green, *Comment en Legal and Ethical...*, A. Wall (Coord.), pp. 211-212.

¹⁵⁰ M.Bothe, *The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia: Comments on the Report to the Prosecutor of the ICTY*, en *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, pp. 531 y ss, p. 535.

EC a que «la evaluación del juicio de valor debe fundarse en la información necesaria que hubiera tenido el autor en el momento del acto».

En consecuencia, aunque objetivamente se pueda afirmar lo contrario, si el autor considera erróneamente que los daños civiles colaterales que él prevé pueden derivarse del ataque no son manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que él espera obtener del mismo, nos encontraremos con un error de tipo que excluye el dolo y, por lo tanto, al no castigarse la comisión imprudente, el ataque no será punible. Cuestión distinta es que, desde una perspectiva estrictamente probatoria, en aquellos supuestos en que el carácter manifiestamente excesivo de los daños civiles colaterales previstos es tan obvio que ningún superior militar razonable en la misma posición del autor hubiera afirmado lo contrario, se pueda concluir que el autor, a pesar del error alegado, era consciente del carácter manifiestamente excesivo de los daños colaterales que él mismo esperaba causar con el ataque.

En quinto lugar, la expresión «lanzar un ataque intencionalmente» no hace sino subrayar que únicamente cabe la comisión dolosa del crimen de lanzar un ataque desproporcionado que tendrá lugar en cualquiera de los tres casos siguientes: (i) el autor decide lanzar un ataque contra un objetivo militar concreto con la pretensión específica de causar daños civiles colaterales manifiestamente excesivos (dolo directo de primer grado); (ii) el autor decide lanzar un ataque contra un objetivo militar concreto a sabiendas de que dicho ataque producirá necesariamente daños civiles colaterales manifiestamente excesivos (dolo directo de segundo grado); y (iii) el autor decide lanzar un ataque contra un objetivo militar concreto a sabiendas de la probabilidad de que el mismo cause daños civiles colaterales manifiestamente excesivos y aceptando internamente que tal eventualidad se produzca (dolo eventual).

Ahora bien, el hecho de que un ataque en sí mismo considerado no sea punible conforme al ER - lo que en nuestra opinión es la consecuencia de que los ataques desproporcionados se configuren en el ER como un delito de mera actividad que sólo admite la comisión dolosa - no significa que las muertes, lesiones o daños que produzca no sean tampoco punibles. Por el contrario, siempre y cuando el ataque en sí mismo considerado pueda ser calificado como ilícito a la luz de la normativa que desarrolla el principio de distinción en los Protocolos Adicionales, podrá procederse al análisis de si los resultados derivados del mismo dan lugar a responsabilidad penal conforme a otros tipos penales recogidos en el ER. De esta manera, si como resultado del incumplimiento por el autor de su obligación de verificar en la medida de lo

posible el alcance de los daños civiles colaterales que puedan derivarse de su ataque¹⁵¹, el autor se representa erróneamente que la extensión de dichos daños colaterales es sustancialmente inferior a su alcance real, y en consecuencia acaba llegando a la conclusión errónea de que tales daños no serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que espera obtener del ataque, la Corte tendrá que proceder a analizar si los daños efectivamente provocados por dicho ataque - que es ilícito a la luz de los art. 51(5)(b) y 57(2) PA I - pueden ser, por ejemplo, constitutivos de un crimen de destrucción de bienes del enemigo no justificada por las necesidades imperativas de la guerra¹⁵². En consecuencia, es perfectamente posible que la Corte tenga que absolver al autor del crimen de ataque desproporcionado al tiempo que lo condene por un delito de destrucción de bienes del enemigo.

La posibilidad de que se pueda llegar a una situación como la que acabamos de describir es consecuencia de que los ataques desproporcionados se configura en el ER, a diferencia de lo que ocurre en la jurisprudencia del TPIY, como un delito de mera actividad que sólo admite la comisión dolosa. Así, parece bastante más complicado que se pueda llegar a la situación arriba descrita en un sistema como el establecido por la jurisprudencia del TPIY donde los daños civiles colaterales efectivamente ocasionados por un ataque son tratados como un elemento de prueba de la existencia de un ataque dirigido contra personas o bienes civiles. Además, como veíamos en la sección anterior, la jurisprudencia del TPIY admite la comisión imprudente - al menos en sus manifestaciones de culpa consciente (*subjective recklessness*) y de imprudencia temeraria (*objective recklessness*) - de los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles, y, en consecuencia, el error de tipo vencible no excluye necesariamente la responsabilidad penal del autor¹⁵³.

Así, en el ejemplo arriba analizado, el TPIY utilizará el hecho de que el ataque, a pesar de que en un principio parezca haberse dirigido contra un objetivo militar concreto (el pequeño almacén de municiones), haya terminado produciendo excesivos daños civiles colaterales (la destrucción del bloque de apartamentos en cuyos bajos se encontraba el almacén) como un

¹⁵¹ Art. 57(2) PA I.

¹⁵² Art. 8(2)(b)(xiii) y (e)(xii) ER.

¹⁵³ Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, párrafo 59.

elemento de prueba de que el ataque se dirigió en realidad contra bienes o personas civiles.

Además, en el caso de que el autor hubiere incurrido en un error de valoración de los daños civiles colaterales a resultas de la no adopción de las medidas de precaución que le impone el art. 57(2) PA I, cabría imputarle un crimen de ataque contra personas o bienes civiles a título de imprudencia temeraria (*objective recklessness*) puesto que un superior militar razonable en su misma situación se hubiera cerciorado en la medida de lo posible del alcance de los daños civiles colaterales que pudieran derivarse del ataque mediante la adopción de las medidas de precaución que le impone en el art. 57(2) PA I.

En cualquier caso, es importante señalar que el elemento subjetivo del tipo previsto en el art. 8(2)(b)(iv) ER es sin duda más exigente que el estándar «cuando sea de prever» que un ataque causará daños civiles colaterales «que serían excesivos» utilizado en los arts. 51(5)(b), 57(2)(a) (iii) y 85(3)(b)¹⁵⁴ PA I, puesto que este último estándar parece aceptar la comisión imprudente a resultas de que el autor no cumplió con el deber objetivo de cuidado en la obtención y análisis de la información disponible antes del lanzamiento del ataque. Así, como bien ha sido señalado, el estándar recogido en el PA I se refiere a la información que el autor tenía objetivamente disponible y no solamente aquélla que se encontraba en su poder¹⁵⁵. Este estándar parece haber sido adoptado en la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic donde se señala que para que un ataque desproporcionado pueda dar lugar a responsabilidad penal - aunque, como hemos visto, para ello tenga que ser previamente calificado como un ataque dirigido contra personas o bienes civiles - es necesario que la Fiscalía pruebe que el ataque fue lanzado con el conocimiento de las circunstancias de las que cabía esperar que los daños civiles colaterales serían excesivos¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Esta última disposición tras utilizar la fórmula «a sabiendas» se remite expresamente al art. 57(2)(iii) PA I.

¹⁵⁵ Esta fórmula aparece perfectamente recogida en la declaración interpretativa realizada por el gobierno de Canadá en relación con el PA I: «Military commanders and others responsible for planning, deciding upon or executing attacks have to reach decisions on the basis of their assessment of the information reasonably available to them at the relevant time and that such decisions cannot be judged on the basis of information which has subsequently come to light». Ver, A. Roberts/R. Guelff, *Documents on the Laws of War*, Tercera Edición, 2000, p. 502.

¹⁵⁶ Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, párrafo 59.

IV. CONCLUSIÓN

Las vicisitudes relativas al tratamiento en el ER del tipo objetivo y subjetivo del delito de lanzar un ataque desproporcionado y, en particular, las consecuencias de su configuración - a diferencia de lo establecido en la jurisprudencia del TPIY - como un delito de mera actividad, constituirán muy pronto a buen seguro materia de litigio ante la Corte. En este sentido, no se puede olvidar que en el marco del primer caso ante la Corte – que afecta al líder del llamado Movimiento de Resistencia del Señor (Joseph Kony) y a otros cuatro integrantes de dicho movimiento por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos en la situación de crisis producida en el norte de Uganda a partir del 1 de julio de 2002¹⁵⁷- se ha imputado ya el delito de lanzar un ataque dirigido contra la población civil residente en un campo de desplazados internos en el norte de Uganda¹⁵⁸. De esta manera es de esperar que una de las primeras actuaciones de la Corte se centre en la delimitación de la frontera entre los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles y los ataques desproporcionados que, en cuanto que dirigidos contra una objetivo militar concreto, son perfectamente distinguibles de los primeros y se encuentran tipificados de manera autónoma en el art. 8(2)(b)(iv) ER.

¹⁵⁷ Ver las órdenes de arresto emitidas contra Joseph Kony, y cuatro de sus comandantes.

¹⁵⁸ *Idem*.

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN SANITARIA. ESPECIAL REFERENCIA AL
REGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS
FUERZAS ARMADAS**

Isabel Maria Romero Lucas
Capitán Auditor

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA. II. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. III. CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. IV. REGULACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ESPECIAL REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. IV.I. PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. V. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SANITARIA. VI. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO DE LA ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA POR EL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS. VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La Constitución, como Norma Fundamental consagra, en su artículo 9.3, entre otros, los principios de legalidad y el de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Dichos principios con-

figuran la garantía de la posición jurídica de los particulares frente a la actuación de los poderes públicos.

Efectivamente, junto al principio de legalidad, en virtud del cuál, la actuación de la Administración por su trascendencia en la esfera jurídica de los administrados, debe ajustarse en todo momento a lo dispuesto en la ley, aparece estrechamente ligado el principio de responsabilidad de los poderes públicos y el de interdicción de la arbitrariedad, que determinan que el incumplimiento de los poderes públicos de la obligación de actuar conforme a la Constitución y las leyes, debe comportar necesariamente una reacción del ordenamiento jurídico, ya sea de tipo sancionatorio, con respecto a las personas responsables, ya sea de carácter indemnizatorio, en beneficio de los ciudadanos que hayan resultado perjudicados por tal actuación administrativa.

La responsabilidad patrimonial se basa, por tanto, en la formulación de un principio de resarcimiento que se concibe jurídicamente como una garantía de los patrimonios privados frente a las cualquier sacrificio o lesión inferida con ocasión o como consecuencia de la actuación de los poderes públicos.

Sin embargo, la formulación de un principio de resarcimiento por los daños ocasionados a los particulares como consecuencia de la actuación administrativa, no ha resultado tarea fácil, ni en nuestro ordenamiento jurídico, ni en el Derecho comparado, siendo fruto de una larga y tortuosa evolución legislativa, cuyo término sólo ha podido vislumbrarse bien entrado el siglo XX.

Por ello, sin ánimo de efectuar un exhaustivo análisis de dicho proceso evolutivo, comenzaremos destacando los momentos más significativos de su afirmación histórica, para comprender el sentido y alcance de esta Institución.

Posteriormente, analizaremos la configuración constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los presupuestos de orden material o sustantivo de esta institución, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, con especial referencia a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, y la cuestión ampliamente controvertida del fuero procesal competente para conocer de las reclamaciones en esta materia.

Por último nos referiremos a las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial planteadas con ocasión de la asistencia sanitaria prestada en el Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La afirmación de una responsabilidad patrimonial de los poderes públicos por los daños ocasionados por sus agentes, pugnaba frontalmente con la tradición, que a través de una combinación de la «potestas» imperial romana y de la concepción teocrática del poder del monarca, característica de la Edad Media, encontró su expresión clásica en el principio formulado por los juristas ingleses, pero común a todo Occidente, según el cual «the king can do no wrong» (el rey no puede cometer actos ilícitos)¹.

En consecuencia, la víctima únicamente podía exigir la responsabilidad del propio funcionario autor del daño, conforme a las normas generales, sin perjuicio de que el Estado pudiese compensar a la víctima de forma graciable, por lo que el clima general era el de absoluta irresponsabilidad administrativa.

La irresponsabilidad patrimonial del poder perduró en los primeros tiempos del Estado liberal. Posteriormente, sin embargo, se reconoció la responsabilidad del Estado frente a los particulares pero basada únicamente en la defensa de la propiedad privada, mediante el instituto de la expropiación.

Al igual que otros ordenamientos jurídicos, en el derecho español contrastaba la relativamente satisfactoria protección formal de las garantías expropiatorias, con la falta de garantías específicas frente a cualquier otras actuaciones de las Administraciones Públicas que produjesen daños a los particulares.

En nuestro ordenamiento, el reconocimiento de una responsabilidad directa de la Administración por los daños ocasionados a los administrados en todos los ámbitos de su actuación administrativa, es relativamente tardío. Hasta la década de los cincuenta del siglo XX, sólo existieron disposiciones legales específicas que imponían el deber del Estado de indemnizar los daños imputables a sus servicios. No obstante, el clima general era el de irresponsabilidad, y ello pese a que, como afirma García de Entoría, y Tomás-Ramón Fernández (Curso de Derecho Administrativo II), el juego combinado de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil de 1889, hubieran permitido atribuir responsabilidad al Estado por actos propios, cuando obraba a través de funcionario, y por hechos de tercero, cuando obraba por medio de «agente especial», sin embargo, prevaleció la opinión

¹ García de Entoría y Tomás-Ramón Fernández: «Curso de Derecho Administrativo II».

de que la responsabilidad del Estado se limitaba a este último supuesto, lo que derivaba de hecho en irresponsabilidad.

Ante esta situación, la doctrina reivindicaba el reconocimiento legal expreso del principio de responsabilidad de la Administración.

El proceso se iniciará con la Constitución republicana de 1931 en la que, por vez primera, se dio rango constitucional al instituto resarcitorio afirmando la responsabilidad subsidiaria del Estado o Corporación a quien sirviera «el funcionario público (que) en el ejercicio de su cargo infringe sus deberes con perjuicio de tercero»; si bien se trata de la formulación de un principio de responsabilidad de los entes públicos, en estado muy embrionario, dado que se configuraba con carácter subsidiario, esto es, en defecto de la exigencia de responsabilidad al funcionario causante del daño y era netamente subjetiva, ya que su exigencia se hacía depender del incumplimiento o infracción por el funcionario de los deberes propios del puesto².

El siguiente paso vino de la mano de la Ley de Régimen Local de 1950, cuyo artículo 46 contempló no sólo la responsabilidad «subsidiaria» (por culpa o negligencia grave imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes), sino también la responsabilidad «directa» cuando los daños hubiesen sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o el ejercicio de la atribuciones de la Corporación Local, sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes.

El Consejo de Estado destacó en esos años las dificultades legales existentes para fundamentar una responsabilidad directa de la Administración frente a los administrados, haciendo referencia al «deficiente tratamiento normativo en orden a la responsabilidad de la Administración» (Dictámenes nº 20813 de 21-02-1957 y 23898 de 18-12-1958), al cual vino a poner remedio la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 que estableció con carácter general y por vez primera, la responsabilidad objetiva y directa de la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos, disponiendo en su artículo 121: «Dará también lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

Sin embargo, dicho principio, pese a la extraordinaria amplitud de su formulación, tenía una limitación material al referirse únicamente a «los bienes y derechos a que esta Ley se refiere», de lo que podía deducirse la

² D. Alfredo Dagnino Guerra: «La responsabilidad patrimonial del Estado y de la Administración Pública: evolución legislativa y perspectivas constitucionales».

exclusión de la indemnización de los daños corporales y morales, al no tener el carácter de expropiables por la Administración.

Esta última limitación quedará corregida, primero por el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, cuyo artículo 133 declaró explícitamente que «*dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos, siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente*», y después por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1956 que formulaba la cláusula general de cobertura patrimonial de los administrados, en los siguientes términos: «*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.*»

Sobre esta fórmula legal se constituye todo el sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración, trastocando el orden de imputación de la responsabilidad, convirtiendo en directa la de la Administración, y lo que es más importante, desvinculando la imputación de la responsabilidad de la concurrencia de culpa o negligencia en el actuar de los poderes públicos³.

Algunos años después, la Constitución de 1978 asumió este planteamiento elevándolo a rango constitucional en su artículo 106.2.

II. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En nuestro sistema constitucional, la responsabilidad de la Administración tiene una triple dimensión, siendo a la vez, principio fundamental, derecho constitucional y valor constitucional⁴.

1.—En primer término es un principio fundamental que inspira la actuación de los poderes públicos y es una garantía subjetiva del administrado ante dichos poderes, al consagrarlo en el art. 9.3 en el Título Preli-

³ Garrido Falla: «La Administración Pública después de la Constitución», en Libro Homenaje a Villar Palasí. Madrid. 1989.

⁴ Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer: «Las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», Sevilla, 1999.

minar, junto con los principios de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

2.—Por otro lado, la garantía constitucional del principio de responsabilidad patrimonial administrativa, se refuerza al configurarse como «derecho constitucional», de los administrados, como hace, pese a su ubicación sistemática, el art. 106.2 de la Norma Fundamental, al señalar:

«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran, en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Este reconocimiento constitucional de un derecho de resarcimiento de daños a cargo del Estado se corresponde y complementa con la previsión contenida en el art. 33.3 de la CE que impone el deber de resarcimiento por la privación de bienes, derechos o intereses patrimoniales legítimos a consecuencia de su expropiación forzosa, si bien, la responsabilidad administrativa tiene un alcance más general y comprensivo que la indemnización expropiatoria. Efectivamente, el art. 106.2 consagra en términos amplios la responsabilidad de la Administración como sistema de protección de los particulares frente a cualquier actuación dañosa proveniente de los poderes públicos, en virtud del cual, se le confiere el derecho a reclamar frente a las insuficiencias y defectos de la gestión administrativa.

Tal configuración del principio de responsabilidad responde a la concepción constitucional de la Administración Pública al servicio de la ciudadanía, la cual, en virtud del art. 103.1 de la CE ha de servir «*con objetividad los intereses generales*», y se encuentra íntimamente ligado con el principio de legalidad de la actuación administrativa que le impone la obligación de actuar siempre con «*sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*». En este sentido, hemos de afirmar que para sujetar al poder público al imperio de la ley, no bastan los controles judiciales de legalidad, ni tampoco los controles extrajudiciales de naturaleza política y social. Es preciso, además que la Administración indemnice y repare los daños que sus actividades causen a los particulares⁵, de modo que esa responsabilidad se encuentra también al servicio del principio de legalidad y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

⁵ Leguina Villa: «El fundamento de la responsabilidad de la Administración»

3.—Por último, la garantía constitucional del principio de responsabilidad se configura como «un valor constitucional» que se relaciona directamente con las ideas de justicia, e igualdad (art. 1.1 de CE), como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 10-02-98 «la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado adquiere relevancia constitucional en los art. 9 y 106.2 de la Constitución como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la justicia, pilar del Estado de Derecho, Social y Democrático (art. 1 de la CE)».

De este modo, la responsabilidad administrativa encuentra su fundamento en las amplias funciones que la Administración cumple en el Estado Social, actuando a favor de la comunidad y que se conecta con la idea de que el daño causado por el funcionamiento de un servicio público debe correr a cargo de la colectividad en interés de la cual el servicio se ha establecido, de modo que la igualdad entre todos no se altere haciendo efectivo el principio de reparto equitativo de las cargas públicas.

La responsabilidad patrimonial se fundamenta, así, en el principio de solidaridad que resulta del Estado Social y de Derecho, y que tiende a lograr el aseguramiento colectivo frente a todo daño que pueda resultar de la actividad de la Administración.⁶

Desde esta perspectiva, la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura también como un instrumento para asegurar un servicio público eficaz, y sobre todo, sirve para reaccionar frente a sus defectos y anomalías.⁷

III . CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Partiendo de la configuración constitucional del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, la doctrina coincide al señalar los caracteres de la misma, definiéndola como una responsabilidad de carácter general, directo y objetivo.

1.—En primer lugar, la responsabilidad patrimonial de la Administración, es general, tanto desde un punto de vista subjetivo, esto es, su régimen jurídico es común a todas las Administraciones Públicas, como desde una perspectiva objetiva, puesto que se refiere tanto a las relaciones en las

⁶ José Guerrero Zaplana. «La responsabilidad patrimonial de la Administración. Especial referencia a la administración sanitaria». LA LEY, 2000

⁷ Alfredo Dagnino Guerra .ob. citada

que ésta actúa, en régimen de derecho público, como en las de derecho privado⁸.

2.—En segundo lugar, es una responsabilidad directa, y no meramente subsidiaria como ocurrió en tiempos pasados, de modo que no opera sólo cuando no exista otro responsable, lo que constituye una garantía del particular que protege también a la autoridad o funcionario, al desvincularlo de la necesidad de que se declare previamente la responsabilidad del funcionario que ha ocasionado el daño, (Memoria del Consejo de Estado del año 1998, pág. 89). Ello implica que la Administración es directamente responsable de los daños ocasionados a particulares como consecuencia del actuar de sus agentes o personal, ello sin perjuicio de la acción de regreso que pueda corresponderle⁹

3.—Y por último, es una responsabilidad de carácter objetivo¹⁰. El fundamento del carácter objetivo de la responsabilidad administrativa deriva, en opinión de la doctrina científica, de la consideración de que el instituto resarcitorio no tiene por fin reprochar la ineficacia del actuar administrativo, sino en la necesidad de proteger íntegramente la esfera jurídica de los administrados frente a la actuación de las Administraciones Públicas.

Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo (sentencias 28-02-1995, 31-01-96, 8-02-99, entre otras), al declarar que la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa deriva del art. 106.1 de la Constitución, en la medida de que dicho precepto, al no limitar el derecho de indemnización a los supuestos de daños causados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos y extenderlo también a los ocasionados por su funcionamiento normal, somete a la Administración Pública a un régimen de responsabilidad patrimonial objetiva, en el que no es necesario que concurra culpa en el actuar administrativo para que nazca el derecho a la indemnización, al contrario de lo que sucede en el Derecho Civil, donde se requiere la concurrencia ya sea de dolo, ya sea de culpa o negligencia, para que surja la responsabilidad extracontractual (art. 1902 del Código Civil) (Dictamen del Consejo de Estado N° 5256/97, de 22-01-98). Por su parte la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 18-11-99 ha dado una definición del carácter objetivo de la res-

⁸ Ramón Vázquez del Rey Villanueva: «La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria». Boletín del Ilmo. Colegio de Abogados de Madrid. N° 24, enero 2003

⁹ Sentencias del T. Supremo 30-07-91, 15-03-95, 11-03-96, 14-07-96, 16-12-99, entre otras.

¹⁰ Sentencias Tribunal Supremo 24-01-97, 9-03-98, 11-05

pensabilidad patrimonial de la Administración señalando que: «*La nota esencial del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración es su carácter objetivo, vinculado exclusivamente al funcionamiento de los servicios públicos, incluso en condiciones de normalidad de tal suerte que la obligación de indemnizar el daño surge con total independencia de la valoración reprobable de la conducta que lo pudiera haber causado y su antijuridicidad o ilicitud*»; se produce por la mera existencia, en el particular lesionado, «*del deber Jurídico de soportarlo con arreglo a la Ley –art. 141.1 de la Ley 30/1992*».

Sin embargo, este carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial entraña el peligro, advertido en repetidas ocasiones por el Consejo de Estado¹¹ de que la responsabilidad administrativa en un sector como el sanitario en el que por su propia naturaleza, rara vez se producen daños, pueda constituirse en una especie de aseguramiento universal, que desnaturalizaría la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

IV. REGULACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ESPECIAL REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

El derecho al resarcimiento por los daños causados por la Administración Pública en el ámbito de su actuación administrativa, es un derecho de «configuración legal» (Sentencia del Tribunal Supremo de 5-02-1996), ya que la Constitución encomienda al legislador la definición del marco jurídico de la responsabilidad administrativa en cuanto sistema legal de las Administraciones Públicas.

En ejecución de dicho mandato se promulgó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común, cuyo Título X se dedica a la regulación de esta materia, en concreto su Capítulo I sobre la «Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública» (arts. 139 a 144), habiendo sido objeto de importante reforma por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que afectó al título X de aquella, y que consagra la unificación del régimen sustantivo y procesal de la responsabilidad patrimonial de la Administra-

¹¹ Dictámenes del Consejo de estado núm. 1998/99, de 22-07-99, núm. 2894/99 de 14-10-99, núm. 3754/00 de 01-02-01, entre otros muchos.

ción y la efectividad del sistema de exigencia de responsabilidad a las autoridades y funcionarios.

Dicha regulación básica, fue completada por el Reglamento de Procedimientos administrativos en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que regula los procedimientos para la efectiva exigencia de dicha responsabilidad.

A continuación pasaremos a analizar, dentro de este marco legal, los requisitos o presupuestos materiales o sustantivos que, a la luz de la jurisprudencia y de las aportaciones efectuadas por la doctrina científica y la doctrina legal del Consejo de Estado, son necesarios para la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

IV.I. PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA:

Para la determinación de los presupuestos sustantivos necesarios para la exigencia de responsabilidad frente a la Administración sanitaria, es preciso partir de lo dispuesto en la Ley 30/1992, y, en concreto, en su art. 139.1 que dispone:

«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas».

Del precepto transcrito, la jurisprudencia¹² ha inferido que los presupuestos para que concurra la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, son, resumidamente, los siguientes

- a) Que se haya producido un daño o perjuicio antijurídico, real, efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

¹² Sentencias T. Supremo de 10-02-98, 15-10-99 y 20-07-99, entre muchas.

- b) Que el daño o lesión patrimonial ha de ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
- c) Que exista una relación de causalidad entre la lesión y el agente que la produce.
- d) Que no concurra fuerza mayor.

El principio fundamental que se extrae de la enumeración de dichos requisitos es la total desvinculación de dicha responsabilidad con la existencia de dolo o culpa, lo que hace de la responsabilidad de la administración un sistema de responsabilidad objetiva, en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararlo con que se haya producido un daño efectivo y evaluable económicamente e individualizado.

A) DAÑO ANTIJURÍDICO, REAL, EFECTIVO, EVALUABLE, ECONÓMICAMENTE E INDIVIDUALIZADO:

a) *Daño antijurídico:*

La conclusión fundamental de la nota de objetividad, es que el daño producido por el funcionamiento del servicio público debe ser antijurídico, y lo será en los casos en los que el riesgo inherente a la utilización de dichos servicios públicos haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social.

Debe tratarse, por tanto, de un daño o lesión que el perjudicado «*no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*» (art. 141.1 de la Ley 30/92).

En otros términos, el daño sufrido se considera «antijurídico», cuando no exista un título jurídico en virtud del cual, el perjudicado esté obligado a tener que soportar las consecuencias lesivas derivadas de la actuación administrativa¹³.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10-10-1997 dice que:

«El punto clave para la exigencia de responsabilidad no está en la condición normal o anormal del actuar administrativo, sino en la

¹³ García de Enterría y J. Ramón Fernández: Curso de Derecho Administrativo II, pág. 366 y 367)

lesión antijurídica sufrida por el afectado y que éste no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga»

La falta del elemento de la antijuridicidad hace que se considere que no existe responsabilidad patrimonial en aquellos supuestos en los que se sufren daños que son inherentes a operaciones quirúrgicas de alto riesgo, en las que nunca está asegurado un resultado positivo, o en supuestos de vacunaciones obligatorias.

El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso administrativa para determinar la existencia o no de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, es el de la «lex artis ad hoc», y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto¹⁴.

La existencia de este criterio se funda en el principio básico sustentado por la Jurisprudencia de que la obligación del profesional de la medicina, es de medios, no de resultados, en el sentido de que debe prestar, dentro de su libertad terapéutica, al paciente, el cuidado correspondiente a su enfermedad, y ello por la propia naturaleza de la medicina que, lejos de ser una ciencia exacta, está sometida a eventualidades y contingencias que no permiten asegurar el éxito del acto médico practicado (Dictamen del Consejo de Estado núm. 2108/95, de 5 de octubre de 1995 y núm. 3754/00, de 1 de febrero de 2001).

Esta obligación de medios o de actividad del profesional sanitario se descompone en tres obligaciones:

- 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del profesional en el lugar y en el momento en que se produce la asistencia.
- 2) Informar al paciente del diagnóstico, pronóstico, medios de curación y riesgos previsibles.
- 3) Continuar el tratamiento hasta que sea posible dar el alta, informando de los posibles riesgos del abandono voluntario del tratamiento.

¹⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 10-11-94, 11 y 25-02-95, 13-12-97, 10-02-98 y 11-05-99, entre otras.

Por tanto, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física. En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la *lex artis*, habrá de valorarse las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado, valorando criterios como, la preparación y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión, las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etc.). En general, pues, la infracción de estas reglas de la «*lex artis*» se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en las que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación¹⁵.

Por lo tanto, el criterio de la «*lex artis*» es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (*lex artis*).

Este criterio es fundamental a fin de evitar la excesiva objetivización de la responsabilidad, exigiendo no sólo que se haya producido una lesión efectiva sino que se demuestre la infracción del criterio de normalidad representado por la «*lex artis*».

El Tribunal Supremo en sentencia de 9 de marzo de 1998 utiliza el criterio de la «*lex artis*» y entiende que surge la responsabilidad «cuando no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario»; reproduce en este sentido el criterio de otras muchas sentencias como las de fecha 11 de febrero de 1991 o 27 de noviembre de 1993.

Si bien, hemos de significar que el criterio de la «*lex artis*», no sólo sirve para justificar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que es utilizado por la jurisprudencia también en muchas ocasiones en sentido contrario, es decir, para justificar que no existe responsabilidad patrimonial, pues, aún habiéndose producido un resultado dañoso no se ha llegado a acreditar que fuera consecuencia de la

¹⁵ José Guerrero Zaplana: «La responsabilidad patrimonial de la Administración. Especial referencia a la Administración sanitaria». La Ley 2000-7

asistencia sanitaria recibida. En este sentido podemos citar la sentencia dictada por Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 21-11-02, que en relación con una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Ministerio de Defensa (ISFAS), por el fallecimiento de una beneficiaria, supuestamente como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria que le fue prestada en un Consultorio del ISFAS, desestima el recurso interpuesto «al no resultar acreditada la infracción de la «lex artis ad hoc»

La consecuencia de lo expuesto, es que la responsabilidad patrimonial de la Administración sólo surge cuando hay una determinada relación de causalidad entre la actividad y el resultado dañoso y se haya producido por parte de la Administración o del personal sanitario a su servicio, una infracción de la «lex artis» que exigía que, en el caso concreto, se hubiera actuado de un modo diferente a como se hizo. Así pues a la Administración sanitaria no se le puede exigir un resultado positivo en todos los supuestos de actuación dado el carácter contingente de la actividad sanitaria, sino que despliegue los medios a su alcance para que la asistencia que se preste a los usuarios del Sistema Nacional de Salud sea la más adecuada a las circunstancias del caso y siempre dentro de los márgenes marcados por la «lex artis». Así el criterio de la «lex artis» funciona como límite del ejercicio de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y sirve para poner freno a los excesos que resultarían de una aplicación rigurosa del carácter objetivo de dicha responsabilidad.

Uno de los elementos del concepto de «lex artis» es el consentimiento informado¹⁶, habiendo sido calificado por la Doctrina como un pilar básico esencial en el que ha de desenvolverse la actividad médica, «en virtud del cuál, el sujeto capaz recibe del sanitario información bastante en términos comprensibles que le capacita para participar voluntaria, consciente y activamente en la adopción de las decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad¹⁷.

La regulación del consentimiento informado parte del artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 23 de abril, General de Sanidad, que contempla entre los derechos del paciente el que «*Se le dé, en términos comprensibles, a él y a sus familiares, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre sus proceso, incluyendo diagnóstico y alternativas de tratamien-*

¹⁶ Sentencias Tribunal Supremo de 25-04-94 y 24-05-95.

¹⁷ Martínez-Pereda Rodríguez, J.M. citado por Requero Ibáñez, J.L., en «El consentimiento informado y la responsabilidad de las Administraciones Públicas» Actualidad administrativa, nº 31.

to».El apartado 6 del mismo precepto recoge el derecho a la libre elección entre las diversas opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el consentimiento por escrito del usuario para la realización de cualquier intervención. Este precepto debe ponerse en relación con el art. 11.4 de la misma Ley, según el cual cuando el paciente no esté de acuerdo con el tratamiento previsto puede solicitar el alta voluntaria, debiendo firmar la solicitud de alta, y, en caso de que se negara, la firmará la Dirección del centro a propuesta del médico.

Este derecho de información del paciente establecido en la Ley 14/1986, ha sido desarrollado y reforzado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que en su artículo 8 establece que «toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art.4, haya valorado las opciones propias del caso». Y exige el consentimiento por escrito en los siguientes casos : «intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos, y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente».

Este derecho se relaciona con el correspondiente deber del médico de facilitar esa información, deber que se regula en el art. 11 del Código de Deontología Médica, y que incluye el diagnóstico, pronóstico y posibilidades terapéuticas, los medios con los que cuenta para el tratamiento y si son suficientes y adecuados, así como los riesgos o posibles efectos secundarios.

Sin embargo, el artículo 9 de la Ley 41/2002, de modo similar a lo que establece el art. 10.6 de la Ley 14/1986, establece excepciones a la obligación de recabar el consentimiento informado, a saber: cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización , consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él, así como cuando existe riesgo para la salud pública a causas de razones sanitarias establecidas por la Ley.

Llegados a este punto, debe aclararse que el hecho de haberse suministrado al paciente toda la información requerida para la intervención o el tratamiento que precise, no implica que pueda hacerse al paciente responsable de una hipotética y futura mala práctica médica.

En este sentido, habrá de distinguirse los riesgos inherentes a toda actividad médica, que deberán ser asumidos por el paciente que haya sido

debidamente informado, y aquellos que deriven de una incorrecta actuación médica, y que no pueden imputarse al paciente, ya que cuando se consiente, se presta el consentimiento para una práctica médica adecuada, pero no para que se desarrolle una defectuosa práctica médica o una actuación que no se acomode a los criterios de la «lex artis», como criterio de normalidad de la actuación médica¹⁸.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que, con la excepción de algunos autores¹⁹ que sostienen que la omisión o cumplimiento defectuoso del régimen del consentimiento informado ha de ser indemnizado, con independencia de que se haya producido o no un resultado físico dañoso, la mayoría de la doctrina entiende que la quiebra de las reglas reguladoras del consentimiento informado debe traducirse en un derecho a indemnización únicamente si se ha constatado la existencia de un daño real y efectivo²⁰. Es decir, lo que genera la responsabilidad patrimonial de la Administración es la defectuosa o incorrecta práctica médica con el resultado correspondiente sobre la vida, la salud o la integridad física del paciente.

La jurisprudencia utiliza el argumento del consentimiento informado, entre otros varios, para justificar o denegar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración: así la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 5 de octubre de 1999, que en un supuesto de contagio de hepatitis por utilización de un hemoderivado contaminado habla de que el uso de productos farmacéuticos debe estar rodeado de garantías, y entre ellas cita «el consentimiento informado» o la sentencia de la misma Sala de fecha 19 de abril de 1999, que después de reconocer la infracción de criterio de la *lex artis* en la actuación de un neurocirujano que no advirtió la falta de resultado de una primera intervención quirúrgica, lo que provocó la necesidad de reintervenir al paciente, fundamenta la responsabilidad, también, en el hecho de no haber advertido al paciente de las posibles consecuencias de la primera intervención.

Si bien, este criterio no ha sido aceptado unánimemente por la Doctrina que advierte del riesgo que entrañaría la consolidación del mismo que supondría modificar sustancialmente las bases sobre las que, hasta ahora se sustenta la responsabilidad patrimonial de la Administración, de modo que el derecho a ser indemnizado pudiera depender del hecho de que se

¹⁸ J. Guerrero Zaplana: «La responsabilidad patrimonial de la Administración. Especial referencia a la Administración sanitaria». LA LEY, 2000-7.

¹⁹ Requero Ibáñez, J.L.: «El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones». Artículo publicado en la actualidad administrativa, nº 31.

²⁰ Sentencial T. Sup. de 4-04-00, 3-10-00, 27-04-01, 27-12-01 y Dictámenes del Consejo de estado, Núm. 3756/00, de 11-01-01, 3755/00, de 18-01-00 y 3754/00, de 1-02-01.

hubiera informado o no debidamente al paciente de los riesgos de la intervención o tratamiento.

Por su parte el Tribunal Supremo niega virtualidad por si mismo a la falta de consentimiento informado para fundamentar una reclamación de responsabilidad patrimonial, exigiendo, en todo caso, la existencia acreditada de una lesión objetiva que sea consecuencia de una intervención quirúrgica. Es decir, debe acreditarse la existencia del daño producido y de la relación de causalidad, no pudiendo recaer sobre la falta de consentimiento el hipotético daño producido. (Sentencias de 26-03-02, 26-02-04, 9-03-05)

b) Daño real, efectivo y evaluable económicamente:

Además de antijurídico, para que el daño ocasionado por la actuación administrativa sea indemnizable es preciso que, además, sea real y efectivo, por lo que deben excluirse los daños eventuales o simplemente posibles (Sentencia Tribunal Supremo de 19-10-90).

Los daños resarcibles pueden ser, por su naturaleza, materiales, personales y morales.

Por lo que se refiere a los daños morales, han sido reconocidos repetidamente tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo²¹, como por la doctrina legal del Consejo de Estado, de conformidad con el principio de indemnidad o reparación integral, siempre que haya sido suficientemente acreditado que han provocado un trastorno psicofísico. Si bien, al no poder ser estrictamente evaluables económicamente, la indemnización por ellos no es una reparación sino una sustitución aproximada.

En estos casos, la cantidad indemnizada se debe fijar discrecionalmente procurando ofrecer una justa compensación, para lo cual se han de valorar particularizadamente todas las circunstancias concurrentes²².

La extensión de la obligación de indemnizar responde según se desprende de los artículos 106.2 de la CE y 139.1 de la Ley 30/92, al principio de «reparación integral», abarcando todos los daños alegados y probados por el perjudicado, en su doble vertiente, tanto de daño emergente como de lucro cesante, siempre y cuando sean evaluables económicamente, sirviendo a tal efecto cualquier medio admisible en Derecho.

²¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 4-10-97, 20-02-99, 3-03-99, 29-03-93, 3-10-00, entre otros.

²² Sentencias del Tribunal Supremo de 20-01-98, 27-01-98 y 25-05-99.

c) Daño individualizado:

La lesión sufrida debe haber sido causada a una persona en concreto o a un grupo de personas determinadas caracterizada por alguna relación o circunstancia predicable sólo respecto de un grupo. Este requisito, como señala Guerrero Zaplana²³, se relaciona con el referido a la antijuridicidad del daño, toda vez que si el daño es general o universal no puede entenderse que sea antijurídico, pues estaríamos ante una carga común que debe soportar la colectividad.

B) TITULOS DE IMPUTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN:

Para que pueda atribuirse a una Administración Pública la obligación de reparar el daño causado debe existir una acción u omisión administrativa que sirva de «título de imputación».

La primera y principal causa de imputación de un daño a la Administración es la titularidad administrativa de la actividad o servicio causante del daño.

Cuando el causante del daño es una persona concreta, el problema se reduce a constatar la integración del agente en la organización prestadora del servicio. A tales efectos es irrelevante que el agente sea funcionario, ya que se considera suficiente que la persona en cuestión lleve a cabo un ejercicio real de funciones públicas.

Como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina científica más autorizada, sólo cuando el agente aparece obrando como tal dentro de la propia estructura orgánica administrativa y causa una lesión a un particular, podrá imputarse a aquella, el resultado dañoso. Por tanto, el funcionamiento del servicio público sanitario, tiene lugar cuando actúan personal médico y auxiliares sanitarios, cualesquiera que sea la relación jurídica que los une a la administración sanitaria, entendiéndose por ésta, las entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos. Todo ello sin perjuicio de la acción de regreso que corresponde a la Administración frente a los responsables cuando hubieran actuado con dolo, culpa o negligencia graves²⁴. Si bien, como advierte De Ahumada, el criterio orgánico de imputación no

²³ «La responsabilidad patrimonial de la Administración». Especial referencia a la Administración sanitaria, 2000-7.

²⁴ Ramón López del Rey Villanueva: «La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria». Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

incluye a contratistas a concesionarios, ni en general a los profesionales liberales que ejercen privadamente funciones públicas.

Otro título de imputación es la creación del riesgo por la Administración, cuando por ello se haya generado un resultado dañoso.

Este título de imputación tiene virtualidad cuando el daño es causado, tanto por pacientes que se encuentra custodiados por la Administración, muy frecuente en el caso de enfermos mentales internados en hospitales psiquiátricos²⁵, como de los daños ocasionados por las instalaciones de las sedes o edificios en que se prestan los servicios públicos al corresponder a la Administración las facultades de vigilancia e inspección de las mismas²⁶. En este apartado podemos citar la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 2-11-02, que reconoció la responsabilidad patrimonial del Ministerio de Defensa (ISFAS) con ocasión de una lesión sufrida por una mujer en un Centro de Salud del ISFAS por la caída de un aparato de extinción de incendios que se soltó de la pared mientras esperaba sentada su turno para la consulta, considerando que el hecho era imputable a la Administración en cuyo establecimiento ocurrió el daño.

No obstante, el Consejo de Estado advierte que «sería erróneo desprender del deber de diligencia y cuidado impuestos a la Administración, la responsabilidad por todo lo que ocurra dentro de los centros sanitarios, debiendo ponderarse, en todo caso, las circunstancias concurrentes»²⁷. En este sentido podemos citar, en relación con el ISFAS, el Dictamen del Consejo de Estado num.2301/2000, de 27 de julio de 2000, en relación con una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por una auxiliar sanitaria del CEISFAS en la que reclamaba una indemnización por los daños sufridos en un reloj de su propiedad con ocasión de una agresión física de la que fue objeto por parte de una de las usuarias del Centro. En dicho Dictamen el Órgano Consultivo, ratificando el criterio de la Asesoría Jurídica del ISFAS, declaró la falta de título de imputación del daño a la Administración, considerando que dada la profesionalidad y experiencia de la denunciante ésta pudo y debió haber previsto y evitado el resultado lesivo.

Tradicionalmente se ha incluido el caso fortuito como un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración cuyo título de imputación es la de haber creado un riesgo (Sentencias del Tribunal Supremo de

²⁵ Sentencias del T. Sup. 17-10-00, 15-12-00, 21-06-01, 7-10-03.

²⁶ Sentencias del T. Sup. 24-06-95 y 12-02-96.

²⁷ Dictamen nº 2699/95, de 1-02-96.

3 de noviembre de 1988 y 3 de octubre de 1994, y Dictamen del Consejo de Estado núm. 262/02, de 24 de febrero de 2002).

Según tiene declarado el Tribunal Supremo hay caso fortuito cuando hay indeterminación en la falta del servicio causante del hecho dañoso, e interioridad en la relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, o cuando es imputable al «conjunto de posibles deficiencias asistenciales» y ello por que está directamente conectado con el funcionamiento mismo del servicio (Sentencias del tribunal supremo de 11 de diciembre de 1974, 16 de diciembre de 1987, 31 de mayo de 1999, 17 de mayo de 2002). En cualquier caso, será responsable la administración sanitaria siempre que racionalmente pueda afirmarse que el origen del daño surge, en contraposición a la fuerza mayor, por caso fortuito, bastando con que haya apariencia de tal, o, en palabras de DE AHUMADA²⁸, que haya «certidumbre racional».

C) EXISTENCIA DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA LESIÓN Y LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PUBLICO SANITARIO:

En íntima conexión con el requisito anterior la doctrina y la jurisprudencia exigen, para que surja el deber de resarcimiento de la Administración, que entre el daño producido y el funcionamiento normal o anormal de un servicio público exista una relación de causalidad.

En este sentido ha declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de junio de 1998, que *«no es acorde con el principio de responsabilidad patrimonial objetiva, su generalización más allá del principio de causalidad, aún de forma mediata, indirecta o concurrente»*.

En este mismo sentido el Consejo de Estado ha advertido que *«el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria sea objetiva no implica que deba responderse de todos los daños derivadas de la actuación prestada en centro sanitarios públicos, sino aquellos en los que concurren todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común»* (Dictamen núm. 2676/01, de 14 de septiembre de 2001). En términos parecidos, los Dictámenes núms.. 16/01, de 8 de febrero de 2001; 2032/01, de 26 de julio de 2001; 961/01, de 12 de julio de 2001;

²⁸ De Ahumada Ramos, F.J. «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», Edit. Aranzadi.

3685/99, de 9 de marzo de 2000; 1619/00, de 22 de junio de 2000, entre otros).

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 1998, después de hacer referencia a que, por lo general, cualquier acaecimiento lesivo nunca es el efecto de una sola causa sino que suele aparecer como el resultado de un complejo de hechos y condiciones, dice que *«se reduce el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, y la doctrina administrativa, tratando de definir qué será relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso, si el resultado se corresponde con la actuación que la originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar»*.

En virtud de esta teoría de la causalidad adecuada, no todos los acontecimientos que preceden al acto médico tienen la misma relevancia. El daño debe tener su causa directa, inmediata y exclusiva en el acto reprochable (Sentencias del T. Supremo de 13-10-98, 28-11-98, 9-03-99 y 11-05-99, entre otras).

Si bien esta nota de exclusividad ha sido suavizada tanto, por el Consejo de Estado como por algún sector doctrinal que advierte de los riesgos de concepciones restrictivas que asocien el nexo de causalidad sólo con el factor que reúne la condición eficiente, preponderante, socialmente adecuada o exclusiva para producir el resultado dañoso, que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Por ello el nexo causal puede romperse en los siguientes supuestos, a saber: a) en el caso de fuerza mayor, b) por el comportamiento de la víctima y c) por intervención de tercero, ya sea Administración Pública o particulares.

El carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de supuestos de fuerza mayor o de circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencias de la víctima suficientes para romper el nexo causal corresponde a la Administración.

a) Fuerza mayor:

El artículo 139.1 de la Ley 30/1992, en correlación con el artículo 106.2 de la Constitución, excluye la responsabilidad patrimonial cuando el daño se derive de fuerza mayor.

La fuerza mayor se caracteriza por las notas de inevitabilidad y ajeneidad del servicio. En palabras del Tribunal Supremo, constituyen supuestos de fuerza mayor, *«aquellos hechos que, aún siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado»*²⁹

En este punto, hemos de hacer referencia a lo que la mayoría de la doctrina ha denominado «riesgos de progreso», es decir, aquellos daños ocasionados por actuaciones o utilización y suministro de cosas o sustancias cuya peligrosidad se desconocía en el momento de su aplicación.

El Tribunal Supremo, en la importante Sentencia de 22 de diciembre de 1997, dictada para unificación de la doctrina –lo que indica la preexistencia de criterios divergentes-, ya indicó que el desconocimiento de la caracterización del virus de la hepatitis C y de los medios que evitaran su propagación constituye un supuesto de fuerza mayor y no de caso fortuito, no sólo porque no estaba al alcance de la Administración sanitaria evitar su contagio (inevitabilidad), sino porque desconocía en qué casos se produciría (imprevisibilidad), y además, y sobre todo, porque la limitación de la ciencia en un momento dado no puede ser considerada como una circunstancia o hecho que se encuentre dentro del círculo de acción del servicio sanitario sino que le viene impuesto forzosamente, ya que no está en su mano suplir el carácter lento y paulatino del progreso científico.

Actualmente, los riesgos del progreso se recogen en el artículo 141 de la Ley 30/1992, en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, cuando se establece que:

«No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes establecen para estos casos».

- b) El comportamiento del paciente puede romper el nexo causal. Así lo ha determinado la jurisprudencia del T. Supremo³⁰ y la doctrina legal del Consejo de Estado³¹.

²⁹ Sentencias de 25-10-96, 19-04-97, 31-05-99, 20-07-00, entre otras.

³⁰ Sentencias de 24-05-88, 23-01-89, 9-04-89, 21-12-90, 10-12-92.

³¹ Dictámenes nº 1257 (94 de 14-07-94 y 2614/99, de 7 de octubre

Los supuestos a que nos referimos deben distinguirse de aquellos otros en los que el daño es el resultado de la evolución natural de la enfermedad sufrida por el usuario de los servicios sanitarios y en los que la naturaleza y gravedad de la enfermedad sufrida conlleva en sí el fatal desenlace. En este supuesto hay que partir de que el paciente tienen la obligación de cumplir, el tratamiento médico y seguir las indicaciones del facultativo, como resulta del art. 11 de la Ley General de Sanidad. De modo que cómo sostiene José Guerrero Zaplana³², la conducta del paciente de negarse a cumplir el tratamiento prescrito debe afectar a la relación de causalidad en el caso de que se sufran daños.

En el caso de que la concurrencia de culpas no llegue al extremo de romper la relación de causalidad, el Alto Tribunal sostiene que deberá aplicarse el principio de proporcionalidad entre la conducta de la víctima y el resultado lesivo, moderando la obligación de indemnizar de la Administración³³, criterio igualmente seguido por el Consejo de Estado³⁴.

- c) El nexo causal también puede romperse por la intervención de terceros, ya sean Administraciones Públicas, ya sean particulares.

En el primer supuesto de responsabilidad concurrente de Administraciones, se aplica el principio de solidaridad que resulta del art. 140 de la Ley 30/92.

En el segundo supuesto, en opinión del Consejo de Estado, lo procedente es la distribución de la responsabilidad y aminorar la cantidad indemnizatoria exigida a la Administración a título de responsabilidad patrimonial (Dictamen del Consejo de estado nº 1857/00, de 13-07-00).

En la realidad, en los procedimientos judiciales, el problema de la relación de causalidad se traduce en un problema de prueba.

En este apartado hemos de significar que corresponde al reclamante la prueba, no sólo de la utilización del servicio causante del daño y de la realidad de este último, sino también del título de imputación y de la relación de causalidad³⁵, pudiendo emplear para ello todos los medios admisibles en Derecho.

Por contra, la prueba de la existencia de fuerza mayor u otra exonerante de la responsabilidad de la Administración corresponde a ésta³⁶.

³² «La responsabilidad patrimonial de la Administración...»

³³ Sentencias de 27-11-93, 19-11-94, 25-02-95 y 11-07-95.

³⁴ Dictámenes nº 3156/99, de 25-11-99, nº 223/01 de 8-03-01, nº 652/01, de 26-04-01.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 16-10-97, entre otras.

³⁶ Dictamen del Consejo de Estado nº 2894/99, de 14-10-99.

Por lo que se refiere al título de imputación, ha de señalarse, en primer término que «no es necesario para imputar a la Administración el resultado dañoso la concurrencia de una actuación negligente perfectamente delimitada en personas concretas basta que una evaluación global de las circunstancias del caso permitan concluir razonablemente que los daños sufridos resultan imputables a la Administración» (Dictamen del Consejo de Estado núm. 825/97, de 5 de junio de 1997). La doctrina legal del Alto Cuerpo Consultivo ha llegado, en esta línea, incluso a establecer una presunción a favor del contagio en hospitales y centros sanitarios, eso sí, contra la que cabe, obviamente, la prueba en contra (Dictamen núm. 4428/96, de 20 de febrero de 1997).

También ha de destacarse que en aquellos supuestos en que no sea fácil determinar qué concreto facultativo, o en general, profesional sanitario de los que hubieren intervenido en la asistencia al enfermo, es el causante del daño, los Tribunales han acudido a la idea del «conjunto de posibles deficiencias asistenciales», lo que exime al paciente de la prueba de en cuál de los momentos de la atención médica se produjo la deficiencia, y por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiere podido incurrir en ella (dictamen del Consejo de Estado núm. 825/97, de 5 de junio de 1997).

Como se ha indicado, también la prueba de la relación de causalidad corre a cargo del paciente perjudicado (Dictamen del Consejo de estado núm. 3030/99, de 28 de octubre de 1999). Como advierte Ramón Vázquez de Rey Villanueva³⁷. Esta desviación a favor del paciente, para conocer el acto productor del daño es muy importante, dado que en un ámbito como el presente, reservado a profesionales cualificados cuya ciencia es prácticamente imposible de conocer por quien no sea médico, establecer el nexo causal es muy difícil para el paciente toda vez que permanece en estado inconsciente durante la intervención o no es experto en la ciencia médica.

El problema surge cuando se trata de demostrar la causa del daño y ningún familiar o allegado estuvo en la intervención, y como determinar si la lesión es imputable a la conducta del médico.

Ante este cúmulo de problemas, se hace preciso advertir que el nexo causal es un juicio de valor reservado al Juez que habrá que respetar en tanto no se demuestre que el Juez al establecer dicho nexo ha seguido un camino erróneo no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica o buen criterio (Sentencia del Tribunal Supremo de 26-05-82, entre otras).

³⁷ «La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria». Boletín Colegio de Abogados.

V. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SANITARIAS.

Una de las cuestiones más controvertidas a propósito de la institución de la responsabilidad patrimonial, ha sido durante muchos años, la referida al orden jurisdiccional competente para hacer efectivo el derecho a una compensación como consecuencia de la producción de una lesión, lo que ha dado lugar a vivas polémicas doctrinales y a unas pugnas jurisdiccionales notables, llegando a intervenir en esta materia hasta cuatro jurisdicciones diferentes, no solo la civil y la contencioso administrativa, sino también la penal e incluso la laboral.

El alcance de la polémica data de lo que la conocida sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1983 denominó «largo peregrinaje jurisdiccional», en razón a los diversos criterios que se habían mantenido tanto por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, como por las Salas Primera, Tercera y Cuarta del referido Tribunal, circunstancia que había generado una situación de inseguridad jurídica ante la disparidad de resultados ofrecidos ante un mismo hecho concreto por los distintos órdenes jurisdiccionales.

En principio, hay que poner de manifiesto que un gran sector doctrinal reconocía a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para conocer de estas cuestiones, sobre todo a raíz de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, norma que en su disposición adicional décima, modifica el art. 37 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y en su disposición derogatoria deja sin efecto los art. 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del estado, en cuanto a la posibilidad de mantener la dualidad de jurisdicción en esta materia. Recordemos que el art. 41 de dicho texto legal permitía atribuir la competencia a la jurisdicción civil, cuando la Administración actuaba en relaciones de Derecho privado, mientras que la competencia correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando actuaba en relaciones de Derecho Público.

Efectivamente, la Ley 30/92, de 26 de noviembre, vino a clarificar la situación respecto el ámbito jurisdiccional competente, estableciendo en su art. 142.6 que «La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada en que derive, pone fin a la vía administrativa», conduciendo de este modo a la jurisdicción contencioso-administrativo, cual-

quier supuesto de exigencia de responsabilidad patrimonial. Por su parte, el art. 144 señalaba que:

«Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio (...). La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo prescrito en los artículos 142 y 143, según proceda».

Si bien, pese al intento de clarificar esta cuestión llevada a cabo por la Ley 30/1992, y por la disposición adicional 1ª del Real Decreto 429/1993, regulador del Reglamento de los Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, que recogía la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las reclamaciones planteadas frente a «Entidades gestoras, servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como contra las demás Entidades y organismos del sistema nacional de salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria»; lo cierto es que en la práctica no existirá unificación jurisdiccional, advirtiendo la doctrina que no era suficiente la plasmación de la atribución competencial a la jurisdicción contenciosa-administrativa en el Reglamento, siendo necesaria una clarificación por una norma con rango de ley.

Hasta este momento, y ante la ausencia de una cláusula legal concreta de atribución competencial, la Jurisdicción Civil³⁸, como se aprecia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo y 19 de junio de 1998, iba conociendo de gran parte de las reclamaciones indemnizatorias por daños causados con ocasión de la asistencia sanitaria, utilizando para ello diversos argumentos, tales como la «vis atractiva» propia de dicha Jurisdicción, argumento empleado, entre otras, por las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 22 de abril y 26 de diciembre de 1995, o el expresado en la sentencia de esa misma Sala del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997 que pone el acento en la circunstancia de que en el ámbito de la atención médico-sanitaria, las entidades gestoras de la Seguridad Social no actúan en el marco de una relación jurídico-pública, pues afirma, ni se hallan investidas de «ius imperium», ni ejercitan actividad de prestación de un servicio público.

³⁸ Magro Servet, Vicente: «La responsabilidad sanitaria bajo el marco competencial del Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo». LA LEY, núm. 4788/1999.

Por otra parte, no faltaban partidarios de la atribución al orden jurisdiccional social de las reclamaciones sobre esta materia, considerando que al tratarse de una prestación de Seguridad Social, resultaba de aplicación el art. 2b) de Ley de Procedimiento Laboral que atribuye a dicha jurisdicción la competencia para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan «en materia de Seguridad Social», por lo que se daba cumplimiento al art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determina la competencia de la jurisdicción social para conocer «de las pretensiones que se promuevan en la rama social del derecho».

La Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, en el Auto de 7 de julio de 1994 y 27 de octubre de 1994, trató de resolver los conflictos en relación con reclamaciones por responsabilidad médica, optando por asignar la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien, después de haberse pronunciado también, sucesivamente, a favor de los otros dos órdenes jurisdiccionales en conflicto³⁹.

En el marco de la discusión planteada hemos de citar la importante sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 10 de julio de 1995 en la que el Alto Tribunal devolvía la competencia, para los asuntos relacionados con reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria, a la jurisdicción social, entendiendo que la acción de reclamación, en estos casos, se funda en la defectuosa prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, no en la responsabilidad patrimonial de la Administración, si bien esta sentencia tuvo un voto particular formulado por cinco Magistrados que entendían que la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa no es una prestación de la Seguridad Social.

El problema, pues, continuaba latente. Muchos autores afirmaban que los cambios recientes de la normativa no trataban de prohibir el cauce civil, sino que la nueva legislación sólo afirmaba que competía a la jurisdicción contenciosa conocer las reclamaciones planteadas conjuntamente contra el médico o el Servicio de Salud correspondiente, o sólo contra éste último, y que «mientras que la Jurisdicción contencioso-administrativa continuara siendo revisora y en el contencioso no pueda demandarse a particulares, la responsabilidad patrimonial debía competir con carácter general a los Tribunales Civiles»⁴⁰. De todas maneras, Eduardo Gamero recuerda que el criterio más generalizado era la atribución competencial al

³⁹ A favor de la jurisdicción civil: autos de 23-12-1993, 21-03-1994, 4-04-1994 y 22-12-1995; a favor de la jurisdicción social: autos de 21-06-1991 y 27-10-1994.

⁴⁰ Martín Bernal, José Manuel: «Responsabilidad médica y derechos de los pacientes», Madrid, 1998.

orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y cita las Sentencias de 21 de diciembre de 1995 y 4 de julio de 1996, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, las sentencias de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 7-07-1994, 27-10-1994 y 11-12-1995, y el Informe del Defensor del Pueblo de 1994.

Esta cuestión vino a clarificarse a raíz de la nueva disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, en virtud de la reforma operada por la Ley 4/1999, que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, trata de poner fin a la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre el orden competente para conocer los procesos de responsabilidad cuando el daño se produce en relación con la asistencia sanitaria pública.

En efecto, tal disposición establece que:

«La responsabilidad patrimonial de las entidades gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso».

A clarificar la situación también contribuyó contundentemente la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, cuyo art. 2 e) atribuye a dicho orden jurisdiccional: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de la que derive, no pudiendo ser demandadas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales, civil o social».

Pero, además, este precepto viene respaldado por el art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder judicial que, con el mayor rango normativo posible, establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de «Las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de la que derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional».

Muy en relación con esta cuestión está la posibilidad de que la Administración sanitaria actúe investida de formas de constitución privadas, en especial, mediante la creación de fundaciones.

A este respecto, sería de aplicación lo dispuesto en el art. 144, de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, que establece: «Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación de los mismos actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 139 y ss. de este Ley».

Tal y como establece el artículo que acabamos de transcribir, la realidad es que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cuando actúen en relaciones de Derecho privado se somete al mismo régimen jurídico que cuando actúe sujetas al Derecho administrativo y ello por cuanto la remisión efectuada por el art. 144 lo es a los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992 y no (como se hacía antes de la reforma introducida por la Ley 4/1999) a los arts. 142 y 143, por lo que se entendía que la remisión era sólo al procedimiento pero no al aspecto sustantivo de la reclamación.

En este punto es relevante la Ley 15/1997, sobre Habilitación de nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, que establece la posibilidad de que la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos del Sistema Nacional de Salud se lleva a cabo a través de cualquier entidad de naturaleza o titularidad pública. Por lo tanto, para el caso de que por aplicación de esta u otras normas se constituyan los hospitales bajo formas de personificación privadas, la responsabilidad seguiría siendo exigible con aplicación de los mismos criterios y parámetros a que nos hemos venido refiriendo.

Más reciente, el Real Decreto 29/2000, sobre Nuevas Formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, establece en su art. 3 la posibilidad de que ésta se realice a través de fundaciones y su art. 35 remite expresamente a la Ley 30/1992 en lo que se refiere a las reclamaciones formuladas por los ciudadanos por los daños y perjuicios causados por y con ocasión de la asistencia sanitaria.

CONCLUSIONES AL RESPECTO:

Con la nueva redacción de los artículos 145 y 146 de la Ley 30/1992, dada por la Ley 4/999, y de su nueva disposición adicional duodécima, del art. 2 e) de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de la nueva redacción del art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto su punto cuarto, el sector doctrinal más opti-

mista considera clarificada la polémica en torno al orden jurisdiccional competente, señalando que no hay ya matices o portillos en el Derecho español que permitan que escapen del ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las demandas de responsabilidad dirigidas contra la Administración sanitaria⁴¹, para ello citan, entre otras la sentencia de 7 de marzo de 2000, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que afirma que:

«en la actualidad no cabe duda que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones dirigidas contra la administración sanitaria y sus entidades, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad que determine el nacimiento de la responsabilidad, según las disposiciones en vigor».

Sin embargo, no faltan autores⁴² que se muestran más escépticos en esta materia, señalando que pese a la contundencia y literalidad tanto de la Ley 29/1998, como del nuevo art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, teniendo en cuenta que diversas resoluciones de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo reconociendo la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (Autos de fecha 22 de marzo ó 18 de junio de 1999), han sido sistemáticamente desatendidas por la jurisprudencia de las Salas Primera y Cuarta, que han seguido atribuyéndose el conocimiento de esta clase de reclamaciones, cabe pensar que se sigan planteando y resolviendo estas cuestiones ante jurisdicciones distintas de la contencioso-administrativa, con la consiguiente merma del principio de seguridad jurídica.

DISTINTOS SUPUESTOS DE RECLAMACIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD SANITARIA:

A la luz de la normativa estudiada, podemos resumir del siguiente modo los distintos tipos de reclamaciones que pueden plantearse con ocasión de daños ocasionados en el ámbito sanitario:

⁴¹ Ramón Vázquez del Rey Villanueva «La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria». Boletín del Ilustre Colegio de abogados de Madrid, nº 24, enero 2003.

⁴² José Guerrero Zaplana: «La responsabilidad patrimonial de la Administración. Especial referencia a la Administración sanitaria. LA LEY, 2000-7.

- a) Ante la posible comisión de un ilícito penal (delito o falta), por parte de un profesional sanitario dependiente de un centro sanitario privado, o perteneciente a un centro dependiente de los servicios de la Seguridad Social, estatales o autonómicos, o de entidades, servicios u organismos del Sistema Nacional de Salud, o de centros sanitarios concertados con ella, habrá que acudir siempre a la Jurisdicción penal ventilándose allí también, si el perjudicado así lo eligiere y si se hubieren irrogado daños, las responsabilidades directas o subsidiarias, que correspondan sean de, un particular, de la Administración o de un ente público.
- b) Ante la actuación deficiente de un profesional sanitario que actúe de modo particular o dependiente de un centro sanitario privado, y salvo que se deduzca responsabilidad penal, habrá que acudir a la jurisdicción civil.
- c) Ante la actuación de un profesional de la sanidad dependiente de los servicios de la Seguridad Social, estatales o autonómicos, o de entidades, servicios u organismos del Sistema Nacional de Salud, o de centros sanitarios concertados con ella, el particular podrá exigir responsabilidad directa a la Administración y, en caso de disconformidad, iniciar un procedimiento por vía contencioso-administrativa. Posteriormente, la responsabilidad patrimonial particular de los profesionales sanitarios al servicio de las Administraciones públicas se les será exigida de oficio, por parte de la Administración, mediante el procedimiento actualmente establecido al efecto en el art. 145 de la Ley 30/92 que prescribe la obligatoriedad de la Administración de exigir de oficio a sus autoridades y demás personal a su servicio, la responsabilidad en que hubieran incurrido.

No obstante, es posible que la reclamación de responsabilidad patrimonial se dirija no sólo contra la Administración, sino también contra un particular, que puede ser el médico que realiza materialmente la actividad causante del daño o contra la compañía aseguradora que garantiza los riesgos del propio médico, o del centro u hospital en el que se produjo la actuación médica.

La solución menos razonable sería que las reclamaciones se formularan ante distintos órdenes jurisdiccionales con posibilidad de pronunciamientos diferentes, e incluso contradictorios; por ello se hace necesario proceder a la acumulación de las reclamaciones para su tramitación conjunta.

Con la redacción actual del art. 2 e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, queda suficientemente claro, según la doctrina⁴³, que la Administración no puede ser demandada ante los órdenes jurisdiccionales civil ni social y que, como no resulta aconsejable dividir la contienda de la causa, resulta obligado tramitar las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En esta línea no se debe olvidar el tenor literal del último inciso del art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la redacción introducida por la Ley Orgánica 6/1998, que añade, que: «Si en la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión en este orden jurisdiccional». Según la propia Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica, por «sujetos privados», hay que entender aquellos que no están al servicio de los «poderes públicos»; ya que «la responsabilidad de quienes si lo están se exigirá, en todo caso, en los términos de la Ley 30/1992».

Por tanto, resulta evidente que de la aplicación literal de estos nuevos preceptos, introducidos con la modificación de la Ley 29/1998, se hace imprescindible que toda reclamación que pueda dirigirse, no sólo frente a la Administración, sino también frente a los médicos, se plantee frente a la jurisdicción contenciosa, única competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración, del personal a su servicio y de los sujetos privados que hubieran concurrido a la producción del daño.

Distintos son los supuestos en los que existe una relación contractual de seguro entre la Administración y una compañía aseguradora, ya que, la compañía no puede entenderse que haya concurrido en la producción del daño, por lo que siempre será posible acudir a la vía civil con la justificación de la existencia de la póliza de seguros, sin perjuicio, de que cuando la Administración se haya hecho responsable de la indemnización, pueda ejercitar la acción de repetición contra la compañía aseguradora.

Con lo cual, una de las grandes novedades de la reforma legal consiste en facilitar la tarea del particular reclamante, asegurándose una vía idónea para obtener indemnización por los daños sufridos en el curso del funcionamiento de un servicio público sanitario. El perjudicado puede, directamente, reclamar responsabilidades a la Administración, ignorando, si lo desea al profesional o a los profesionales concretos, causantes del daño, sin perjuicio de la acción de repetición de la Administración.

⁴³ José Guerrero Zaplana: Ob. Citada.

En esta línea, existe ya más de un fallo judicial en el que se envía a lo contencioso demandas civiles formuladas contra médicos y el INSALUD. Por ejemplo, en la sentencia de 14 de diciembre de 1998 del Juzgado de lo Civil núm. 5 de Palma de Mallorca, y en virtud de que los facultativos demandados «son empleados de la Administración y a través de ellos el INSALUD prestó el concreto servicio sanitario», la resolución concluye que «el conocimiento de las demandas formuladas tras la entrada en vigor de la nueva legislación en materia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, incluyendo las dirigidas contra el personal a su servicio por los daños, consecuencia de la asistencia sanitaria, corresponde a la jurisdicción contenciosa».

Muy en relación con esta cuestión debe citarse el auto de la Sala de Conflictos de fecha 23 de marzo de 1999, que contempla el supuesto de un funcionario, adscrito a la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado, que figuraba inscrito en cuanto a la prestación sanitaria a una compañía privada, la cual tenía concertada la asistencia sanitaria con una clínica privada, en la cual se le realiza una operación con la mala fortuna de que se infectó del virus de la hepatitis C.

El auto de referencia considera que la jurisdicción competente para conocer de la reclamación por dicho contagio es la contencioso-administrativa por entender que la mutualidad actúa como gestor de la Seguridad Social y que tienen carácter de administración Pública. Existe un voto particular en dicho auto que insiste en la competencia de los órganos de la jurisdicción civil y ello por entender que el actor perjudicado no tiene por qué saber ni conocer las relaciones que se establecen entre la Mutualidad y la compañía aseguradora y la clínica y que debe admitirse que reclame ante la jurisdicción civil a quien directamente le ha ocasionado el daño.

Si bien, se siguiera el criterio del voto particular, cuando se produzca cualquier intervención de un centro sanitario privado, que mantenga cualquier clase de relación con la Administración o el ente gestor correspondiente, se podría justificar que la reclamación se planteara ante la jurisdicción civil. Con esto se estaría frustrando el cambio jurisdicción pretendido tanto por la nueva Ley de lo contencioso, como por la nueva redacción de la Ley 30/1992⁴⁴.

⁴⁴ José Guerrero Zaplana: Ob. Citada.

VI. REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO DE LA ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA POR EL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS:

La asistencia sanitaria que presta el Instituto Social de las Fuerzas Armadas a sus asegurados, al amparo de lo dispuesto en el art. 14 del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto Legislativo, 1/2000, de 9 de junio, y el art.75.2 del Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 2330/1978, de 29 de septiembre, se lleva a cabo a través de Conciertos con Entidades de Seguro Libre de Asistencia sanitaria, con el Sistema Sanitario Público, y a través del régimen de colaboración concertada con la Sanidad Militar.

Esta diversidad de modalidades en la prestación de la asistencia sanitaria, derivada de vínculos de distinta naturaleza jurídica, determina, como no puede ser de otra manera, que el tratamiento de la responsabilidad patrimonial que pueda exigirse al Instituto Social de las Fuerzas Armadas por los daños que puedan derivarse de la efectiva prestación de asistencia sanitaria en el ámbito del Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas que gestiona dicho organismo, sea diferente dependiendo de si la misma es prestada por los Servicios de la Red sanitaria militar, por los del Sistema sanitario público, o por los de las Entidades de Seguro Libre de Asistencia sanitaria.

1.—Partiendo de esta premisa, y por lo que respecta al régimen de colaboración concertada del ISFAS con la Sanidad Militar, significar, que, al amparo del art. 75.2 del Reglamento antes citado que obligaba a concertar primordialmente con la Sanidad Militar la prestación de asistencia sanitaria, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, formalizó en el año 1978 Conciertos con los Cuarteles Generales de los tres Ejércitos que estipulaban la forma y condiciones de acceso a los Hospitales Militares de los asegurados del Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

El marco complejo de relaciones derivado de dichos Conciertos, fue superado con la publicación de la Instrucción 140/1994, de 23 de diciembre que diseña un nuevo sistema en el que, teniendo en cuenta la configuración de la Sanidad Militar como conjunto asistencial único para las Fuerzas Armadas y la reestructuración de la Red Sanitaria Militar, consagraba un régimen jurídico unitario regulador de la colaboración concertada del ISFAS con la Sanidad Militar, poniendo fin de este modo, a la innecesaria

y dispersa variedad de relaciones jurídicas que hasta ese momento regulaban dicha colaboración.

Dicha Instrucción fue modificada, en primer lugar, por la Instrucción 16/1996, de 25 de enero, que dando nueva redacción al apartado decimosexto de aquella dispuso, que la cuota mensual abonada por el ISFAS a Sanidad Militar por tal concepto, incluiría los gastos derivados de la responsabilidad patrimonial consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios encargados de prestar la asistencia sanitaria. Esta cláusula de exención expresa de responsabilidad patrimonial del ISFAS por los daños que puedan ocasionarse en el ámbito de la asistencia sanitaria concertada con la Sanidad Militar, se ha mantenido sin alteración con posterioridad en las sucesivas normas reguladoras de la colaboración concertada con la Sanidad Militar, y así se recoge en la actualidad en el apartado decimoséptimo de la Orden Ministerial num. 52/2004, de 18 de marzo.

Al amparo de esta cláusula, el ISFAS se ha venido declarando incompetente para iniciar e instruir los expedientes de responsabilidad patrimonial en relación con las reclamaciones por daños ocasionados por Centros hospitalarios adscritos a la Sanidad Militar, alegando, asimismo que el daño supuestamente causado, se imputa a un Centro o Servicio de la Sanidad Militar, cuya relación con el ISFAS se limita a la prestación de la asistencia médicoquirúrgica a sus asegurados en el marco de la colaboración concertada, sin que, a tenor de la normativa reguladora de dicha colaboración, dicho organismo participe en modo alguno en la gestión de aquel, ni en la selección del personal facultativo que presta servicio en el mismo, por lo que no puede imputarse la causación del daño al Instituto Social de las Fuerzas Armadas. (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11-03-04, en el recurso contencioso administrativo nº 325/03).

2.—Por lo que se refiere a las reclamaciones por daños ocasionados por los Servicios de la Red Sanitaria Pública, cuya relación tiene su origen en el Concierto suscrito por el ISFAS con el Instituto Nacional de Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, con fecha 30-12-1986, y en régimen de prórrogas anuales sucesivas, señalar que, este Instituto ha venido igualmente eludiendo su posible responsabilidad patrimonial, alegando que la única vinculación que tiene con los Servicios y Centros hospitalarios dependientes de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, es la derivada de la suscripción del citado Convenio para la prestación de asistencia sanitaria a sus asegurados. Así lo vienen entendiendo los tribunales de justicia, tanto del orden contencioso-administrativo, como del orden social, cuando han asumido la competencia en dicha materia.

En este sentido, podemos citar, a modo de ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Social, nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria, de 24-01-01, que condenó al INSS a abonar una indemnización a una beneficiaria del ISFAS que fue contagiada del virus VIH por causa de una transfusión sanguínea que le fue practicada en el Hospital Materno-Infantil de Las Palmas, absolviendo al ISFAS de la reclamación económica de la demanda.

3.—Por último, el ISFAS ha venido suscribiendo Conciertos con diversas Entidades de Seguro Libre, previa convocatoria pública, para la prestación sanitaria a sus asegurados y beneficiarios, cuya adscripción es voluntaria para los asegurados, pudiendo libremente elegir la Entidad concertada a través de la cual desean recibir dicha prestación. En dichos Conciertos, el último de los cuales fue suscrito el 16 de diciembre de 2002, y prorrogado para el año 2005 por Resolución 4B0/38266/2005, de 22 de diciembre, se incluye una cláusula de exención de responsabilidad del ISFAS, en relación con la actividad prestada por los Centros o facultativos de dichas compañías privadas.

Así establece expresamente su cláusula 5.2.1 que *«El presente Concerto no supone ni hace surgir ninguna relación entre el ISFAS y los facultativos o Centros de la Entidad que presten la asistencia. Las relaciones entre la Entidad y los facultativos o Centros son, en todo caso, ajenas al Concerto»*, y, concretamente, considera *ajenas al conjunto de derechos y obligaciones que determinan los fines del Concerto*, configurándolas como relaciones autónomas entre las partes, en la cláusula 5.2.2:

- A) *Las relaciones de los beneficiarios con los facultativos de la Entidad por causa que afecte o se refiera al ámbito propio del ejercicio profesional de dichos facultativos.*
- B) *Las relaciones de los beneficiarios con los centro de la Entidad, por causa de la actividad asistencial de dichos medios o del funcionamiento de sus instalaciones o por motivo que afecte o se refiera al ámbito propio del ejercicio profesional de los facultativos que, bajo cualquier título, desarrollen actividad en dichos centros.*

Las relaciones mencionadas, tal y como se dispone en la cláusula 5.2.3, tendrán la naturaleza que, con arreglo a derecho, corresponda a su contenido y el conocimiento y decisión de las cuestiones que puedan surgir en las mismas serán competencia de la jurisdicción ordinaria civil, o en su caso, penal.

Por último, en la cláusula 5.4.1 se dispone que queda excluida la vía administrativa para reclamaciones de los beneficiarios referentes a las

relaciones mencionadas en la cláusula 5.2 y que, en caso de plantearse, se contestará al interesado que, por razón de incompetencia del ISFAS, no resulta posible resolver sobre el fondo de la reclamación, con indicación de que puede formularse, si se estima oportuno, frente a los facultativos, Centros o, si procede, la propia Entidad, en la vía jurisdiccional ordinaria que corresponda según la naturaleza de los hechos.

Lo que se concreta, en definitiva, en la redacción de las cláusulas transcritas es la desvinculación del ISFAS respecto a las responsabilidades que se deriven de la actuación de los profesionales incluidos en los cuadros médicos de la Entidad, por lo que, en consecuencia, será el facultativo o la Entidad Aseguradora el responsable de la actuación profesional en que consista la asistencia sanitaria y que puede dar lugar a la producción del daño.

Al amparo de estas cláusulas, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por daños causados en el ámbito de la asistencia sanitaria prestada por los Servicios de las Entidades concertadas, han sido informadas desfavorablemente por la Asesoría Jurídica del Instituto, considerando que no existe una relación de causalidad entre actuación administrativa y daño producido, por cuanto, como se ha expuesto antes, en estos casos la actividad presuntamente productora del daño, no puede imputarse al ISFAS, sino, en todo caso, al facultativo o a la Entidad, contra los que deberá dirigirse la reclamación en la vía judicial ordinaria.

Este criterio ha sido asumido por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa, así como por el Consejo de Estado y por los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que han entendido de este tipo de reclamaciones, hasta la fecha.

En este sentido, el Consejo de Estado en su Dictamen nº. 2041/1995, de 30 de noviembre de 1995 se pronunció en los siguientes términos:

«El Instituto Social de las Fuerzas Armadas actúa como garante público del riesgo de enfermedad, comprometiéndose a que al asegurado se le satisfaga una determinada asistencia sanitaria en el que existe una gran libertad de elección por su parte, escogiendo la entidad prestadora y dentro de ella, el personal sanitario que desee, de acuerdo con la lista ofrecida por cada Entidad. Esta condición no permite imputar a aquel toda responsabilidad que se derive de una posible negligencia profesional de facultativos situados fuera de su organización». Así lo ha entendido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 27-09-1994, que se refiere a un caso análogo»

Este criterio ha sido reiterado en posteriores Dictámenes por el Órgano Consultivo, así en los de fecha 3-12-1998 y 24-06-1999.

Los mismos argumentos han venido utilizando los órganos judiciales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para excluir al ISFAS de responsabilidad patrimonial en este ámbito. Así podemos citar, a modo de ejemplo, la sentencia de 5-02-04, de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que siguiendo el criterio mantenido con anterioridad por diversas sentencias procedentes de dicha Sala, como las de fechas 19-07-01, 22-02-01, 24-01-02, 26-09-02, o 28-11-02, con ocasión de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración presentada por un asegurado del ISFAS por el daño causado supuestamente por una Clínica concertada por ADESLAS, señala en su Fundamento de Derecho Tercero:

«el daño cuyo resarcimiento se persigue no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos, habida cuenta que la actuación administrativa consiste en celebrar conciertos con Entidades o Sociedades para facilitar a los mutualistas y beneficiarios la prestación sanitaria, de tal modo que, a tenor de lo dispuesto en los Conciertos suscritos, la responsabilidad que pueda surgir por la defectuosa asistencia sanitaria no es susceptible de ser imputada más allá del círculo en que efectivamente se realiza la prestación, extendiéndose en la forma pretendida por el demandante .El ISFAS no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, ha sido la entidad concertada elegida por la beneficiaria la que lo ha hecho a través de sus servicios y en el ámbito de una relación establecida libremente con la recurrente y que esta no puede desconocer». Posteriormente añade: «Por lo que, cuando la prestación de la asistencia sanitaria, como servicio público al que tiene derecho el demandante, se efectúa, por su exclusiva y libérrima voluntad, mediante la adscripción a una institución privada, concertada con la Administración para la gestión del servicio público de la asistencia médica, los daños imputables a la prestación del servicio efectuado por dicha institución al demandante y sus beneficiarios deben ser indemnizados por la misma, al no indicarse causa imputable a la Administración, en la selección de la indicada institución privada como gestora del servicio público prestado».En este mismo sentido se pronuncia la más reciente sentencia dictada por esa misma Sala de la Audiencia Nacional de fecha 18-03-05.

Con estos argumentos, la jurisdicción contenciosa-administrativa, hasta el momento, ha venido desestimando los recursos contenciosos-administrativos interpuestos contra las resoluciones del Ministro de Defensa en los procedimientos de responsabilidad patrimonial dirigidos contra el Instituto Social de las Fuerzas Armadas declarando, en algunos casos, que las pretensiones indemnizatorias formuladas por los demandantes deben dirigirse contra los facultativos, Centros privados o Entidades por la vía judicial ordinaria, ya sea civil o penal, excluyendo por tanto de responsabilidad patrimonial al ISFAS⁴⁵.

VII. CONCLUSIONES

De lo expuesto en el presente estudio podemos concluir que la regulación del instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que establecen los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/32, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/99, de 13 de enero, no esta completa, siendo varias las cuestiones que deberían haber sido contempladas por el legislador y que en su defecto, han quedado a la discreción tanto de las Administraciones Públicas, como de los Tribunales de Justicia, sobre todo en lo que se refiere a los criterios de antijuricidad del daño, a la compatibilidad de las indemnizaciones reconocidas en concepto de responsabilidad patrimonial con otras reconocidas por títulos distintos o con prestaciones sociales, a la determinación de la relación de causalidad o al concepto de fuerza mayor, y que deberán ser matizadas por el legislador en aras de una mayor seguridad jurídica, y para que el sistema de responsabilidad patrimonial no termine por convertirse en un sistema de aseguramiento público universal, de cuyo peligro ha advertido reiteradamente el Tribunal Supremo al insistir en que la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria exige siempre un cuidadoso análisis de los hechos y de todas las circunstancias concurrentes a fin de poder afirmar la relación de causalidad entre la actuación del personal a su servicio y el resultado producido, lo que no resulta tarea fácil en un sector como en el de la salud, en cuya estabilidad, restablecimiento o pérdida confluyen tantos y tan variados factores.

En suma, el sistema de responsabilidad administrativa, con su consagración constitucional, deviene pieza fundamental de nuestro régimen jurídico-administrativo, como garantía de los administrados frente a los daños

⁴⁵ La reciente sentencia del TS de 20-02-07 cambia el criterio de la jurisprudencia antes citada atribuyendo responsabilidad patrimonial a la Administración en un supuesto de asistencia sanitaria prestada por una Entidad de Seguro concertada con el ISFAS.

eventuales que la acción de los poderes públicos, cuya intervención es consustancial al carácter social del Estado, pueda producirles, siendo, asimismo, un instrumento para asegurar un servicio público eficaz, pero como viene afirmando el Consejo de Estado, sin que constituya un sistema protector universal que imponga la provisión de prestaciones resarcitorias a cargo de la Administración para asegurar o garantizar al conjunto de los ciudadanos frente a todos los riesgos posibles como complemento de los sistemas de protección social, lo que desvirtuaría su verdadera naturaleza.

Capitán Auditor D^a Isabel Maria Romero Lucas

BIBLIOGRAFÍA:

- García de Enterría y Tomas Ramón Fernández: «Curso de Derecho Administrativo II»
- Garrido Falla: « La Administración Pública después de la Constitución», en Libro Homenaje a Villar Palasí. Madrid, 1989.
- Alfredo Dagnino Guerra: «La responsabilidad patrimonial del Estado y de la Administración Pública: evolución legislativa y perspectivas constitucionales».
- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer: «Las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas». Sevilla, 1999.
- Leguina Villa: «El fundamento de la responsabilidad de la Administración».
- José Guerrero Zaplana: «La responsabilidad patrimonial de la Administración. Especial referencia a la administración sanitaria». LA LEY, 2000-7.
- Ramón Vázquez del Rey Villanueva: «La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria». Boletín del Ilmo. Colegio de Abogados de Madrid, nº 24, enero, 2003.
- Requero Ibáñez, J.L, en «El consentimiento informado y la responsabilidad de las Administraciones Públicas». Actualidad administrativa, n.º 31.
- De Ahumada Ramos, F.J: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», Edit. Aranzadi.
- Magro Servet, Vicente: «La responsabilidad sanitaria bajo el marco competencial del Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo», LA LEY, num. 4788/1999.
- Martín Bernal, José Manuel: «Responsabilidad médica y derechos de los pacientes », Madrid, 1998.

NOTAS

¿SEPARACIÓN DE PODERES EN «TIEMPOS DE GUERRA»?: UNA RESPUESTA AL TERRORISMO INTERNACIONAL DESDE LA CONSTITUCIÓN DE LOS EUA

David Fernández Puyana¹

«No hay razón para pensar que los futuros Presidentes actuarán en tiempos de guerra de forma diferente a como lo hicieron Lincoln, Wilson o Roosevelt, o que los futuros Presidentes del Tribunal Supremo decidirán cuestiones de forma diferente a sus predecesores»

William Rehnquist, *All the Laws But One: Civil Liberties During Wartime*

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de EUA divide el gobierno en tres diferentes poderes, el ejecutivo, el legislativo y el judicial. El Juez Brandeis indicó que los

¹ El autor es Lco. en Filosofía y Cº de la Educación por la Universidad de Barcelona, Lco. en Derecho por la Universidad de la Pompeu Fabra (Barcelona), Máster en Estudios Internacionales por la Universidad de la Pompeu Fabra (Barcelona), Master en Protección de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid) y LLM in International Human Rights Law por la University of Essex (UK). Premio de Derechos Humanos otorgado por la Academy on Human Rights and Humanitarian Law de la American University Washington School of Law (USA), 2005. Ha trabajado como experto en la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación Internacional de España. Es profesor invitado del Centro de DIH de la Cruz Roja Española y de la Asociación Española para el Desarrollo y Aplicación del DIDH. Actualmente trabaja como consultor internacional en Ginebra. El autor querría dedicar este trabajo al Sr. Richard Maiman, catedrático de ciencia política de la Maine University (USA), por las enseñanzas que de él recibió en Essex sobre derecho constitucional de los EUA.

redactores de la Constitución establecieron la doctrina de la separación de poderes con objeto de evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder². De hecho, dichos redactores fueron favorables al establecimiento de un sistema de «checks and balances» (cheques y balances), en vez de una concentración de poderes, ya que ellos consideraron que para conseguir un buen gobierno era necesario evitar el monopolio de poder en una única rama del gobierno³. Por tanto, el sistema de «checks and balances» no solo está en la línea con la doctrina de la separación de poderes, sino que incluso ambos son complementarios⁴ e interdependientes⁵.

Es innegable que el principio básico del constitucionalismo Norteamericano, el sistema de «checks and balances», ha sido a menudo inoperativo en tiempos de guerra, lo cual ha permitido al poder ejecutivo operar sin el debido control de los otros dos poderes, a decir, el legislativo y judicial. Tal concentración de poder en manos del ejecutivo es claramente constatable en la reciente historia Norteamericana —por ejemplo, durante la 2ª Guerra Mundial, la Guerra Fría, y la Guerra de Vietnam—, y es ahora de nuevo repetida en la política de seguridad nacional aplicada por el gobierno Bush como respuesta a los acontecimientos del 11 de Septiembre del 2001.

En varios documentos posteriores al 11 de Septiembre de 2001, tanto el poder ejecutivo, legislativo como el judicial han provisto una interpretación de como los poderes constitucionales del Presidente de EUA deberían ser ejercidos en tiempos de emergencia nacional.

El objetivo de este ensayo es primeramente, describir el posicionamiento de cada uno de los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) en el marco constitucional tras los acontecimientos del 11 de septiembre del 2001. Para alcanzar este propósito he tenido en cuenta tanto los discursos presidenciales, como las órdenes, resoluciones del Congreso y el derecho interno del país.

Segundamente, este estudio analiza tanto la decisión que el Tribunal Supremo adoptó en el caso *Hamdam v. Rumsfeld*, como los argumentos y precedentes jurisprudenciales que llegaron a utilizarse con objeto de defender su decisión. Dicho caso resulta fundamental para la futura viabilidad de las comisiones militares creadas por el Presidente con objeto de juzgar a los presuntos terroristas de Al-Qaeda.

² Myers v. United States, 272 U.S. 52, 293 (1926)

³ Shuman, H., and Thomas, W., THE CONSTITUTION AND NATIONAL SECURITY, A BICENTENNIAL VIEW, National Defense University Press, Washington, 1990, p. 234

⁴ Fisher, L., CONSTITUTIONAL CONFLICT BETWEEN CONGRESS AND THE PRESIDENT, Princeton University Press, New Jersey, 1985, p. 14

⁵ Youngstown Co. V. Sawyer, 343 U.S. 579, 635 (1952)

El protagonismo de la Presidencia en tiempos de guerra ha sido indiscutible a lo largo de la historia reciente de los EUA. Actualmente existe una lucha o guerra, tal como la administración Bush afirma, contra el terrorismo internacional, lo cual ha motivado que el poder legislativo y judicial hayan adoptado una postura en la cual otorgan al Presidente cierta «carta blanca» para llevar a cabo cualquier tipo de iniciativa militar o política.

II. PODER EJECUTIVO

El Tribunal Supremo de EUA ha afirmado que una de las más importantes preocupaciones para todos los gobiernos del mundo son los asuntos relativos a la seguridad⁶. Como consecuencia, la posición del Presidente en el caso de los EUA resulta vital para proteger la integridad de la nación⁷. Además, dicho alto Tribunal indica que la primacía institucional del Presidente deriva de su única posición en la Constitución de los EUA⁸, ya que una de sus responsabilidades primarias es dar una efectiva respuesta a cualquier tipo de amenaza⁹ que pueda existir en el país:

The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States..... (article 2.II)

El propósito de los redactores de la Constitución era crear un ejecutivo con poderes concentrados en la Presidencia¹⁰, que a su vez tuviese el control de las relaciones internacionales¹¹. Pero tal como el Tribunal Supremo indicó también en 1850, el Presidente como comandante en jefe está también «autorizado para dirigir las operaciones de las fuerzas armadas»¹².

Este acercamiento constitucional defendido por el Tribunal Supremo es reflejado en la *Joint Resolution 23 of the House of Representatives* «the

⁶ Haig v. Agee, 453 U.S. 280 (1981), Duncan v. Kahanamoku, 327 US 304 (1946)

⁷ Justice Powell, Harlow v. Fitzgerald, 457 U.S. 800 (1982)

⁸ Nixon v. Fitzgerald, 457 U.S. 731 (1982)

⁹ Lichter v. USA, 334 US 742, 785-86 (1948)

¹⁰ Westerfield, D. L., WAR POWERS, THE PRESIDENT, THE CONGRESS, AND THE QUESTION OF WAR, Library of Congress, Westport, 1996, p. 16

¹¹ Ludecke v. Watkins, 335 U.S. 160 (1948), Navy v. Egan, 484 US 518 (1988), United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 US 304 (1936)

¹² Fleming v. Page, 50 U.S. 602, 614 (1850)

authorization for the use of Military Force»¹³ y en el discurso presidencial apoyando esta ley¹⁴, fechadas ambos textos el 18 de Septiembre 2001. Estos documentos subrayan que «el Presidente tiene la autoridad bajo la Constitución para tomar cualquier tipo de acción que tenga como objeto disuadir y prevenir los actos de terrorismo internacional contra los EUA».

Griffin B. Bell, antiguo miembro presidencial del Consejo de Ministros, también defendió el 28 de noviembre del 2001 ante el *Comité sobre Asuntos Judiciales del Senado* de EUA, el liderazgo del Presidente en la actual guerra contra el terrorismo: «La autoridad del Presidente deriva no tanto de su rol como último responsable en la aplicación de la ley, sino más bien del rol que tiene como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación».

El liderazgo del Presidente deriva del texto, estructura e historia de la Constitución, debido al hecho que este texto legal confía al Presidente con la primaria responsabilidad de usar la fuerza en situaciones de emergencia, y a coordinar las operaciones militares de las mismas Fuerzas Armadas¹⁵. El Tribunal Supremo está de acuerdo con la primacía presidencial en la guerra contra el terrorismo, ya que el Presidente no solo tiene amplia discreción en determinar cuando una pública emergencia existe¹⁶, sino que incluso puede desplegar las Fuerzas Armadas fuera del país con objeto de proteger a los ciudadanos norteamericanos y la seguridad nacional¹⁷.

III. PODER LEGISLATIVO

Los poderes de guerra son una de las más controvertidas e indefinidas materias del derecho constitucional norteamericano, en el cual tanto el Presidente como el Congreso tienen atribuidas sus propias competencias. La Constitución otorga al Congreso el poder para declarar la guerra y legislar, imponer impuestos, gastar y hacer todo aquello que resulte necesario para llevar a cabo la guerra. Por otra parte, el Presidente, como comandante en jefe, tiene la autoridad constitucional para mandar las

¹³ http://www.yale.edu/lawweb/avalon/sept_11/sjres23_eb.htm

¹⁴ <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010918-10.html>

¹⁵ John C. Yoo, Memorandum (1) Opinion for the Deputy Counsel to the President, 25 September 2001, from Greenberg, K. J., and Dratel, J. L., *THE TORTURE PAPERS, THE ROAD TO ABU GHRAIB*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 5

¹⁶ *USA v. Smith*, United States Court of Appeals for the district of Columbia Circuit. Argued October 23, 2000 Decided November 24, 2000.

¹⁷ *United States v. Verdugo-Urquidez*,. 494 US 259, 265-66 (1990)

Fuerzas Armadas¹⁸. Por tanto, la idea de guardar el «dinero y la espada» en diferentes poderes constitucionales fue un principio básico para los redactores de la Constitución¹⁹.

En la actual lucha contra el terrorismo, el Congreso ha concedido totales poderes de guerra al Presidente con objeto de responder a los ataques terroristas. Sin embargo, el Congreso ha intentado también controlar las decisiones del Presidente, a través de la inclusión de la *War Power Resolution* en la sección 2 de la *Joint Resolution 23*. La inclusión de este control es más teórico que real, ya que el Presidente históricamente ha tenido libertad de acción para llevar a cabo la guerra, y el Congreso ha sido renuente, por su parte, a cuestionar sus acciones²⁰. Por tanto, aunque el principal propósito de la *War Power Resolution* es supervisar al Presidente, los resultados no han sido muy exitosos desde su promulgación en 1973²¹, incluyendo la actual lucha contra el terrorismo.

La *Joint Resolution 23* incluye en la sección 2.a la autorización dada al Presidente por el Congreso para el uso de la fuerza militar. De acuerdo a la interpretación de John C. Yoo, esta *Joint Resolution* no puede estar solo limitada a aquellos individuos, grupos, o estados que planearon, autorizaron, cometieron, o ayudaron a los ataques relacionados con el 11 de Septiembre, ya que esto sería contrario a los amplios poderes constitucionales que permite al Presidente usar la fuerza militar en cualquier circunstancia. Por tanto, el Presidente tendría legitimidad para responder a las amenazas terroristas provenientes de cualquier individuo, independientemente de si ellos están descritas o no en la *Joint Resolution 23*.

El Congreso ha evitado criticar abiertamente los poderes de guerra del Presidente. Incluso, algunos senadores han colaborado asiduamente con el gobierno en la lucha contra el terrorismo. El principal propósito del senador McCain en la enmienda Anti-Tortura introducida en la Ley de Defensa era prevenir que los individuos en custodia fuesen sujetos a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, tal como es definida en la quinta, octava y catorceava enmienda de la Constitución de los EUA.

¹⁸ Henkin, L., *FOREIGN AFFAIRS AND THE US CONSTITUTION*, Clarendon Press-Oxford, New York, 1997, p. 97-98

¹⁹ Fisher, L, *supra* n. 4, p. 8

²⁰ Katzmann, R., *War Powers: Toward a New Accommodation*, from Mann, T., *A QUESTION OF BALANCE, THE PRESIDENT, THE CONGRESS, AND FOREIGN POLICY*, The Brookings Institution, Washington, 1990, p. 35

²¹ Ogul, M. S., *The war powers resolution: Congress versus the President*, de Shuman, H., and Thomas, *supra* n. 3, p. 309-315

IV. PODER JUDICIAL

Una de las finalidades de la judicatura es controlar la posible acción arbitraria de los responsables políticos pertenecientes tanto al poder legislativo como ejecutivo. Por consiguiente, su independencia es fundamental para defender los derechos e intereses de los individuos²². El sistema de control llevado a cabo por la judicatura sobre los otros poderes únicamente funciona en tiempos de paz y orden social, ya que este balance tradicional varía profundamente en tiempos de guerra.

El poder judicial ha sido siempre renuente a fallar en favor del Congreso o del Presidente en los temas relacionados con los poderes de guerra²³, o a examinar los poderes indeterminados del Presidente como comandante en jefe²⁴. La judicatura considera que ellos no pueden controlar al Presidente, ya que, por una parte, su competencia no puede ser extendida a materias relacionadas con poderes estatales elegidos democráticamente, y por otra, su abstención es necesaria para la independencia de las cortes²⁵.

Uno de los más polémicos temas en la lucha contra el terrorismo es la aprobación por el Senado de la *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA Patriot Act)*²⁶, ya que esta medida autoriza al Gobierno a usar las escuchas y los servicios de inteligencia para obtener información de presuntos terroristas.

El Senador Patrick Leahy²⁷, defensor de esta medida, indicó el 25 Octubre de 2001 que a pesar que esta medida producía legítimas y serias preocupaciones sobre la expansión de los poderes del gobierno, esta ley tenía que ser aprobada por razones de seguridad nacional. Unos años más tarde, el 16 de Diciembre de 2005, el Senador Feingold²⁸ arguyó que esta ley no debería ser renovada por el Senado ya

²² Vanderbilt, A. T., *THE DOCTRINE OF THE SEPARATION OF POWERS AND ITS PRESENT-DAY SIGNIFICANCE*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1953, p. VI

²³ Westerfield, D. L., *supra* n. 11, p. 25

²⁴ Pritchett, H. C., *National Security and the United States Judiciary*, from Schuman, H.E. and Thomas, W.R., *supra* note. 3, p. 324

²⁵ Fisher, L., *PRESIDENTIAL WAR POWER*, University Press of Kansas, Kansas, 1995, p. 198-199

²⁶ <http://www.lifeandliberty.gov/>

²⁷ http://www.yale.edu/lawweb/avalon/sept_11/house_proc_hr3162.htm

²⁸ <http://feingold.senate.gov/~feingold/statements/01/10/102501at.html>

que la *US Patriot Act* era contraria a la cuarta enmienda de la Constitución de EUA²⁹.

El Tribunal Supremo no ha fallado de forma conclusiva acerca del uso por parte del Presidente de las escuchas electrónicas con objeto de obtener información sobre gobiernos extranjeros, personas y agencias³⁰, ya que las Cortes consideran que el Presidente tiene autoridad constitucional para hacer este tipo de cosas. De hecho, tanto el Presidente³¹ como el Fiscal General³² usaron el argumento del Presidente como comandante en jefe con objeto de obtener la renovación de la *Patriot Act* en 2005³³.

El Tribunal Supremo ha fallado dos sentencias las cuales están en desacuerdo con la posición del Gobierno de los EUA. Primeramente, en el caso *Hamdi v. Rumsfeld*³⁴, donde tanto el juez David H. Souter como el juez Ruth Bader Ginsburg indicaron que Hamdi tenía el derecho a que su caso fuera examinado por un tribunal de justicia. Por consecuencia, el Tribunal consideró que el Gobierno de EUA había violado la quinta enmienda de Hamdi relativo al debido proceso, ya que dicho individuo fue arrestado indefinidamente, sin acceso a abogado como consecuencia de ser considerado un combatiente enemigo. Segundamente, en el caso *Rasul v. Bush*³⁵ el Tribunal consideró que los presos de la Base de Guantánamo deberían tener el derecho del habeas corpus.

Pero el caso que ha levantado más expectación recientemente es el caso *Hamdam v. Rumsfeld*, ya que dicha decisión ha desautorizado las comisiones militares creadas por el Presidente. El pasado 28 de marzo del 2006 tuvo lugar su vista oral, y el 29 de junio del mismo año el Tribunal Supremo adoptaba su fallo. El demandante, Salim Ahmed Hamdam es un nacional yemení, el cual fue capturado durante la invasión de Afganistán, mientras servía como chofer y guardaespaldas de Usama bin Laden. Aunque él niega su participación en los atentados del 11 de septiembre del

²⁹ «The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized», IV Enmienda de la Constitución de EUA

³⁰ Henkin, L., *supra* note 17, p. 53

³¹ President Bush defends USA Patriot Act renewal and domestic wiretapping order, President's Radio Address, December 17, 2005

³² Press Briefing by Attorney General Alberto Gonzales and General Michael Hayden, Principal Deputy Director for National Intelligence, December 19, 2005

³³ <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/12/20051217.html>

³⁴ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004)

³⁵ *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004)

2001, la corte de apelación para el distrito del circuito de Columbia le acusa con los cargos de conspiración para cometer actos de terrorismo.

Entre las cuestiones que el Tribunal Supremo fue preguntado es tanto, si la autorización del Congreso para el uso de la fuerza, como el artículo II de la Constitución proveen suficiente autorización al Presidente para establecer comisiones militares, que tengan como objeto juzgar a Hamdam y a presuntos terroristas de Al Qaeda por crímenes de guerra³⁶. A pesar que el Tribunal Supremo fue renuente a contestar directamente a la cuestión de la posible autoridad del Presidente por considerar que este no era un asunto que correspondía resolverlo en el presente juicio³⁷, dicho Tribunal consideró que la comisión militar violaba el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra³⁸, debido a que la estructura y procedimientos de dichas comisiones no garantizaban en ningún caso los derechos individuales de Hamdam. De hecho, el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra prohíbe las «*condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados*».

Los fundamentos legales y políticos usados por el Departamento de Justicia de EUA para crear este tipo de comisiones militares se encuentran en la *Military Order: Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism* firmada por el Presidente Bush el 13 de noviembre del 2001. El preámbulo de esta orden estipula estas razones:

By the authority vested in me as President and as Commander in Chief of the Armed Forces of the United States by the Constitution and the laws of the United States of America, including the Authorization for Use of Military Force Joint Resolution (Public Law 107-40, 115 Stat. 224) and sections 821 and 836 of title 10, United States Code

Dicha *Military Order* hace mención expresa al contenido de la Sección 2(a) de la *Joint Resolution*. Algunos expertos arguyen que esta Sección podría ser interpretada como la vía la cual concede al Presidente el derecho, como comandante en jefe, a usar la fuerza en defensa propia como

³⁶ Dorf, M., C., *The Nation's Second-Highest Court Upholds Military Commissions*, de Findlaw,

³⁷ Hamdam v. Rumsfeld, Secretary of Defense et al., Supreme Court of the United States, June 29, 2006, p. 28

³⁸ Hamdam v. Rumsfeld, supra n° 37, p. 2

consecuencia de una continuada amenaza proveniente de un estado o un actor no estatal³⁹. De hecho, la sección 2(a) de esta Resolución autoriza al Presidente:

to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on Sept 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons

Otro argumento usado por la *Military Order* para legitimar este tipo de comisiones se encuentra en la mención que realiza del Código de Justicia Militar de los EUA. La Sección 821 del Título 10 de dicho Código regula la jurisdicción de las Comisiones o Tribunales Militares⁴⁰, mientras que el segundo estatuto, la Sección 836 del Título 10, desarrolla los poderes del Presidente para prescribir leyes⁴¹.

A pesar de estos antecedentes político-jurídicos, algunos expertos⁴² indican que este tipo de comisiones creados por Bush son ilegales, ya que el primer estatuto del Código estaría solo centrado en los delitos cometidos por los miembros del ejército. Además, la Sección 821 no puede incluir el crimen de conspiración, ya que ni las Convenciones de la Haya ni Ginebra contemplan esta posibilidad⁴³. Por otra parte, el segundo estatuto regula exclusivamente los procedimientos y reglas de prueba en derecho penal tanto de los Tribunales Federales como de las cortes marciales, lo que quiere decir que el estatuto no contemplaría la posibilidad de tribunales creados bajo la orden del Presidente.

A lo largo de la historia norteamericana, el Tribunal Supremo ha repetido en más de una ocasión que él no estaba legitimado para revisar los méritos de cualquier decisión realizada por un Tribunal Militar⁴⁴, ya que

³⁹ Silliman, S.L., *DOJ Oversight: Preserving our freedoms while defending against terrorism*, US Senate Committee on the Judiciary, November 28, 2001

⁴⁰ Section 821, Art. 21, Jurisdiction of courts-martial not exclusive, de Findlaw

⁴¹ Section 836. Art. 36. President may prescribe rules, de Findlaw

⁴² Grossman, J. B., *Careless with the Constitution? The Problem with Military Tribunals*, November 29, 2001, de Findlaw

⁴³ Baldrate, B. C., *The Supreme Court's Role in Defining the Jurisdiction of Military Tribunals: A Study, Critique, & Proposal for Hamdam v. Rumsfeld*, *Military Law Review*, Vol. 186, 2005, p. 111

⁴⁴ Rosen, R. D., *Civilian Courts and the Military Justice System: Collateral Review of Courts-Martial*, 108 *Military Law Review*, 5 (1985)

considera que el poder judicial no debe interferir en los asuntos militares, y viceversa⁴⁵. Teniendo en cuenta estos antecedentes algunos expertos han indicado erróneamente que «basado en la historia, es improbable que el Tribunal Supremo falle en contra de los procedimientos abiertos por la actual comisión militar que tiene como objeto juzgar a Hamdam»⁴⁶.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha tenido dos opciones a la hora de determinar la constitucionalidad de las comisiones militares en el llamado caso Hamdam: 1) Seguir el caso *Quirin*⁴⁷ y permitir al Gobierno continuar adelante con estas comisiones en base al artículo I o II de la Constitución, o 2) seguir el caso *Milligan* y prohibir los juicios militares en base al artículo III de la Constitución. Finalmente, el Tribunal Supremo adoptó la segunda de las opciones.

Opción primera: el caso *Quirin* es el precedente legal más importante de la *Military Order* y además, es a menudo citado por el Gobierno de EUA para justificar las actuales comisiones militares⁴⁸. Franklin D. Roosevelt también creó una comisión militar con objeto de juzgar a ocho saboteadores Nazis, los cuales intentaron destruir en EUA varios objetivos militares. De acuerdo a la administración Bush, la *Presidential Proclamation 2561* firmada por Roosevelt el 2 de Julio de 1942 sería un claro precedente.

Los abogados de Hamdam presentan los mismos argumentos legales ya usados por los abogados de los saboteadores Nazis hace 60 años contra la constitucionalidad de estas comisiones. Este argumento es el siguiente: «El Presidente está sin autoridad constitucional o estatutaria para ordenar a los demandados a ser juzgados por comisiones militares por los delitos de conspiración»⁴⁹. El Tribunal Supremo falló en 1942 que la orden presidencial creando la comisión militar era una orden de acuerdo al derecho de los EUA, y que los demandados estaban legalmente detenidos.

Sin embargo, podría indicarse que la *Military Order* firmada por el Presidente Bush difiere sustancialmente del presunto precedente *Quirin*⁵⁰, ya que cuando los hechos de dicho caso ocurrieron en 1942, el Congreso de EUA había formalmente declarado la guerra contra Alemania. Por otra

⁴⁵ Orloff v. Willoughby, 345 U.S. 83, 94 (1953)

⁴⁶ Baldrate, B. C., supra note. 33, p. 20

⁴⁷ Ex Parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942)

⁴⁸ Lazarus, E., *The history and precedential value of the Supreme Court case cited in support of the Bush Administration's Military Tribunals*, December 11, 2001, de Findlaw

⁴⁹ Ex Parte Quirin, supra note 37

⁵⁰ Elsea, J., *Terrorism and the Law of War: Trying Terrorist as War Criminals before Military Commissions*, CRS Report for Congress, Received through the CRS Web, Library of Congress, 11 December, 2001

parte, una vez que los ataques terroristas ocurrieron el 11 de Septiembre del 2001, los EUA no estaban en un estado de conflicto armado, solo unos días después el Congreso hizo una declaración formal en este sentido. Además, aunque los actos de terrorismo son considerados una violación del derecho internacional, estos no pueden ser calificados como una violación del derecho de guerra⁵¹.

Otra de las diferencias entre la *Military Order* del Presidente y el caso *Quirin* es la determinación legal sobre quien puede ser juzgado en los tribunales militares. De hecho, el Presidente no solo tiene la plena discreción para castigar a potenciales terroristas no conectados con el 11 de septiembre, sino que además esta orden no impone límite en las conductas que pueden ser juzgadas por estos tribunales⁵².

Por otra parte, algunos otros autores⁵³ apoyan la constitucionalidad de las comisiones militares, indicando que este tipo de comisiones tienen una larga tradición en la historia de los EUA. De hecho, ellos fueron usados en la guerra Mexicano-Americana (1846-48) y la guerra civil (1861-1865). Los defensores de los tribunales militares arguyen que la falta de declaración de guerra por el Congreso no es un elemento fundamental para determinar la ilegalidad de este tipo de tribunales, ya que debería tenerse en cuenta los cambios políticos ocurridos desde la 2º Guerra Mundial. De hecho, el Congreso ya no declara la guerra tal como se hacía en el pasado, y además, el Congreso ha siempre autorizado este tipo de tribunales⁵⁴. Además, «mientras el Congreso tiene el poder para crear cortes marciales y determinar las leyes de los tribunales de guerra, la leyes marciales y las cortes de ocupación militar emanan únicamente de la autoridad del Presidente como comandante en jefe»⁵⁵.

En el caso *Yamashita*⁵⁶, un caso similar al *Quirin*, el General Séller, como comandante de las Fuerzas Armadas de los EUA, creó comisiones militares una vez concluida la 2º Guerra Mundial con objeto de juzgar a los nacionales japoneses. La comisión fue creada por un general del ejército cuya autoridad venía refrendada por la política aplicada por el Gobierno de los EUA. Por tanto, «si un comandante en el Pacífico puede esta-

⁵¹ Silliman, S.L, supra note 29

⁵² Orentlicher, D., F. and Goldman, R. K., *The Military Tribunal Order: When Justice Goes to War: Prosecuting Terrorists Before Military Commissions*, 25, Harvard Journal of Law & Public Policy, 653, 2002

⁵³ Dean, J., *Military Tribunals: A Long and Mostly Honorable History*, December 7, 2001, de Findlaw

⁵⁴ Dean, J., supra note 43

⁵⁵ Baldrate, B. C., supra note. 33, p. 13

⁵⁶ In Re Yamashita, 327 U.S. 1 (1946)

blecer sus propios tribunales militares y operar bajo el derecho militar, entonces seguramente que el Presidente, como comandante en jefe, puede hacer la misma cosa»⁵⁷.

Esta primera opción, relativa a la constitucionalidad de las comisiones militares, fue defendida como voto disidente por los jueces Thomas, Scalia y Alito en el caso *Hamdam*. Según estos jueces la interpretación que el Presidente pueda hacer del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra debe ser respetada, debido a la posición predominante que el Presidente tiene en el sistema constitucional de los EUA⁵⁸. Por tanto, el intento del Tribunal Supremo de aplicar las mismas reglas y procedimientos de los tribunales militares a las comisiones militares es insostenible desde el derecho interno de los EUA, ya que ambos órganos judiciales son totalmente distintos. De hecho, las comisiones militares se diferencian de los tribunales militares, en que dichas comisiones son un instrumento legal que el Presidente tiene con objeto de juzgar aquellos delitos contra la seguridad nacional cometidos en tiempos de guerra. De ello se deduce según los jueces Thomas, Scalia y Alito, que la decisión del Tribunal Supremo ha creado un importante y peligroso precedente jurisprudencial en la historia del constitucionalismo norteamericano, ya que los poderes del Presidente han sido enormemente limitados, como consecuencia de la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra.

Opción segunda: el Tribunal Supremo adoptó finalmente en el caso *Hamdam* el precedente legal del caso *Milligan*. En este último caso el Tribunal falló en favor del demandante al declarar la ilegalidad de su internamiento durante la guerra civil de los EUA. El demandante había sido acusado de conspiración contra el Gobierno de los EUA y además, violación de las leyes de guerra. El Tribunal indicó que el demandante no podía ser juzgado de un delito criminal por una comisión militar, elegida por un comandante militar, en un país donde los tribunales civiles funcionaban correctamente y no estaban obstruidos⁵⁹.

El caso *Milligan* estaría en la línea del caso *Kulomin*⁶⁰ del Comité de Derechos Humanos de las NNUU, y el caso *Cantoral Benavides*⁶¹ de la

⁵⁷ Fletcher, G.P. *The Military Tribunal Order: On Justice and War: Contradictions in the Proposed Military Tribunals*, 25, Harvard Journal of Law & Public Policy, 635, 2002

⁵⁸ *Hamdam v. Rumsfeld*, supra nº 37, p. 43

⁵⁹ Ex parte *Milligan*, 71 U.S. 2 (1866)

⁶⁰ Com. No. 521/1992, **V. Kulomin v. Hungary**, U.N. Doc. CCPR/A/51/40, 1996

⁶¹ I/A Court H.R., *Case of Cantoral-Benavides v. Perú*. Judgment of August 18, 2000, Series C, 69

Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, ya que ambos casos indicaron que uno de los prerequisites para la correcta administración de justicia está relacionado con el tipo de competencia jurisdiccional que debe ser ejercida por los tribunales. Dicha competencia jurisdiccional debe ser ejercida por una autoridad independiente, objetiva e imparcial en relación con el caso que se discute en el tribunal. Dicha postura es defendida por el juez Kennedy en el voto particular del caso *Hamdam*, al subrayar la necesidad que los tribunales, que deben juzgar a este presunto terrorista, deberían ser totalmente independientes del poder ejecutivo. De hecho, el *relator especial sobre la independencia de jueces y abogados* de las Naciones Unidas expresó su preocupación sobre la adopción de ciertos actos que se están adoptando en nombre del contra—terrorismo y seguridad, ya que dichas medidas no cumplen con los mínimos estándares de derechos humanos, afectando negativamente a la independencia de la judicatura⁶².

Sin embargo, y a pesar que la decisión del Tribunal Supremo prohíbe la constitución de dichas comisiones militares, la reacción de la administración Bush al caso *Hamdam* ha estado en la línea del voto disidente que los jueces Thomas, Scalia y Alito defendieron en el susodicho caso. De hecho, el acuerdo adoptado entre el Senado de los EUA y la administración Bush el pasado mes de septiembre del 2006 en la llamada *ley para autorizar los juicios llevados a cabo por las comisiones militares por violación de las leyes de guerra, y por otros propósitos*⁶³ fortalece la posición del Presidente en la lucha contra el terrorismo. De dicho acuerdo surgió la llamada *Military Commission Act*, la cual fue firmada por el Presidente de EUA el 17 de octubre del 2006. En dicho acto legislativo el Presidente ya no solo tiene la autoridad suficiente para establecer comisiones militares con objeto de juzgar a los combatientes ilegales⁶⁴, sino que incluso, tiene autoridad para interpretar el significado y la aplicación de las Convenciones de Ginebra⁶⁵.

Una de las consecuencias legales de la *Military Commission Act*, ha sido la aprobación y presentación del *Manual for Military Commission* al Congreso de los EUA el 18 de enero del 2007. En dicho manual ya no solo

⁶² Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Leandro Despouy, Commission on Human Rights, E/CN.4/2004/60, 2003, parr. 59

⁶³ <http://jurist.law.pitt.edu/index.php?edition=world>

⁶⁴ Sección 3.A de la *ley que autoriza los juicios llevados a cabo por las comisiones militares*

⁶⁵ Sección 8.C de la *ley que autoriza los juicios llevados a cabo por las comisiones militares*

se regula las reglas de procedimiento y prueba de las comisiones militares, sino que incluso, vuelve a destacarse la posición del Presidente de EUA como máximo intérprete y responsable de estas Comisiones. Además, el mencionado manual incluye una disposición en la que se destaca que el Presidente de los EUA es el único garante en la aplicación de la pena de muerte en relación a aquellas personas que son condenadas por cometer crímenes contrarios a las leyes de la guerra⁶⁶.

La respuesta legal de la administración Bush al caso Hamdam invalida *de facto* una decisión del Tribunal Supremo de los EUA. Esta reacción de la administración Bush podría ser considerada como razonable si tenemos *solo en cuenta* el derecho interno del país y los importantes antecedentes jurisprudenciales entorno a la función del comandante en jefe en tiempos de guerra. Sin embargo, lo irrazonable del caso es la posible contradicción de dicha ley con los estándares de derechos humanos, y la particular interpretación que la administración Bush hace del término «estado de derecho». De hecho, el Fiscal General de los EUA, Alberto González, afirmó el 29 de septiembre en la Universidad de Georgetown en el marco de la «Fair and Independent Courts conference»⁶⁷ que los tribunales de justicia deben abstenerse de adoptar cualquier decisión que vaya en contra de la Constitución norteamericana. Ello quiere decir, según dicho Fiscal, que los jueces deben respetar escrupulosamente la separación de poderes que dicha Constitución establece en tiempos de guerra. Dicha interpretación de lo que debe entenderse por «estado de derecho» fue totalmente rechazado por Sandra O'Connor, antigua jueza del Tribunal Supremo, ya que según ella el «estado de derecho» significa, que el poder ejecutivo debe respetar escrupulosamente las decisiones del Tribunal Supremo.

Tal como podemos observar, el poder ejecutivo vuelve de nuevo a adoptar una posición de liderazgo en esta nueva lucha, tal como ya ocurrió en tiempos precedentes. Sin embargo, la diferencia es que en la actual lucha contra el terrorismo, el poder ejecutivo se ha enfrentado abiertamente al poder judicial. Y esta actitud de la administración Bush es lo que de verdad constituye un auténtico precedente en EUA, y no solo la sentencia Hamdam, la cual es al fin y al cabo, un importante desarrollo del caso Milligan. Por tanto, la reciente historia del constitucionalismo Norteamericano parece sufrir, tal como dicen algunos juristas, un retroceso considerable como consecuencia de la reacción legal de la administración Bush al invalidar una decisión judicial del Tribunal Supremo.

⁶⁶Military Commissions

V. CONCLUSIÓN

La Constitución de los EUA divide el Gobierno en tres diferentes poderes, a decir, el ejecutivo, legislativo y judicial. El sistema tradicional de «checks and balances» entre poderes ha siempre cambiado en tiempos de guerra, debido al hecho que el poder ejecutivo sale fortalecido en detrimento del legislativo y el judicial. En la actual lucha contra el terrorismo, tal como la administración Bush declara, el Congreso y el Senado ha concedido totales poderes de guerra al Presidente para responder a los ataques terroristas, y por su parte, el poder judicial es renuente a fallar a favor del Congreso o el Presidente en materia de poderes de guerra.

Sin embargo, en los últimos años el Tribunal Supremo ha fallado diferentes sentencias, las cuales limitan la libertad de acción que el Presidente tiene en tiempos de guerra. El caso *Hamdam* ha creado un importante precedente jurisprudencial, ya que ha deslegitimado las comisiones militares utilizadas por el Presidente con objeto de juzgar a presuntos terroristas.

Sin embargo, el peso de los antecedentes jurisprudenciales del Tribunal Supremo y la creación de comisiones militares a lo largo de la historia de Norteamérica, hace presumir que dichas comisiones pueden seguir existiendo como respuesta de los EUA al terrorismo internacional.

Ferney Voltaire (Francia) - Ginebra (Suiza), 21 enero, 2007

EL DESAHUCIO ADMINISTRATIVO DE LOS TITULARES DE VIVIENDA MILITAR

José Manuel Oltra García
Capitán Auditor

SUMARIO

1.—INTRODUCCIÓN. 2.-EL DESAHUCIO DE VIVIENDAS MILITARES EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE. 2.1.—Viviendas militares y pabellones de cargo. 2.2.—Naturaleza jurídica de las cesiones de uso de las viviendas militares. 2.3.—Los titulares del derecho de uso de las viviendas militares. 2.4.—La extinción de la relación arrendaticia en las viviendas militares. 2.4.1.-La pérdida del derecho de uso de las viviendas militares no enajenables: a) Cambio en la situación administrativa que otorgó el derecho al uso de la vivienda. b) Cambio de destino cuando implique cambio de localidad o área geográfica o cuando la vivienda esté vinculada al citado destino. c) Pérdida de la condición de militar de carrera o de militar profesional de tropa y marinería y pase a retiro del titular. d) Fallecimiento del titular. 2.4.2.—Las causas de resolución del contrato relativo a cualquier vivienda militar. 2.4.2.1.—Las causas de resolución del artículo 10.1 de la Ley 26/1999. 2.4.2.2.—Las causas de resolución del artículo 10.2 de la Ley 26/1999. 2.5.3.—Las causas de resolución en los pabellones de cargo. 2.5.-El procedimiento de desahucio de las viviendas militares y de los pabellones de cargo. 2.5.1.—El procedimiento en casos distintos a la falta de pago. 2.5.2.—El procedimiento en caso de impago de cánones o gastos repercutibles. 2.6.-La entrada en el domicilio en los desahucios administrativos. 2.6.1.—La autorización judicial del artículo 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 2.6.2.-Resoluciones judiciales que implican la entrada en domicilio. 2.6.3.-Planteamiento de la cuestión en los desahucios administrativos de viviendas militares.

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto examinar un tema tan controvertido, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, como es la privación del derecho de uso de la vivienda militar o pabellón de cargo, de quien es titular de tal derecho, así como el lanzamiento inherente al acto administrativo que declara la caducidad de dicho uso, facultad que se ejerce por la Administración, en el ejercicio de su privilegio autotutela.

No obstante lo anterior, de poco serviría examinar el desahucio de las viviendas militares, si no analizamos en qué consisten las mismas, la naturaleza jurídica de su uso y los beneficiarios de la misma, configurada, junto con la compensación económica y el sistema de ayuda de acceso a la propiedad de vivienda, como medida legal de apoyo a la movilidad geográfica del militar, en los términos señalados por la Ley 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas (B.O.E nº 164, de 10 de julio)¹ y el Real Decreto 991/2000, de 2 de junio (B.O.E. nº 133, de 3 de junio)².

Una vez realizado lo expuesto entraremos al análisis de las específicas causas de resolución de los contratos de cesión de uso de las citadas viviendas militares y pabellones de cargo, distinguiendo entre las causas de la pérdida del derecho de uso de las viviendas militares que se declaren como no enajenables a partir de la entrada en vigor de la Ley, las causas de resolución del contrato relativo a cualquier vivienda militar y las causas de pérdida del derecho de uso de los pabellones de cargo, el procedimiento para conseguir el desalojo de dichos inmuebles, que desemboca, si fuere necesario, en el ulterior lanzamiento de sus ocupantes, mediante la ejecución forzosa del acto administrativo que sirvió de base a la resolución del contrato, por medio de la compulsión sobre aquéllos y el modo de llevar a cabo dicha ejecución por medio de la efectiva entrada en el domicilio del afectado, previa autorización del juez competente.

¹ La Ley 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas, ha sido modificada por el artículo 62 y Disposición transitoria duodécima de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, el artículo 72 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre y el artículo 69 y Disposición transitoria primera, de la Ley 69 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre, todas ellas de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

² Posteriormente modificado por los Reales Decretos 1329/2000, de 7 de julio (B.O.E. nº 163, de 8 de julio) -cuya Disposición derogatoria única deroga los preceptos de los Reales Decretos 1751/1990, y 219/1997, que permanecían vigentes de acuerdo con lo establecido en la Disposición derogatoria única.2 de la citada Ley- y 1418/2005, de 25 de noviembre (B.O.E. nº 289, de 3 de diciembre).

2. EL DESAHUCIO DE VIVIENDAS MILITARES EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

2.1. VIVIENDAS MILITARES Y PABELLONES DE CARGO

La racionalización del parque de viviendas militares que establece la Ley 26/1999, exige, según reconoce expresamente el Apartado V de su Exposición de Motivos, reducir a dos las categorías de viviendas militares:

a) Viviendas cuya titularidad o administración corresponde al Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y a los Cuarteles Generales de los Ejércitos, con excepción de las viviendas a que hace referencia la disposición adicional primera (pabellones de cargo), que tienen la calificación única de viviendas militares y son destinadas a los fines señalados en la Ley (art.4.1).

La propia Ley prevé que el Ministro de Defensa pueda calificar como viviendas militares cualesquiera otras viviendas administradas por unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa, cuando se declaren innecesarias y queden desafectadas para los fines y destinos que tienen asignados.

Sea cual fuere su procedencia, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 4.1 de la Ley, *«Todas las viviendas militares se integran en el patrimonio propio del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, con excepción de aquellas que constituyen elemento inseparable de bases, acuartelamientos, edificios o establecimientos militares»*.

Debe tenerse en cuenta la importancia de la calificación legal única de los inmuebles como *«viviendas militares»*, ya que será esta operación la que determine el régimen normativo al que quedan sometidas, que será de aplicación con independencia de la vinculación que el titular tuviere con las Fuerzas Armadas, a la entrada en vigor de la Ley. Es decir, que es la calificación, y no la ocupación, lo que determina que un inmueble sea una vivienda militar³.

Estas viviendas, a su vez y por razón de su destino pueden ser enajenables y no enajenables, entendiéndose por éstas últimas, aquellas localiza-

³ En este sentido, si bien referido a lo que en su momento fueron *«viviendas militares de apoyo logístico»*, regidas por el Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, EMILIO, *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares*, Marcial Pons-Ministerio de Defensa, 1.995, p. 179.

das dentro de bases, acuartelamientos, edificios o establecimientos militares, las que por su ubicación supongan un riesgo para la seguridad de los mismos y aquellos otras que se encuentren en zonas específicas en las que resulte necesario disponer de viviendas para el personal destinado en las mismas, en especial en Ceuta y Melilla. El Ministro de Defensa, mediante las correspondientes Ordenes ministeriales comunicadas será quien determine la relación de las viviendas no enajenables⁴ (artículo 5.1). No obstante lo anterior, dicha competencia se encuentra actualmente delegada en el titular del INVIFAS, en virtud de la ORDEN DEF/2424/2004, de 20 de Julio, por la que se delegan competencias en autoridades del Ministerio de Defensa en relación con determinadas materias administrativas, cuyo apartado Primero.5 delega, en la Directora general Gerente del Organismo las competencias que figuran con los números 21 a 24 del Anexo de la citada Orden, siendo la número 21 la que la habilita para *«Determinar la relación de las viviendas militares no enajenables y modificar la citada relación cuando varíen las circunstancias que sirvieran para su elaboración, señalando en las disposiciones que se dicten al efecto el uso o destino posterior que tendrán las viviendas militares afectadas»*.

Precisamente, esta distinción entre viviendas militares enajenables y no enajenables, responde a la política de ventas que afecta a la mayor parte del parque de viviendas militares, cuya finalidad ha quedado ya expuesta. De este modo, una de las más relevantes innovaciones que contempla la Ley, lo constituye el reconocimiento expreso de que las viviendas militares ocupadas en régimen de arrendamiento especial puedan ser ofrecidas a los titulares del contrato o, en caso de fallecimiento de éstos, a los beneficiarios que tuviesen reconocido su derecho de uso con carácter vitalicio [Disposición adicional segunda.1.a)].

Dentro del conjunto de las viviendas militares no enajenables encontramos un subgrupo que se constituye por las denominadas viviendas mili-

⁴ La Orden Ministerial comunicada 241/1999, de 21 de octubre, determina la relación de viviendas administradas por el INVIFAS a la entrada en vigor de la Ley 26/1999, de 9 de julio que se declaran no enajenables. La Resolución 208/2000, de 27 de julio (BOD nº 151), del INVIFAS, regula la disponibilidad de viviendas militares no enajenables para su adjudicación en régimen de arrendamiento especial y personal que puede acceder a las mismas. La Resolución 4CO/10096/2002, de 1 de julio (BOD nº 131), del Director General Gerente del INVIFAS, reguló la disponibilidad de viviendas militares no enajenables para su adjudicación en régimen de arrendamiento especial. Esta última norma ha sido derogada por la Resolución 4CO/03046/2003, de 12 de febrero, del Director General Gerente del INVIFAS (BOE nº37), sobre disponibilidad de viviendas militares no enajenables para su adjudicación en régimen de arrendamiento especial.

tares no enajenables vinculadas a determinados cargos o destinos⁵, que son aquellas que se facilitan al personal que tenga asignado los destinos u ostente los cargos a que están vinculadas, aunque ello no obsta el derecho de estas personas a optar a las viviendas que se ofertan en régimen general en la localidad de que se trate.

b) Pabellones de cargo, en los que se integran las hasta ahora denominadas viviendas destinadas a domicilio oficial o de representación social del militar, por razón del cargo o destino que ostenten (Disposición adicional primera)⁶, siendo la característica diferenciadora de éstos, respecto de las viviendas vinculadas a cargo, que el uso de los pabellones de cargo es obligatorio y gratuito.

En la actualidad, la regulación de los pabellones de cargo se lleva a cabo por la ORDEN DEF/3242/2005, de 10 de octubre, por la que se regulan los pabellones de cargo del Ministerio de Defensa, que, en su apartado Primero, «Definición», señala que *«Tendrán la consideración de pabellones de cargo los inmuebles que se destinen para su utilización como domicilio oficial, y en su caso de representación social, por autoridades militares del Ministerio de Defensa, atendiendo a la necesidad de una presencia continuada en el interior o en las proximidades del interior de la instalación militar donde se realicen las funciones y a criterios de destacada responsabilidad»*.

2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CESIONES DE USO DE LAS VIVIENDAS MILITARES

Llegados a este punto, debe analizarse cual es la naturaleza jurídica del título por el que puede ocuparse una vivienda militar, ya que es esta especial naturaleza la que va a justificar que, cuando concurren las causas de

⁵ Debe advertirse que el artículo único, apartado 13, del Real Decreto 1418/2005 elimina el concepto de vivienda militar vinculada a cargo, quedando vigentes las asignaciones de las mismas en los términos que se señalan en la Disposición transitoria tercera de dicho Real Decreto.

⁶ La regulación de los pabellones de cargo se realizó, en cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la Ley 26/1999 y artículo 8 del Real Decreto 991/2000, por la Orden Ministerial 258/1999, de 12 de noviembre, (BOD nº 225) por la que se regula el régimen de los pabellones de cargo del Ministerio de Defensa, así como por diferentes Resoluciones Comunicadas, del Subsecretario de Defensa, por las que se determinan las Autoridades, Cargos y Destinos del Ministerio de Defensa a los que corresponden Pabellón de Cargo y se califican y asignan como tales, determinados inmuebles. No obstante, esta norma ha sido derogada por la vigente ORDEN DEF/3242/2005, de 10 de octubre, por la que se regulan los pabellones de cargo del Ministerio de Defensa.

resolución del contrato relativo a la vivienda militar de que se trate, acudamos a la figura del desahucio administrativo como facultad del ejercicio de la autotutela ejecutiva sin necesidad de impetrar el auxilio judicial (por medio del oportuno procedimiento declarativo, ordinario en los casos del artículo 249.1.6º y verbal en los casos del artículo 250.1.1º, todos ellos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), para la realización del derecho de la Administración, salvo, como más adelante se verá, para lograr la efectiva entrada en el domicilio del titular que viere resuelto el contrato que tenía con el Instituto.

La cesión de uso de las viviendas militares se configura en diferentes preceptos de la Ley 26/1999 (artículos 1, 2 y 5), como un arrendamiento especial, sujeto a un régimen jurídico excluido del régimen general que contempla la Ley 29 /1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (Apartado III de la Exposición de Motivos).

No obstante, esta exclusión de las viviendas militares de la normativa sobre arrendamientos urbanos, reconocida además de en el citado Apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 26/1999, en el artículo 5.b) de la citada Ley 29/1994, que señala que *«El uso de las viviendas militares, cualquiera que fuese su calificación y régimen, que se regirán por lo dispuesto en su legislación específica»*, ya había sido proclamada, de forma reiterada, por una más que nutrida jurisprudencia⁷.

En definitiva, la cesión de uso de las viviendas militares se configura como un arrendamiento especial, y, por tal motivo, el artículo 18 del Real decreto 991/2000 señala que *«1. La adjudicación de las viviendas militares, ofertadas en régimen de arrendamiento especial y que hayan sido objeto de elección, se hará mediante resolución del Director general Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y será efectiva desde el momento de su notificación al interesado. 2. El contrato de cesión de uso, de naturaleza administrativa especial, se formalizará en el correspondiente documento administrativo, en los términos y condiciones que se determinen de acuerdo con lo establecido en el presente Real Decreto. Habida cuenta de la naturaleza de los contratos a suscribir y de sus destinatarios, éstos quedaren exentos de prestación de garantía»*.

⁷ v.gr. STS, SIII, de 16 de marzo, de 16, 17, 20, 21, 27 y 30 de noviembre, 10, 14, 15, 16 y 18 de diciembre de 1.992; 22, 23, 24, 29, 30 y 31 de marzo, 2, 5, 6, 7, 16, 19, 20, 21, 22, 26, 28, 29 y 30 de abril, 3, 4, 10, 11 y 14 de mayo, 16, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 de julio, 20, 21, 23, 24, 25, 27, 28, 29 y 30 de septiembre, 5, 11, 14, 18, 19 y 25 de octubre, 2, 10, 15, 22 y 23 de noviembre, 10, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23 y 27 de diciembre de 1.993; 18, 26 y 27 de enero, 2, 3 y 7 de febrero, 18 de noviembre de 1.994, etc...

La naturaleza administrativa especial del contrato de cesión de uso, tiene, por otro lado, encaje legal en el artículo 5.2.b) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que señala que *«Son contratos administrativos: b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley»*. Ello determina que la preparación, adjudicación, efectos y extinción de estos contratos queden sujetos, salvo las especialidades establecidas en el Real Decreto 991/2000, de 2 de junio, a lo preceptuado en dicho texto legal.

La naturaleza jurídica de las cesiones de uso de las viviendas militares incide también en el lenguaje que acuña la Ley 26/1999, de 9 de julio. Así, la utilización de términos tales como *«cesión de uso»*, *«canon de uso»* o *«usuario»*, en lugar de *«arrendamiento»*, *«renta»* o *«arrendatario»* (término, este último, que no aparece en la Ley 26/1999 en ningún momento), parece responder, más que a un particular estilo de redacción, a la voluntad del legislador de proclamar, de forma inequívoca y en base al artículo 5.b) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, la exclusión de este derecho de uso del régimen arrendaticio ordinario que regula esta última norma legal⁸.

2.3. LOS TITULARES DEL DERECHO DE USO DE LAS VIVIENDAS MILITARES

La propia exposición de motivos de la Ley 26/1999 distingue entre:

a) *«..el militar de carrera y el militar profesional de tropa y marinería que mantiene una relación de servicios de carácter permanente que se encuentren en situación de servicio activo o en la de reserva con destino...»*, que son quienes accederán a las viviendas militares en régimen

⁸ ROSA BOBO, FERNANDO. «El Régimen de arrendamiento especial de las viviendas militares». *Revista de Arrendamientos Urbanos*, nº 230, Págs.19 a 28. Edita: Servicio Propiedad Inmobiliaria S.L. (SEPIN). MARROIG POL, LORENZO/ROSA BOBO, FERNANDO «El ámbito subjetivo de la Ley de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas», en *La privatización de las empresas públicas en el ámbito de la defensa y otros estudios jurídicos militares II Jornadas de Asesoramiento Jurídico en el Ámbito de Defensa*, Ministerio de Defensa- Subsecretaría de Defensa, Madrid, 2.000, p. 416-440).

especial, no siendo aplicable, por la temporalidad de la relación de sus servicios, al resto de los militares profesionales de tropa y marinería ni a los militares de complemento (Apartado IV de la Exposición de Motivos).

b) Los «*actuales usuarios*», a los que hace referencia el Apartado V de la Exposición de Motivos, cuya situación se regula en el artículo 6, distinguiendo entre quienes, a la entrada en vigor de la Ley, son titulares de contrato relativo a una vivienda militar, que podrán mantenerlo con carácter vitalicio, y quienes, en caso de fallecimiento del titular (del contrato que haya adquirido el derecho de uso de vivienda militar), se consideran beneficiarios del derecho de uso, también con carácter vitalicio, siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en la Ley, que consisten en que la vivienda militar constituya su residencia habitual y la convivencia con el titular al tiempo del fallecimiento (en el caso de cónyuge⁹) o los dos años inmediatamente anteriores a dicho fallecimiento [en el caso de: a) Persona en análoga relación de afectividad que el cónyuge. b) Hijos del titular con una minusvalía igual o superior al 65 por 100. c) Demás hijos del titular, salvo que el fallecimiento de éste se produzca con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, en cuyo caso podrán mantener el derecho de uso dos años o hasta la fecha en que alcancen la edad de veinticinco años, si ésta fuese posterior. d) Ascendientes del titular en primer grado], debiendo tenerse en cuenta que «*Si existieran dos o más personas de las relacionadas en este apartado, la condición de beneficiario sólo podrá recaer en una persona física, que quedará determinada por el orden en el que se citan anteriormente, resolviéndose los casos de igualdad entre los hijos a favor del de menor edad*».

Por otra parte, debe advertirse que el artículo 6.3 de la norma señala que «*En los casos de viviendas que, por sentencia firme de nulidad, separación o divorcio, o por resolución judicial que así lo declare, se encuentren ocupadas por persona distinta del titular del contrato, el derecho de uso del adjudicatario tendrá el alcance que se determine en la correspondiente sentencia o resolución*». De este modo, el INVIFAS respetará el derecho de uso que se establezca en las sentencias de separación y divorcio, con independencia de que quien fuere el titular viere resuelto el contrato que le une a este Organismo.

⁹ Ténganse en cuenta las modificaciones operadas en Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

2.4. LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN ARRENDATICIA EN LAS VIVIENDAS MILITARES

La Ley 26/1999, de 9 de julio, distingue dos grupos diferenciados de motivos por los que se puede llegar a la extinción de la relación arrendaticia administrativa que une a los titulares de vivienda militar con este Instituto.

Unas son las relativas a la *«pérdida del derecho de uso de las viviendas militares no enajenables»*, que se señalan en el artículo 9 de la norma y en el artículo 19 del Real Decreto 991/2000 y otras son las denominadas causas de *«resolución de contratos de las viviendas militares»* contempladas en los artículos 10 de la Ley y 12 del Real Decreto.

Las primeras constituyen causas de índole mixto, ya que su naturaleza es subjetiva, por afectar al titular del derecho de uso, incidiendo en aspectos de su vida profesional que, en definitiva, suponen la pérdida de algunos o todos los requisitos que el artículo 2 de la Ley exige para hallarse dentro del ámbito de cobertura de la misma¹⁰ (estos son, encontrarse en situación administrativa de servicio activo o reserva con destino y haber tenido cambio de destino que suponga cambio de localidad o área geográfica), pero hacen referencia a un elemento objetivo, como es la vivienda ocupada, que debe haber sido declarada expresamente como no enajenable y ocupada a partir de la entrada en vigor de la Ley.

Sin embargo, las causas que la Ley señala como *«causas de resolución del contrato relativo a cualquier vivienda militar»*, con independencia de su alienabilidad, hacen referencia a circunstancias objetivas, como la pura relación contractual del titular con este Organismo (pues, en estos casos, en definitiva se traducen en una finalización de la relación arrendaticia derivada de un incumplimiento contractual), la concurrencia de incompatibilidad, el fallecimiento del titular, si no existiesen beneficiarios que pudiesen subrogarse en la posición de éste, la extinción de las causas por las que se otorgó el derecho de uso de la vivienda del artículo 6 de la Ley (y concordante artículo 9 del Real Decreto), así como, finalmente, por determinadas causas que son totalmente exógenas a la relación contractual, derivadas del interés público o del estado de la vivienda en sí, que son

¹⁰ DE LUIS Y LORENZO, FRANCISCO., «Aspectos generales de la Ley 26/1999, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas», en *La privatización de las empresas públicas en el ámbito de la defensa y otros estudios jurídicos militares, II Jornadas de Asesoramiento Jurídico en el Ámbito de Defensa, Ministerio de Defensa- Subsecretaría de Defensa, Madrid, 2.000*, p. 406).

las contempladas en el punto 2 del artículo 10 y que serán objeto de tratamiento.

2.4.1. La pérdida del derecho de uso de las viviendas militares no enajenables

El artículo 9 de la Ley 26/1999, señala que *«El derecho de uso de las viviendas militares que se declaren expresamente como no enajenables y se ocupen a partir de la entrada en vigor de esta Ley cesará por las siguientes causas:*

- a) Cambio en la situación administrativa que otorgó el derecho al uso de la vivienda.*
- b) Cambio de destino cuando implique cambio de localidad o área geográfica o, según lo establecido en el apartado 1 del artículo 8 de esta Ley, cuando la vivienda esté vinculada al citado destino.*
- c) Pérdida de la condición de militar de carrera o de militar profesional de tropa y marinería.*
- d) Pase a retiro del titular.*
- e) Fallecimiento del titular.*

Los usuarios de vivienda militar no enajenable que haya sido adjudicada en virtud de la presente Ley deberán desalojarla en el plazo de un mes a partir de la fecha en que surta efectos la correspondiente disposición declarativa de cualquiera de las causas o del fallecimiento del titular».

Por su parte, el artículo 19 del Real decreto 991/2000, que en su punto 1, y primer párrafo del punto 2, tiene la misma redacción que la expuesta, añade un último párrafo, en el que, haciendo referencia a aspectos puramente procedimentales (que serán objeto de tratamiento en momento posterior), indica que *«En el caso de no producirse el desalojo voluntario, se incoará el correspondiente expediente de desahucio que se ajustará al procedimiento señalado en los artículos 142 al 144 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre viviendas de protección oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio, y 3964/1964, de 3 de diciembre.*

A continuación pasaremos a exponer las causas de pérdida de uso de las viviendas militares no enajenables, a las que hemos hecho referencia.

a) *Cambio en la situación administrativa que otorgó el derecho al uso de la vivienda*

Tal y como ha quedado expuesto, el artículo 2 de la Ley 26/1999 contempla al posibilidad de facilitar una vivienda, en régimen de arrendamiento especial, al militar de carrera de las Fuerzas Armadas, así como al militar profesional de tropa y marinería que mantiene una relación de servicios de carácter permanente, cuando se encuentren en situación de servicio activo o en la de reserva con destino, cuando cambien de destino que suponga cambio de localidad o área geográfica¹¹.

Es decir, que para acceder a una vivienda militar en régimen de arrendamiento especial, es *conditio sine qua non* hallarse en situación de servicio activo o en la de reserva con destino, las cuales se regulan en el título X de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas¹² (artículos 139 y 144), y en el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional.

No obstante lo anterior, en cumplimiento del mandato contenido en la Disposición adicional sexta de la Ley 26/1999, que dispone que «*En las situaciones administrativas del personal militar, distintas del servicio activo o reserva, el Gobierno determinará reglamentariamente las medidas concretas de las previstas en la presente Ley que son aplicables a las mismas*», el artículo 14 del Real Decreto establece, en sus números 2 a 5 una serie de reglas relativas al uso de la vivienda en relación a determinadas situaciones en las que se puede hallar el militar.

De este modo, encontramos:

1) *El militar al que se le adjudique una vivienda militar y quede en la situación de servicio activo pendiente de asignación de destino*¹³, por haber cesado en el que tenía, podrá continuar ocupándola hasta que se le

¹¹ Sin embargo, al militar de complemento y al militar profesional de tropa y marinería que mantiene una relación de servicios de carácter temporal, que se encuentre en la situación de servicio activo y haya cumplido tres años de tiempo de servicios se les facilitará una compensación económica cuando cambien de destino (que implique cambio de localidad o área geográfica).

¹² El artículo 138 de la Ley 17/1999, señala que «*1. Los militares profesionales se hallarán en alguna de las siguientes situaciones administrativas: a) Servicio activo. b) Servicios especiales. c) Excedencia voluntaria. d) Suspense de empleo. e) Suspense de funciones. f) Reserva. 2. Las situaciones administrativas de servicios especiales y de reserva no son de aplicación a los militares de complemento y a los militares profesionales de tropa y marinería que mantienen una relación de servicios de carácter temporal*».

¹³ Artículo 139.2 de la Ley 17/1999

asigne uno nuevo, momento en el que se estará a lo dispuesto en este capítulo (artículo 14.2)

En este caso, el precepto es claro, la situación de servicio activo pendiente de asignación de destino, no determina la pérdida de la vivienda militar no enajenable que hubiere sido adjudicada después de la entrada en vigor de la Ley, por mucho que sea el tiempo que el afectado pase en dicha situación, ya que, en definitiva, se mantiene la situación de servicio activo. Pero, quien se halle esta situación y obtenga un cambio de destino con cambio de localidad o área geográfica, se encontrará incurso en la causa b) del artículo 9 de la Ley, debiendo comunicar al Instituto el cese en el destino que dio lugar a la adjudicación de la vivienda no enajenable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.6 del citado cuerpo normativo¹⁴.

2) El militar al que se le adjudique una vivienda militar y pase a la situación excedencia voluntaria por ingreso por acceso directo como alumno de los centros docentes de formación de las Fuerzas Armadas podrá continuar ocupándola en nueva situación si el centro docente militar se encuentra en la misma localidad área geográfica que la vivienda.

También podrá continuar ocupando la vivienda que tuviera adjudicada el militar que pase a la situación de excedencia voluntaria por el artículo 141.1.e) de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, durante el tiempo de permanencia en esta situación, y el que pase a dicha situación por haber sido designado como candidato a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo o haber resultado elegido en las mismas, durante un periodo máximo de seis meses. (artículo 14.3).

El precepto regula los supuestos de pase a la situación de excedencia voluntaria previstos en los apartados a, e) y f) del artículo 141 de la Ley 17/1999, debiendo tenerse en cuenta que, la redacción actual es consecuencia de las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1418/2005, pues la redacción anterior no contemplaba la situación de excedencia voluntaria para encargarse del cuidado directo de un familiar, prevista en la citada letra e), tras la modificación operada en dicha letra por la Ley 39/1999, de 5 noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con lo que se llegaba a que, en estos casos, cesaba, por extraño que parezca, el derecho a ocupar

¹⁴ *El adjudicatario de una vivienda militar vendrá obligado a notificar al INVIFAS, en el plazo de quince días, el cese en el destino que de derecho a su ocupación, así como cualquier cambio en su situación que suponga la cesación o modificación de este derecho.*

la vivienda militar no enajenable por la causa del artículo 9.1.a) de la Ley 26/1999.

En los supuestos de excedencia voluntaria señalados en las letras b), c) y d) del artículo 141 el titular del contrato también se hallaría incurso en causa de resolución del mismo.

3) *El militar al que se le adjudique una vivienda militar y pase a la situación de suspenso de funciones, o a la de suspenso de empleo por imposición de sanción disciplinaria extraordinaria, podrá continuar ocupando la vivienda en la nueva situación por un periodo máximo de seis meses* (artículo 14.4).

La situación de suspenso en funciones se regula en el artículo 143 de la Ley 17/1999, y se adopta como consecuencia del procesamiento, inculpación o adopción de alguna medida cautelar contra el imputado en un procedimiento penal o por la incoación de un expediente gubernativo.

En el primero de los casos, es decir, cuando el militar ha sido objeto de procesamiento, inculpación o medida cautelar en procedimiento penal, el período máximo de permanencia en esta situación será, por virtud de lo establecido en el artículo 143.2 *in fine*, de seis meses o el de duración de la prisión preventiva, caso que se hubiere acordado por la autoridad judicial en algún momento del procedimiento y fuese superior a seis meses

De este modo, a la vista del contenido del artículo 14.4 del Real Decreto 991/2000, el militar que pasare, en este caso, a las situación de suspenso en funciones no perdería el derecho de uso de la vivienda militar, ya que tal situación no sería superior a seis meses, salvo caso de medida cautelar como la prisión preventiva por tiempo superior al tiempo indicado¹⁵, transcurrido el cual, el Instituto para la vivienda de las Fuerzas Armadas podría incoar, previo requerimiento desalojo (desatendido, se entiende), el oportuno expediente de desahucio, por la causa que estamos desarrollando, debiendo tenerse en cuenta que el levantamiento de la prisión preventiva (con el consiguiente cese de la situación administrativa que examinamos, el sobreseimiento de la causa o la sentencia absolutoria, acordados con posterioridad al plazo de 6 meses, no impide la concurrencia de la causa prevista en el artículo 9.a) de la Ley 26/1999 y el cese en el derecho de uso, motivo por el cual no habría lugar a la no incoación o al archivo del expediente de desahucio que se estuviese tramitando.

En el segundo de los caso, es decir, cuando se acuerde el pase a la situación de suspenso en funciones por la incoación de un expediente

¹⁵ *Vid.* art. 218 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar

gubernativo en vía disciplinaria, debe tenerse en cuenta que el artículo 143.5 de la Ley 17/1999 señala que *«La suspensión de funciones acordada por las autoridades con potestad disciplinaria, según lo previsto en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, no tendrá más efectos que el cese del militar inculcado en el ejercicio de sus funciones por un período máximo de tres meses»*, con lo que, al ser inferior este plazo al de los seis meses que señala el artículo 14.4 del Real Decreto 991/2000, no habría lugar a la pérdida del derecho de uso de la vivienda militar.

La situación de suspenso de empleo se contempla en el artículo 142.1 de la Ley 17/1999, que señala que *«1. Los militares profesionales pasarán a la situación de suspenso de empleo por alguna de las siguientes causas*

a) Condena, en sentencia firme, a la pena de prisión del Código Penal Militar o del Código Penal, en este último caso mientras se encuentre privado de libertad y sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; o a las penas, principal o accesoria, de suspensión de empleo o cargo público. b) Imposición de sanción disciplinaria extraordinaria de suspensión de empleo.»

b) Imposición de sanción disciplinaria extraordinaria de suspensión de empleo.

En el primero de los casos, el pase a la situación administrativa descrita determina la pérdida del derecho de uso de la vivienda militar no enajenable que se tuviere adjudicada, mientras que en el segundo de los casos la pérdida del derecho de uso de la vivienda militar surgiría transcurridos seis meses desde la adopción de la medida

No obstante lo anterior, el artículo 14.5 del Real Decreto 991/2000, ha introducido matizaciones a este principio, al señalar que *«El militar al que se le adjudique una vivienda militar y pierda el derecho al uso de la misma por haber pasado a la situación de suspenso de empleo, si la sanción disciplinaria extraordinaria de suspensión de empleo ejecutada, fuere posteriormente revocada con carácter definitivo, en vía administrativa o jurisdiccional, será repuesto en su derecho cuando cese en dicha situación. En consecuencia, si hubiese desalojado la vivienda, además de abonársele la compensación económica correspondiente al tiempo transcurrido desde el desalojo, se le adjudicará de nuevo en el caso de encontrarse aun vacía, u otra en la misma localidad o área geográfica o, en su defecto, percibirá la compensación económica en las condiciones y límites que se establecen en el presente Real Decreto. En el supuesto de que no haya desalojado la vivienda, se archivará el expediente de desalojo. De igual forma se actuará en el caso de sobreseimiento del procedimiento, sentencia absolutoria*

o terminación del expediente gubernativo sin declaración de responsabilidad, que motivó el pase a la situación de suspenso de funciones».

5) El pase a la situación de Servicios Especiales, prevista en el artículo 140 la Ley 17/1999, para la que el artículo 14 del Real Decreto 991/2000 no establece especialidad alguna, que determina, ante el silencio del reglamento, la pérdida del derecho de uso de la vivienda militar no enajenable de la que se fuere titular

Por último señalar que el artículo 14.6 del Real Decreto 991/2000 establece que *«Al militar procedente de las situaciones de reserva, excedencia voluntaria sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, de las de suspenso empleo o suspenso de funciones que se le asigne un destino, podrá adjudicársele una vivienda militar únicamente si la localidad o área geográfica de distinta de la del último destino que haya tenido en situación de servicio de reserva.*

Igual tratamiento tendrá el militar al que se le asigne destino procedente situación de servicios especiales, salvo que se encontrase en dicha situación haber sido autorizado por el Ministro de Defensa a participar en el desarrollo programas específicos de interés para la defensa en organismos, entidades empresas ajenos al Ministerio de Defensa; en tal caso, podrá adjudicársele vivienda militar si la localidad o área geográfica en que se encontraba situación de servicios especiales es distinta de la del destino asignado».

b) Cambio de destino cuando implique cambio de localidad o área geográfica o cuando la vivienda esté vinculada al citado destino

De la lectura de la causa expuesta se obtiene que la misma contempla dos situaciones:

- El cambio de destino cuando implique cambio de localidad o área geográfica.
- El cambio de destino cuando la vivienda ocupada sea una vivienda militar no enajenable vinculada al destino concreto que ahora se pierde por el citado cambio.

Respecto de la primera situación, debe tenerse en cuenta que el concepto de destino viene fijado por el artículo 8.1 del Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional, en el que se establece que *«Se considera destino cada uno de los puestos contemplados en las plantillas de destinos. También tiene la consideración de destino la participación del militar profesional en misiones para mantener la paz y seguridad interna-*

cionales, si no lo tuviera o cesara en el de origen con motivo de dicha participación».

No obstante lo anterior, a los efectos de la aplicabilidad de la normativa sobre apoyo a la movilidad geográfica del militar, debe tenerse en cuenta que, para poder acceder a la asignación de vivienda militar no enajenable en régimen de arrendamiento especial, es necesario que el cambio de destino lleve aparejado el cambio de «*localidad o área geográfica*», conceptos normativos que se desarrollan en la Disposición adicional primera del Reglamento, que dispone que «*1. A efectos de lo establecido en el presente Real Decreto, se entenderá por localidad cada uno de los municipios que figuren en la relación de entidades locales determinada por el Ministerio de Administraciones Públicas, con las salvedades que se señalan en los apartados siguientes. 2. Respecto a los requisitos establecidos para ser beneficiario de compensación económica o de vivienda militar, el Ministro de Defensa, a propuesta del Consejo Rector del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y previo informe de los Jefes de los Estados Mayores de los Ejércitos, podrá identificar como una única localidad el área geográfica formada por dos o más términos municipales, en función de su razonable proximidad, posibilidades de comunicación entre ellos y existencia en los mismos de unidades, centros u organismos del Ministerio de Defensa. 3. Para la fijación del importe de la compensación económica, así como del canon de uso de las viviendas militares y plazas de aparcamiento, el Ministro de Defensa podrá asociar las diferentes localidades en grupos, en función de similares condiciones relativas, principalmente, a la entidad de los municipios y al mercado de alquiler de las viviendas, así como a cualesquiera otras características que en cada caso se consideren oportunas*».

El desarrollo de este precepto se realiza, en la actualidad, en la vigente Orden Ministerial 56/2005, de 14 de abril (BOD nº 79), por la que se fijan las cuantías de las compensaciones económicas y de los cánones de uso de las viviendas militares y plazas de aparcamiento y se identifican como una única localidad determinadas áreas geográficas¹⁶.

Por último, debe señalarse que la Disposición adicional segunda del Real Decreto 991/2000 establece, entre otros extremos, que «*a) Sólo generarán derecho a la adjudicación de vivienda militar los destinos regulados en el título IX de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen*

¹⁶ Las regulaciones en esta materia, hasta el momento actual, se han efectuado por las Órdenes Ministeriales 155/2000, de 9 de junio, 188/2001, de 6 de septiembre, 246/2002, de 12 de diciembre y 123/2004, de 22 de junio.

del Personal de las Fuerzas Armadas, y en sus disposiciones de desarrollo. b) La comisión de servicios y la comisión de servicios con la consideración residencia eventual no serán consideradas, en ningún caso, como destino.»¹⁷

Respecto de la segunda situación, cambio de destino cuando la vivienda ocupada sea una vivienda militar no enajenable vinculada al citado destino, debe tenerse en cuenta que resulta irrelevante que el nuevo destino esté, o no, en la misma localidad o área geográfica que el anterior, ya que lo determinante, en este caso, es el objetivo cambio de destino a otro que ya no lleva aparejado el uso de la vivienda vinculada que se detentaba o que, a lo sumo, conlleva el uso de otra vivienda vinculada a destino, pero siempre distinta a la que se tenía en cesión de uso.

c) Pérdida de la condición de militar de carrera o de militar profesional de tropa y marinería y pase a retiro del titular

Estas dos causas se contemplan, por separado, en las letras c) y d) del artículo 9.1 del Real Decreto 991/2000, pero, en el fondo tratan una misma cuestión, tal y como se obtiene de la regulación que, de las mismas, hace el título XI de la Ley 17/1999, que en el fondo se contrae al «*Cese en la relación de servicios profesionales*» (arts. 145 a 149), ya que en dicho título se regulan tanto el pase a retiro (art. 145), como la pérdida de la condición de militar de carrera o de militar profesional de tropa y marinería (arts. 146 y 147). En el fondo, la cuestión no ofrece mayor problema, ya que, si la medida de apoyo que tratamos tiende a subvenir un problema de movilidad geográfica del militar, es evidente que, decaída la premisa básica (la condición de militar), debe producirse la consecuencia jurídica consistente en la retirada de una medida de apoyo que ya no se necesita.

d) Fallecimiento del titular

Con carácter previo a toda consideración, señalar que no sólo el fallecimiento determina la pérdida del derecho de uso de las viviendas militares no enajenables adjudicadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/1999, pues, a tal evento debe equipararse la declaración judicial

¹⁷ El concepto de comisión de servicio de desarrolla en la Sección 5 del Capítulo IV del Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional

de fallecimiento, una vez acreditados los requisitos que, para sus respectivos casos, exigen los artículos 193 y 194 del Código Civil¹⁸.

Respecto de esta causa de pérdida del derecho de uso, debe hacerse constar que la concurrencia de la misma determinaría (previo requerimiento de desalojo, desatendido al igual que en el resto de los casos), la incoación de expediente de desahucio a quienes ocuparen la vivienda junto con el titular fallecido, ya que en este caso no entra en juego la figura del «*beneficiario*» del derecho de uso, en la prelación que se establece en el artículo 6.2 de la Ley 26/1999, debido a que la misma se aplica a las situaciones en las que el titular del contrato lo es con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley (como así se extrae del contenido del Apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley), en cuyo caso puede mantener el derecho de uso con carácter vitalicio, al igual que los beneficiarios que se señalan en el artículo 6.2, pero no a aquéllas en las que el titular ha adquirido el derecho con posterioridad a dicha entrada en vigor.

Ello se confirma por el propio artículo 6.5 de la Ley cuando señala que «*Lo preceptuado en los apartados anteriores se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo que se determina en el artículo 9 para la pérdida del derecho de uso de las viviendas militares que se declaren expresamente como no enajenables y se ocupen a partir de la entrada en vigor de esta Ley...*»

Una vez examinadas las causas de pérdida del derecho de uso previstas en el artículo 9 de la Ley 26/1999 y 19 del Real Decreto 991/2000, reiterar que el último párrafo del punto 2 de este artículo, establece una norma de carácter procedimental, en la que, previo requerimiento de desalojo, permite incoar expediente de desahucio, que se ajustará al procedimiento señalado en el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre viviendas de protección oficial, cuya tramitación será objeto de análisis en momento posterior.

2.4.2. Las causas de resolución del contrato relativo a cualquier vivienda militar

Como ya ha quedado expuesto con anterioridad, estas causas operan respecto de cualquier vivienda militar (pero no respecto de los pabellones

¹⁸ *vid.* DE LUÍS Y LORENZO, FRANCISCO/MARROIG POL, LORENZO/ROSA BOBO, FERNANDO, «El desarrollo normativo de la Ley 26/1999, de 9 de julio», en *Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo xxi y otros estudios jurídicos militares, III Jornadas de Asesoramiento Jurídico en el Ámbito de Defensa, Ministerio de Defensa- Subsecretaría de Defensa, Madrid, 2.001*, p. 406).

de cargo), con independencia de su alienabilidad, y derivan, en determinados casos, del incumplimiento de las obligaciones nacidas de la relación contractual del titular con este Organismo, y, en otros casos, de la propia especificidad del régimen de cesión de uso de las viviendas militares, previstas en la Ley y en su reglamento de desarrollo¹⁹.

2.4.2.1. Las causas de resolución del artículo 10.1 de la Ley 26/1999

El artículo 10.1 de la Ley 26/1999 señala que «*Son causas de resolución del contrato relativo a cualquier vivienda militar las siguientes:*

- a) La falta de pago del canon arrendaticio de uso o de las cantidades cuyo abono haya asumido o sean repercutibles al usuario, correspondientes a tres mensualidades;*
- b) El subarriendo o la cesión del uso de la vivienda;*
- c) La realización de daños causados dolosamente en la finca o de obras no autorizadas por el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas que modifiquen la configuración de la vivienda y de sus accesorios o provoquen disminución de la estabilidad o seguridad de la misma;*
- d) Cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas;*
- e) Cuando la vivienda deje de estar destinada a satisfacer la necesidad de vivienda habitual del beneficiario o se utilice para actividades ajenas a dicho fin;*
- f) Cuando el titular disponga de otra vivienda adquirida por los procedimientos de adjudicación directa o concurso, a que hace referencia la Disposición adicional segunda de esta Ley;*
- g) El fallecimiento del titular si no existen beneficiarios definidos en el artículo 6 o el de estos en su caso; y*
- h) La extinción de las causas por las que se otorgó el derecho de uso de la vivienda, previstas en el artículo 6 de esta Ley».*

Debe tenerse en cuenta que las causas que se acaban de exponer, así como las previstas en el artículo 10.2 de la Ley 26/1999, constituyen un

¹⁹ En este sentido, DE LUÍS Y LORENZO, F. /MARROIG POL, L. /ROSA BOBO, F., *op.cit*, p. 424.

catálogo cerrado, «*numerus clausus*» cuya forzosa concurrencia es necesaria para proceder al desahucio administrativo, lo que debe determinar la consecuente operación de subsunción del defectuoso comportamiento del cesionario de uso en una de las causas transcritas, como así entiende una constante jurisprudencia, dictada en materia de arrendamientos urbanos, pero perfectamente aplicable al caso, al señalar que «...*las causas del artículo 114 (de la LAU de 1964) están tasadas, son «numerus clausus» y no cabe la ampliación a otros supuestos, aparte de que no se alcanza a conocer donde está la supuesta infracción o ilegalidad del citado arrendatario*»(v.gr: Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 14 de julio de 1980). Caso contrario se estaría pretendiendo en definitiva «...*una resolución contractual de una relación arrendaticia por una causa no prevista legalmente y ello ya es motivo suficiente para rechazar su pretensión, habida cuenta que, dado el carácter tuitivo del régimen arrendaticio en materia de vivienda, es criterio jurisprudencial consolidado que las causas de resolución del vínculo arrendaticio han de ser interpretadas restrictivamente, no pudiendo admitirse otras que las señaladas y previstas en la legislación especial...*» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3, de 06 de febrero de 2002. En idéntico sentido, STS de 12 de mayo de 1998)²⁰.

A continuación realizaremos un somero examen de las distintas causas de resolución del contrato que han quedado expuestas:

1. La falta de pago del canon arrendaticio de uso o de las cantidades cuyo abono haya asumido o sean repercutibles al usuario, correspondientes a tres mensualidades.

En lo referente a esta causa de resolución del contrato debemos advertir que del impago de cánones y gastos repercutibles derivan dos situaciones. La primera relativa a las consecuencias del impago expuesto, que se traducen en la posibilidad de incoar, previo requerimiento, expediente de desahucio, por la causa expuesta, siempre y cuando concurra una situación de deuda correspondiente a tres mensualidades o más.

La segunda relativa al modo en cómo se debe proceder al cobro de la deuda. En este sentido, señalar que el artículo 7.2 de la Ley 26/1999, en relación con el artículo 10.2 del Real Decreto 991/2000, dispone que los cánones que se establezcan por el uso de las viviendas militares y las pla-

²⁰ En idéntico sentido, DE LUÍS Y LORENZO, F./ MARROIG POL, L. /ROSA BOBO, F., *op.cit*, p. 424-425.

zas de aparcamiento, así como las cantidades a abonar por servicios repercutibles, tienen la naturaleza de precios públicos, salvo que proceda su calificación como tasa en los supuestos excepcionales determinados en el último párrafo del apartado 1 del artículo 4 de la Ley siendo de aplicación en consecuencia, el procedimiento que para su reclamación o reintegro prevé el artículo 27.6 y 7 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y precios públicos, que establece que las deudas por precios públicos podrán exigirse mediante el procedimiento administrativo de apremio, conforme a la normativa vigente; y en lo no previsto expresamente en dicha Ley, la administración y cobro de aquellos se realizará de conformidad con lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y demás normas que resulten de aplicación a los mismos.

El órgano encargado de la reclamación de los cánones de uso impagados, en período voluntario, será el propio INVIFAS [artículo 3.1.b), 1º del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (RGR)], y el reintegro por el procedimiento de apremio, previa solicitud del Instituto, corresponde a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, previa solicitud de este Organismo [artículo 3.1.b), 2º del RGR].

2. *El subarriendo o la cesión del uso de la vivienda.*

En este caso, debe tenerse en cuenta que la causa de resolución del contrato es objetiva, desde el momento en que, a diferencia de lo que establece el artículo 27.2.c) de la LAU («*El subarriendo o la cesión inconsentidos*»), no cabe consentimiento por parte del Instituto para el subarriendo o la cesión, de tal modo que operando cualquiera de los dos comportamientos, concurrirá *ipso iure* la causa de resolución del contrato que ahora se examina.

El subarriendo se configura como un nuevo contrato de arrendamiento (con propia sustantividad respecto del arrendamiento original en el que se apoya), entre el arrendatario/subarrendador y el subarrendatario (que no se subroga en la posición del arrendatario, limitándose a usar y disfrutar de la finca), de forma que, como límite, se mantiene la relación arrendatario inicial, sin que, por lo expuesto, desaparezca el «*arrendatario*» de dicha relación²¹.

²¹ AP Sevilla 17/04/1985 «...*El contenido esencial de esta figura jurídica esta constituido por el uso y disfrute de una cosa ajena por tiempo y precio ciertos, cual relación y vínculo que afecta tan solo al subarrendador y al subarrendatario, sin alteración alguna de las preexistentes relaciones jurídicas con el arrendador...*»

Respecto de la cesión, señalar que tiene declarado el Tribunal Supremo, en Sentencias, entre otras, de 30 de septiembre de 1997 y 8 de junio de 1998, que su fundamento radica en la introducción subrepticia, de terceros ajenos al contrato sin autorización del arrendador (STS de 2 de marzo de 1994) en el inmueble arrendado, no admitiéndose la utilización compartida (STS de 13 de noviembre de 1991), y, consecuentemente, la ocupación por terceros, llámese cesión, subarriendo o traspaso, pues lo que resulta decisivo, a los efectos de los preceptos legales que amparan dicha causa resolutoria, es que se haya alterado subjetivamente la relación contractual, por el acceso ilegal de terceros, al no autorizarse el beneficio o ventaja que puedan obtener frente al arrendador, al margen de cuya voluntad contractual actúan (STS de 23 de octubre de 1995).

Sentados estos conceptos, debe hacerse notar que en estos casos, y principalmente en el caso de la cesión, la incoación del expediente de desahucio no sólo podría acordarse por la concurrencia de estas dos causas, sino también, por la prevista en el artículo 10.1.e) de la Ley 26/1999, ya que, en definitiva, la causa que ahora examinamos lleva implícito el abandono de la vivienda militar por su usuario, en favor del cesionario.

3. La realización de daños causados dolosamente en la finca o de obras no autorizadas por el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas que modifiquen la configuración de la vivienda y de sus accesorios o provoquen disminución de la estabilidad o seguridad de la misma

La causa que ahora analizamos encuentra su homóloga en el artículo 27.2.d) de la LAU, si bien con una redacción más escueta, siendo la piedra de toque en ambos casos el concepto de los daños dolosos que se exigen para que nazca la responsabilidad del arrendatario y concurra la causa de resolución del contrato.

Como entiende la jurisprudencia, el concepto de daños dolosos que aquí se utiliza debe interpretarse en el sentido amplio de «*intencionadamente*», es decir no irrogados en la finca por mera negligencia, por cuanto que lo que caracteriza al dolo, es la voluntad consciente de realizar un acto contrario a derecho, es decir, que el resultado antijurídico sea querido, ya se interprete en el sentido más específico que exige sea «*con malicia*» (con «*ánimus damnandi*», dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de diciembre de 1989), de modo que los daños causados dolosamente serán los producidos con la «*intención maliciosa de dañar*» al que los sufre, de modo que no deben confundirse con los que

aún voluntariamente causados no lo hayan sido maliciosamente con el fin de dañar (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 31 de enero de 1992).

No obstante, ese «*dolo*» no tiene porqué ser reconducido al concepto jurídico propio del Derecho Penal, como integrante de la culpabilidad, sino que también puede reconducirse al dolo civil, como así entiende la jurisprudencia. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 22 de junio, de 1982 establece que «...*La causa resolutoria fundada en la realización de daños dolosos, requiere la concurrencia de dos requisitos: uno objetivo, la existencia de un daño, ...y otro subjetivo, la intención de dañar (dolo penal) o el uso anormal o la rebeldía o mala fe en el cumplimiento de un deber (dolo civil)...*». Item más, «...*El dolo civil, que es el determinante de la resolución del contrato de arrendamiento, coincide con la mala fe, para cuya existencia no se precisa la intención de dañar, bastando con infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor, con la conciencia que con su conducta realiza un acto antijurídico, debiendo entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionalmente perseguidos, sean consecuencia necesaria de la acción...*»

A la causa de resolución que examinamos le son de aplicación los principios generales de distribución de la carga probatoria, en el sentido de que quien alega el dolo corre con el *onus probandi*, siendo el órgano jurisdiccional competente (en el caso de los arrendamientos sometidos a la LAU) o el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas (en el caso que nos ocupa), quienes deberán observar la concurrencia del elemento subjetivo caso a caso.

Debe señalarse, además, que no todo daño doloso, da lugar a la resolución del contrato por la causa descrita, sino sólo aquéllos que modifiquen la configuración de la vivienda y de sus accesorios o provoquen disminución de la estabilidad o seguridad de la misma. Caso contrario, correrá por cuenta del arrendatario la reparación de dichos daños (*ex* 1902 CC) y no habrá lugar a la incoación de expediente de desahucio alguno.

No obstante lo anterior, procede advertir que, en materia de arrendamientos urbanos, la jurisprudencia también ha entendido que, junto con la responsabilidad a título de dolo, también es de apreciar la que concurre a título de culpa o negligencia. De este modo, «...*El obligar a los arrendadores a acudir a las vías legales para hacer cesar los supuestos de hecho que su arrendatario, con su pasividad creó, es suficiente causa desahucial, pues no solo los daños causados dolosamente, sino así mismo, aquellos que se originan de forma culposa de infracción por parte del arrendatario*

de sus obligaciones de custodia, y conservación exigibles...»(Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 19 de octubre de 1982)

4. Cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

Respecto de esta causa debe tenerse en cuenta que tales actividades se encuentran recogidas, con carácter general, en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, que dedica a las mismas las Secciones 1^a a 3^a, de su Capítulo III.

No obstante lo expuesto la Constitución Española dispone, en su artículo 149.1.16.^a y 23.^a, que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las bases y coordinación general de la sanidad, así como sobre la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección, motivo por el cual esta materia ha sido objeto de transferencia a las mismas, que, en muchos casos, han derogado unilateralmente las disposiciones del Decreto 2114/1961, en orden a una regulación propia (teniendo en cuenta que la norma —preconstitucional—, ya preveía un desarrollo a nivel local).

Sin perjuicio del desarrollo normativo que en cada caso sea de aplicación, la jurisprudencia recaída en materia de legislación de arrendamientos urbanos (que cabe traer aquí a colación con carácter interpretativo) entiende que es necesario probar que las actividades denunciadas son reales y que no se trata de actos insólitos, aislados, esporádicos, circunstanciales o fortuitos (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de junio de 1.960), sin que venga exigiéndose, por el contrario, que, exclusiva y excluyentemente, tengan que llevarse a cabo en el interior de la vivienda militar, puesto que pueden realizarse fuera de aquélla siempre que trasciendan o se prolonguen a otras vivienda de la misma finca o a elementos comunes del inmueble (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de octubre de 1.965 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 30 de enero de 1.964), puesto que lo fundamental, en este aspecto, es que se trate de actividades o conductas que vayan más allá de lo normalmente tolerado o admitido para una convivencia pacífica del vecindario o de alguno de los usuarios de las viviendas militares, mediante las denuncias que se hubieran formulado y de los informes policiales y técnicos que, en su caso, pudieran haberse practicado por los Ayuntamientos en relación al asunto.

5. *Cuando la vivienda deje de estar destinada a satisfacer la necesidad de vivienda habitual del beneficiario o se utilice para actividades ajenas a dicho fin.*

Distingue este precepto dos situaciones distintas que, no obstante, se resuelven en la misma. La primera de ellas constituye lo que, coloquialmente se conoce como «no ocupación» y la segunda se concreta en el uso de la vivienda militar para fines distintos a los señalados en la Ley y su normativa de desarrollo y en el título contractual, que en definitiva es servir de vivienda a los ocupantes de la misma, con lo que a idéntica situación se llega, ya que si la vivienda se usa para otro fin es porque ya no satisface la citada necesidad de vivienda (Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5, de 11 de enero de 2002)

Esta causa de resolución del contrato tiene su homónimo en la prevista en el artículo 27.2.f) de la Ley 29/1994, que señala como causa de resolución de pleno derecho «*Cuando la vivienda deje de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, o de quien efectivamente la viniera ocupando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7*», que señala que «*El arrendamiento de vivienda no perderá esta condición aunque el arrendatario no tenga en la finca arrendada su vivienda permanente, siempre que en ella habiten su cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes*».

Sin embargo, en el ámbito de la Ley 26/1999, la no ocupación sólo hace referencia al titular del contrato de la vivienda militar, de tal modo que, si el mismo no la ocupa incurrirá en la causa de resolución que ahora analizamos, por mucho que en la misma habitaren su cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes.

Respecto del «*arraigo familiar*», al que hemos hecho referencia en el párrafo precedente, debe señalarse que, como entiende la jurisprudencia, en la relación estatutaria que une al militar profesional con la Administración pública, en materia de apoyo a la movilidad geográfica, no cabe hablar de derechos adquiridos, al igual que en otras muchas derivadas o íntimamente relacionadas con la condición funcional, en el sentido de que se hayan integrado en el patrimonio jurídico del funcionario, entendido esto como una situación jurídica inmutable y consolidada definitivamente, puesto que, como han señalado el Tribunal Constitucional (STC 99/1987, de 11 de junio de 1.987) y el Tribunal Supremo (Sentencia de 7 de abril de 1.993), el funcionario que ingresa al servicio de la Administración pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente, y, por ello, modificable por uno y otro instrumento

normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad, porque ello se integra en las determinaciones lícitas del legislador (en el mismo sentido se pronuncian las recientes STSJAN nº 696, de 12 de julio de 2004, nº 791, de 31 de julio de 2004 y nº 975, de 4 de octubre de 2004).

En este sentido, debe entenderse que la ocupación de la citada vivienda y la concurrencia de la causa de desahucio prevista en el artículo 10.1.e) de la tan citada Ley 26/1999, no se aprecian respecto de quienes conviven con el titular de la vivienda, sino del propio titular, que es el que debe ocuparla, debiendo tenerse en cuenta, en este sentido, que en el caso de la ocupación de viviendas no enajenables, dicha no ocupación determina que, otro miembro de las Fuerzas Armadas, que tuviera derecho a ello, no pueda disfrutar de la referida vivienda.

En este sentido, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en sentencia de 29 de abril de 1994, anterior a la entrada en vigor de la Ley 26/1999, en este caso referida a la ocupación de un pabellón, en su Fundamento Jurídico Cuarto, señala que *«Los actores parecen no comprender que la relación jurídica con la Administración es de carácter público y accesoria de la que, en su calidad de militares, les vincula a aquélla, régimen estatutario que comprende una serie de derechos y obligaciones definidos en sus normas de específica aplicación. Ello significa que no existe un derecho subjetivo autónomo e independiente de la esposa e hijos a la ocupación de la vivienda, diferente del que resulta, precisamente, de su condición de familiares de quien es titular de la misma por razón de su destino en el Acuartelamiento ...»*²².

Evidentemente, esta causa no procederá en los casos en los que el uso de la vivienda militar se ha atribuido por resolución judicial al cónyuge del titular, en cuyo caso, tal y como dispone el artículo 6.3 de la Ley 26/1999, el derecho de uso del adjudicatario tendrá el alcance que se determine en la correspondiente sentencia o resolución.

Por último, señalar que, en estos casos de no ocupación, es evidente la importancia del elemento probatorio que debe incorporarse a las actuaciones administrativas practicadas por el Instituto, acreditando la concurrencia de la causa que analizamos, al objeto de que pueda procederse, sin el menor asumo de incertidumbre, a la resolución contractual de la vivienda militar, para lo

²² J.1ª Instancia nº 3 de Valladolid, St de 30/10/1995, FJ.III *«...el régimen de las viviendas militares es bien conocido...la eventualidad de la atribución de uso de esa vivienda, pues siendo viviendas que se conceden por razón de servicio es claro que sólo puede ser ocupada por quien ostenta la condición de militar, con lo que el posible desalojo pende siempre sobre los que la ocupan sin tener tal consideración...»*

cual son esenciales las denominadas Actas de Inspección que se giran por el Organismo, cuyo valor a efecto de prueba ha sido reconocido por una abundante jurisprudencia (v.gr. S.TSJ de Andalucía, de 22 de junio de 2001 o Ss.TSJ de Galicia, nº 666 y1449/2002, de 2 de mayo y 25 de septiembre de 2002), sin perjuicio de que, al igual que el de otras pruebas, pueda ser desvirtuado mediante aquéllas que, en su defensa, el interesado presente.

6. El fallecimiento del titular si no existen beneficiarios definidos en el artículo 6 o el de estos en su caso.

En relación con lo anterior, el artículo 6.2 de la Ley 26/1999, de 9 de julio, dispone textualmente lo siguiente:

«2. En caso de fallecimiento del titular, podrán ser beneficiarios del derecho de uso, también con carácter vitalicio y sin posibilidad de transmitir esta condición a terceros, el cónyuge que conviviera con él al tiempo del fallecimiento y las personas que se relacionan a continuación, si hubieran convivido con el titular los dos años inmediatamente anteriores:

- a) Persona en análoga relación de afectividad que el cónyuge.*
- b) Hijos del titular con una minusvalía igual o superior al sesenta y cinco por ciento.*
- c) Demás hijos del titular, salvo que el fallecimiento de éste se produzca con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, en cuyo caso podrán mantener el derecho de uso dos años o hasta la fecha en que alcancen la edad de veinticinco años, si ésta fuese posterior.*
- d) Ascendientes del titular en primer grado.*

Si existieran dos o más personas de las relacionadas en este apartado, la condición de beneficiario sólo podrá recaer en una persona física, que quedará determinada por el orden en el que se citan anteriormente, resolviéndose los casos de igualdad entre los hijos a favor del de menor edad.»

De la exégesis del citado precepto legal se desprende que la adquisición del derecho de uso de la vivienda militar exige como *conditio iuris*, el fallecimiento del titular contractual, debiendo además recaer la condición de beneficiario, únicamente, sobre una de las personas anteriormente relacionadas, debiendo tenerse en cuenta que *«La adquisición y mantenimiento del derecho de uso de una vivienda militar está condicionado, en todo caso, a que la misma constituya la residencia habitual del titular o, en su defecto, del beneficiario que se determine»* (art.6.4 de la Ley 26/1999). Caso contrario procederá la incoación de expediente desahucio

al familiar u ocupante que habite la vivienda militar tras el fallecimiento de aquél.

7. *La extinción de las causas por las que se otorgó el derecho de uso de la vivienda, previstas en el artículo 6 de esta Ley».*

En esta causa, de escasa aplicación, se contempla la posibilidad de resolver el contrato de cesión de uso de las viviendas militares cuando quien la ocupa como beneficiario del artículo 6, pierde alguno de los requisitos que motivaron que se le adjudicara la vivienda militar, siendo el caso más claro el de los hijos del titular, que haya fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, a los que se les haya reconocido el derecho de uso transitorio de la vivienda, una vez transcurridos dos años desde tal reconocimiento o una vez superada la edad de veinticinco años.

2.4.2.2.—*Las causas de resolución del artículo 10.2 de la Ley 26/1999*

Junto a estas causas, que pudiéramos denominar «*comunes*», por derivar del régimen obligacional que surge del pacto locativo, encontramos, en el artículo 10.2 de la citada Ley 26/1999, y concordante artículo 12.2 del Real Decreto de desarrollo, determinadas causas denominadas «*excepcionales*» que nacen del propio régimen jurídico público al que se someten las viviendas.

Dice el citado artículo 10.2. de la citada norma que «*Asimismo, podrá resolverse el contrato de cualquier vivienda militar por las siguientes causas*²³»:

a) *Cuando por razones de interés público se modifique el destino del inmueble;*

b) *Cuando a resultas de la división horizontal de la finca haya de modificarse el destino de la vivienda; y*

c) *Cuando, con arreglo al planeamiento urbanístico en vigor, la parcela en que se ubique la vivienda no haya agotado su edificabilidad.*

²³ Artículo 10 redactado por el artículo 62 de la Ley 24/2001, 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Letras d), e) y f) del artículo 10.2, redactadas por el artículo 69 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social

d) Cuando haya sido declarada la ruina técnica, económica o urbanística de la vivienda o del inmueble en que se ubica, conforme a lo establecido en la legislación vigente en la materia²⁴.

e) Previa y expresa aceptación por parte del titular del contrato o, en su caso, del beneficiario del derecho de uso, cuando la conservación de la vivienda, debido a su estado o características particulares sea manifiestamente antieconómica.

f) Cuando la vivienda se encuentre en el interior de una base, acuartelamiento, edificio o establecimiento militar y el titular del contrato o, en su caso, el beneficiario del derecho de uso, no esté destinado en unidades, centros u organismos ubicados en los mismos.

Si el afectado es militar profesional con una relación de servicios de carácter permanente, el realojo podrá realizarse en otra vivienda situada en el interior de una base, acuartelamiento, edificio o establecimiento militar, sólo en el caso de que aquél esté destinado en unidades, centros u organismos ubicados en los mismos. La vivienda así adjudicada se registrará por el régimen establecido para las viviendas militares no enajenables, en el Real Decreto 991/2000, de 2 de junio.

3. En los supuestos a que se refiere el anterior apartado 2, acordada la resolución del contrato, el titular del derecho de uso podrá optar entre:

a) Ser realojado en otra vivienda militar de similares características, si hubiere disponibles, o

b) Recibir una indemnización, que se fijará en el importe de treinta y seis mensualidades del canon vigente o, si fuere mayor, en una cantidad igual al setenta por ciento del valor real de mercado de la vivienda cuando el usuario cuente menos de veinte años, minorando, a medida que aumenta la edad, en la proporción de un uno por ciento menos por cada año más, con el límite mínimo del diez por ciento.

...

5. Los apartados 2 y 3 de este artículo serán de aplicación a los usuarios de viviendas militares desafectadas y puestas a disposición de la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa»²⁵.

²⁴ V.gr Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística, Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid. En estas normas y, en general, en las demás que en esta materia han desarrollado las comunidades Autónomas se desarrollan los conceptos de «Ruina Legal» y «Ruina Técnica»

²⁵ Párrafo introducido por art. 72.1 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE nº 313 de 31 de diciembre). Vid. Artículo 12 del Real Decreto 991, tras la reforma operada por el Real Decreto 1418/2005.

2.4.3. Las causas de resolución en los Pabellones de cargo

Como ya hemos visto a lo largo de este estudio, las viviendas cuya titularidad o administración corresponde al Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y a los Cuarteles Generales de los Ejércitos (que posteriormente han sido recepcionadas por el Instituto mediante las oportunas Actas de entrega administrativa), tienen la calificación única de viviendas militares.

No obstante lo expuesto, la excepción a este principio que el artículo 4.1 de la Ley 26/1999 establece, lo constituyen los denominados pabellones de cargo, a los que se refiere la Disposición adicional primera de la Ley, que son aquéllas viviendas destinadas a domicilio oficial o de representación social del militar, por razón del cargo o destino que ostente, y que se asignan *«atendiendo a criterios, entre otros, de destacada responsabilidad o a la necesidad de una presencia continuada en función de las actividades que deban realizarse»*, tal y como señala el artículo 8 del Real Decreto 991/2000.

En cumplimiento del citado artículo 8 del Real Decreto, corresponde al Ministro de Defensa proceder a la regulación del régimen aplicable a los mismos, determinando los cargos y destinos a los que se asignarán como domicilio oficial o de representación social, el procedimiento para la calificación y descalificación como tales de los correspondientes inmuebles, las normas para su adjudicación, ocupación, administración, conservación y desalojo y las incompatibilidades que, en su caso, se consideren de aplicación a sus usuarios.

Todo ello se realizó, con carácter general, mediante la Orden Ministerial 258/1999, de 12 de noviembre, por la que se regula el régimen de los pabellones de cargo del Ministerio de Defensa, así como por diferentes Resoluciones Comunicadas, del Subsecretario de Defensa, por las que se determinan las Autoridades, cargos y destinos del Ministerio de Defensa a los que corresponde pabellón de cargo y se califican y asignan como tales, determinados inmuebles.

No obstante, esta norma ha sido derogada por la reciente Orden DEF/3242/2005, de 10 de octubre, por la que se regulan los pabellones de cargo del Ministerio de Defensa, que, en su Apartado Quinto, contempla el *«Desalojo»* de los citados inmuebles que procede en caso de *«cese efectivo en el cargo, o la extinción de la causa que motivó su adjudicación»*, con lo que parece que la norma distingue entre un motivo principal de cese en el derecho de uso, como es el cese en el cargo y otra consistente en la extinción de la causa por la que se adjudicó, que deberá ser distinta a la

cesión por virtud de un determinado cargo, y que, lógicamente, deberá traer causa de la regulación precedente.

Por último, no debemos perder de vista que, como ya se ha señalado en el apartado relativo a las viviendas militares (punto 2.2 del presente estudio), el uso de los pabellones de cargo es obligatorio (salvo dispensa por «razones extraordinarias debidamente justificadas» apartado Cuarto.2 de la citada Orden DEF/3242/2005) y gratuito (en los términos de los apartados Cuarto.3 y Séptimo.3 de la norma), lo que determina que sea causa de cese en el derecho de uso del pabellón lo que hemos denominado «no ocupación» (respecto de las viviendas militares, art.10.1.e) de la ley 26/1999).

2.5. EL PROCEDIMIENTO DE DESAHUCIO DE LAS VIVIENDAS MILITARES Y DE LOS PABELLONES DE CARGO

En la actualidad, y tras las reformas operadas en la Ley 26/1999, por las distintas Leyes de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, la regulación del procedimiento de desahucio se lleva a cabo de manera uniforme, por expresa remisión a la normativa que, acerca de estas cuestiones, se establece en la legislación sobre viviendas de protección oficial.

A.—Respecto de las viviendas militares no enajenables (incluidas las vinculadas a cargo o destino), el artículo 9 de la Ley 26/1999, señala que «*Los usuarios de vivienda militar no enajenable que haya sido adjudicada en virtud de la presente Ley deberán desalojarla en el plazo de un mes a partir de la fecha en que surta efectos la correspondiente disposición declarativa de cualquiera de las causas o del fallecimiento del titular.*». De este modo, el artículo 19.2 del Real Decreto 991/2000, establece que «*En el caso de no producirse el desalojo voluntario, se incoará el correspondiente expediente de desahucio que se ajustará al procedimiento señalado en los artículos 142 al 144 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre viviendas de protección oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio, y 3964/1964, de 3 de diciembre.*».

B.—En el caso de concurrencia de cualquiera de las causas de resolución del contrato previstas en el artículo 10, el punto 4 del citado artículo establece que «*Producida cualquiera de las causas de resolución del contrato que se establecen en los apartados 1 y 2 del presente artículo, si el usuario no desalojara voluntariamente la vivienda en el plazo de un mes, desde el requerimiento que le dirija al efecto el Instituto para la Vivienda*

de las Fuerzas Armadas, se incoará el correspondiente expediente administrativo de desahucio, que se ajustará al procedimiento señalado en la legislación sobre viviendas de protección oficial»²⁶

C.—Respecto de los pabellones de cargo, el Apartado Quinto.2 de la Orden DEF/3242/2005 establece que *«Transcurrido el plazo de desalojo con carácter voluntario sin que el titular o quienes con él convivan hubiesen desalojado el pabellón de cargo, el Invifas incoará el correspondiente expediente de desahucio que se ajustará al procedimiento administrativo establecido en la Ley 26/1999, de 9 de julio, para las viviendas militares»*.

Llegados a este punto, debe hacerse constar que la remisión normativa al Decreto 2114/1968, que se contiene en los preceptos transcritos en los puntos A y B, se configura, no obstante, como un mero recurso a un conjunto de preceptos de naturaleza estrictamente procedimental, sin que tal acto implique, en modo alguno, que tal llamada responda a que las viviendas militares sean viviendas de protección oficial o de promoción pública, ya que, sin perjuicio de lo establecido por la Disposición adicional segunda.i) de la Ley 26/1999 (*«Las normas para la enajenación contenidas en este apartado serán de expresa aplicación en todo caso, excluyéndose, por tanto, cualquier otro régimen específico al que pudieran haberse acogido con anterioridad las viviendas militares y demás inmuebles»*), y artículo 24.1 del Real decreto 991/2000, como tiene reconocido una más que voluminosa jurisprudencia, las viviendas militares no revisiten tal condición²⁷.

Visto lo anterior, y teniendo en cuenta las particularidades contenidas en la Ley 26/1999 y su Reglamento de desarrollo, el artículo 142 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, establece el procedimiento al que deben ajustarse los expedientes administrativos de desahucio contemplan-

²⁶ Debe hacerse constar que el artículo 12.4 del Real Decreto 991/2000, con redacción anterior a la que se acaba de exponer, señala que *«La acción para conseguir el desahucio cuando se produzca alguna de las causas señaladas en los apartados anteriores, y no se desaloje la vivienda de manera voluntaria en el plazo de un mes desde la notificación del requerimiento de desalojo, de acuerdo con las normas procesales establecidas en los artículos 38 y 39 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, se ejercerá por el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas ante la jurisdicción ordinaria»*, aunque este precepto debe entenderse derogado tácitamente por el contenido del artículo 10.4 de la Ley 26/1999, con la redacción que, por virtud del artículo 62 y de la Ley 24/2001, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, actualmente tiene.

²⁷ Por todas, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 225, 226 y 227, de 16 de marzo, 256 y 257, de 29 de marzo, 317 de 9 de abril, y 318 y 319, de 11 de abril, 413 y 415, de 29 de abril, todas ellas de 2005.

do dos tipos de procedimientos. El primero de ellos, relativo a cualquiera de las causas de resolución del contrato que se contienen, en este caso, en los artículos 9 y 10 e la Ley 26/1999 y en las normas que sobre el desalojo de los pabellones de cargo han quedado expuestas. El segundo relativo, de modo específico, a las situaciones de impago que en este caso se contemplan en el artículo 10.1.a) de la ley 26/1999.

2.5.1. El procedimiento en casos distintos a la falta de pago

Para estos casos, el artículo 142 del Reglamento establece que *«El Instituto Nacional de la Vivienda o los promotores señalados en el artículo 141 de este Reglamento, una vez comprobada la existencia de alguna de las causas que pueden dar lugar al desahucio, distinta a la falta de pago, notificará al inquilino o beneficiario el pliego de cargos, concediéndole un plazo de ocho días para su contestación por escrito, en el que formulará las alegaciones y propondrá las pruebas que considere oportunas para su descargo, pudiendo acordarse la apertura de un periodo de prueba por plazo no superior a treinta días ni inferior a diez para practicar las que hayan sido declaradas pertinentes.*

A la vista de las actuaciones realizadas y del resultado del expediente se podrá acordar el archivo de las actuaciones o proponer la correspondiente resolución. En este último caso se dará conocimiento de la propuesta a los interesados, concediéndoles un plazo de ocho días para que puedan alegar cuanto consideren conveniente a su defensa, transcurrido el cual se elevarán las actuaciones a la Dirección General del Instituto Nacional de la Vivienda para que resuelva lo procedente.

Tanto esta resolución como el acuerdo de archivo de las actuaciones se notificaran a los interesados».

El Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, tiene atribuida la competencia de *«Mantener, conservar y gestionar las viviendas militares»* (art.14.c) de la ley 26/1999), la cual se ejercita a través del su Subdirección General de Gestión²⁸, y, en el ejercicio de tal actividad (como podría ocurrir en los casos de los habituales controles de ocupación del inmovilizado), puede detectar determinadas anormalidades que desembocan en

²⁸ El artículo 40.4.a) del Real Decreto 991/2000 establece que *«Corresponde a la Subdirección General de Gestión: a. Gestionar los asuntos relacionados con la asignación a los beneficiarios de la compensación económica, las viviendas militares en régimen de arrendamiento especial y los locales comerciales arrendados».*

unas primeras actuaciones administrativas tendentes a acreditar, aunque sea de modo indiciario, la concurrencia de cualquiera de las circunstancias del artículo 10 de la mencionada Ley 26/1999.

Una vez acreditada la concurrencia de cualquiera de las causas de desahucio previstas en los artículos 9 o 10 de la Ley, por el Director/a general Gerente²⁹, se formulará, al interesado, el preceptivo requerimiento de desalojo, al que hace referencia el artículo 10.4 de la Ley³⁰, dándole plazo de un mes para que desaloje la vivienda militar, bajo apercibimiento de desahucio.

Transcurrido el plazo señalado en el citado requerimiento, por el titular del Organismo, se acuerda la incoación del expediente y la designación del Instructor, que procederá a formular el correspondiente pliego de cargos al interesado, concediéndole un plazo de ocho días para que formule las alegaciones y proponga las pruebas que a su derecho convengan, cuya tramitación se regirá por lo dispuesto en los artículos 80 a 83 de la Ley 30/1992, norma que será de aplicación supletoria para todo lo no previsto en la normativa especial.

Recibidas las alegaciones, se dará cumplimiento a lo señalado en el párrafo segundo, de la Instrucción 49, de 1 de septiembre, de la Directora general Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, por la que se establecen criterios para la tramitación de los expedientes administrativos en el ámbito del Organismo, que señala que *«En todo caso, por la trascendencia de la materia en orden a los derechos que pudieran verse afectados, en los expedientes administrativos de desahucio el informe de la Asesoría Jurídica de este Instituto será previo a la propuesta de resolución.»*

Evacuado dictamen, se procederá al archivo de lo actuado o a la continuación del expediente por sus trámites, formulando la correspondiente propuesta de resolución, que podrá ser objeto de alegaciones por plazo de ocho días, hasta que por el Director general Gerente se dicte Resolución, en los términos señalados por el artículo 89.1 de la Ley 30/1992, acordando

²⁹ La Resolución 4C0/38236/2004, de 2 de noviembre, (BOE nº 277 y BOD nº 227) del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, por la que se delegan determinadas competencias, delega, en su apartado Tercero.7, en la Subdirección General de Gestión la competencia para *«Requerir de desalojo voluntario y, en su caso, incoar los expedientes administrativos de desahucio, de las viviendas militares y locales comerciales, cuando concurren las causas legalmente establecidas para ello»*.

³⁰ El requerimiento de desalojo no se prevé, de modo expreso, en el artículo 9 de la Ley, respecto de las viviendas militares no enajenables, pero dicho precepto no contempla lo contrario y su practica resulta acorde a una interpretación sistemática de la Ley 26/1999 y del artículo 95 de la Ley 30/1992.

do la resolución del contrato de cesión de uso de la vivienda militar de referencia y, si procediere, el lanzamiento de sus ocupantes.

En dicha Resolución se concederá un plazo de quince días al interesado para que desaloje voluntariamente la vivienda militar o pabellón de cargo³¹, transcurridos los cuales, se remitirán las actuaciones a los Servicios jurídicos del Estado³² en orden al ejercicio de las acciones oportunas ante la Jurisdicción contencioso-administrativa para lograr la efectiva entrada en el inmueble y el lanzamiento de los ocupantes.

2.5.2. El procedimiento en caso de impago de cánones o gastos repercutibles

En estos casos, el citado Reglamento señala que *«Si la causa de desahucio fuere la falta de pago, prevista en el apartado primero del artículo 138 de este reglamento, una vez vencida y no pagada alguna de las cantidades a que se refiere el mismo, el Instituto Nacional de la Vivienda o, en su caso, cualquiera de los promotores comprendidos en el artículo 141 de este Reglamento, requerirá por escrito al inquilino o beneficiario moroso para que en el término de ocho días, a partir del siguiente a la fecha del requerimiento, satisfaga la cantidad adeudada, apercibiéndole de lanzamiento si no lo hiciere. Transcurrido el plazo señalado sin satisfacerla, el promotor, si no fuera el Instituto Nacional de la Vivienda lo comunicara a éste, acompañando la prueba que acredite el cumplimiento de los requisitos anteriores. El Instituto Nacional de la Vivienda, una vez transcurrido el plazo concedido para hacer efectiva la cantidad adeudada o recibida la comunicación del promotor, acordará el lanzamiento del moroso, notificándole dicha resolución, que se llevará a efecto una vez transcurridos quince días desde la notificación, a no ser que antes pague el total importe adeudado, incluido el recargo aplicable como consecuencia de lo dispuesto en el párrafo segundo de la causa primera del citado artículo 138 de este Reglamento.*

³¹ La ausencia de dicho requerimiento determinará que no se conceda la ulterior entrada en el domicilio, no bastando el primer requerimiento de desalojo para suplir tal omisión, como entiende v.gr. el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº6, de los de Las Palmas de Gran Canaria, de 2 de enero de 2004.

³² La representación y defensa en juicio del Estado y de sus Organismos autónomos, corresponde a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 52/1997 de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

Para la admisión de recursos contra la resolución de lanzamiento será requisito previo la consignación de las cantidades adeudadas y del recargo, en su caso».

El procedimiento de desahucio que se regula por impago del canon arrendaticio, previsto en el artículo 10.1.a) de la Ley 26/1999, se configura como un procedimiento rápido, impregnado del principio de celeridad en la tramitación previsto en el artículo 74.1 de la LRJPAC, siendo su particularidad más relevante la ausencia tanto del pliego de cargos como de la propuesta de resolución. Es decir, que en estos casos, advertida la situación de deuda de canon o servicios repercutibles por periodo de tres meses (o superior), se procederá al oportuno requerimiento de pago para que, en el término de ocho días, el interesado satisfaga la cantidad adeudada, apercibiéndole de lanzamiento si no lo hiciere.

Transcurrido el plazo señalado sin que se verifique el pago de la totalidad de la deuda, por el titular del Instituto se acordará la resolución del contrato y el lanzamiento de los ocupantes, que se llevará a efecto una vez transcurridos quince días desde la notificación, a no ser que antes se satisfaga el total importe adeudado, incluido el recargo al que se ha hecho referencia.

En este sentido, el párrafo segundo de la causa primera del citado artículo 138, señala que *«Se podrá imponer un recargo del 10 por 100 del importe de la deuda si dictada la resolución decretando el desahucio el moroso paga las cantidades debidas y evita que se lleve a efecto el lanzamiento. En los casos de reincidencia dicho recargo podrá ser multiplicado por el número de veces que el beneficiario haya dado lugar a decretar el desahucio».*

De la lectura de los preceptos transcritos, no cabe sino extraer que al Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas le asiste la facultad de incrementar, en la resolución del expediente de desahucio, y por un 10%, el montante del principal de la deuda que haya sido objeto de un primer requerimiento de pago que hubiere sido desatendido, correspondiente éste a tres mensualidades.

Dicha facultad asiste al Instituto desde el primer momento, es decir, que ya en un primer expediente de desahucio en el que se haya requerido al interesado para que satisfaga la deuda en cuestión, de no verificar lo instado, se podrá dictar resolución en la que se acuerde la resolución del contrato salvo que en el plazo de quince días a contar desde la notificación de la citada Resolución, satisfaga el importe de la deuda, incrementada en el porcentaje que se ha señalado con anterioridad.

Archivado el primer procedimiento de desahucio, por la solución de la deuda, de producirse una nueva situación de impago que mereciere la incoa-

ción de ulterior expediente, será de aplicación la normativa expuesta, pudiendo llegarse a resoluciones que exijan las cantidades impagadas incrementadas en porcentajes que resulten de multiplicar el señalado anteriormente por el número de expedientes que el instituto hubiere tenido que incoar por la causa prevista en el artículo 10.1.a) de la Ley 26/1999 (20% en caso de un segundo expediente, 30% en caso de un tercer expediente y así sucesivamente).

Por último señalar que el último párrafo del artículo 142 del Decreto no es de aplicación, por establecer la necesidad de la previa consignación del importe de la deuda y del recargo para poder recurrir la resolución de lanzamiento, siguiendo el antiguo principio *«solve et repete»*, cuyo desajuste constitucional, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de nuestra Carta Magna ha sido declarado, por diversas Sentencias del Tribunal Constitucional³³

2.6. LA ENTRADA EN EL DOMICILIO EN LOS DESAHUCIOS ADMINISTRATIVOS

El privilegio de la autotutela administrativa tiene dos de sus más relevantes manifestaciones en los principios de ejecutividad o ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos, esto es, la potestad de la Administración de ejecutar sus propios actos e incluso, de proceder a la ejecución forzosa de los mismos, cuestión que adquiere una especial significación en el caso de los desahucios administrativos, como un medio a través del cual la propia Administración procede al lanzamiento de aquellos que sin título bastante ocupan bienes patrimoniales o de dominio público, habida cuenta de que, en estos supuestos, el cumplimiento forzoso del acto exige necesariamente la entrada en la vivienda, incidiendo, por tanto, de forma directa en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que contempla el art. 18.2 de la Constitución.

El artículo 96.3 de la Ley 30/1992 afirma que si, para la ejecución forzosa de los actos administrativos, fuera necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.

³³ Véase STC nº 141/1988 de 12 de julio (f.j.9º).

2.6.1. La autorización judicial del artículo 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

El lanzamiento de los ocupantes de la vivienda, acordada con ocasión de un desahucio administrativo, será efectuado por la propia Administración al amparo de la citada autotutela ejecutiva, cuyo reconocimiento ha sido declarado, de forma reiterada, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Ahora bien, habida cuenta que la ejecución del lanzamiento implica la entrada en el domicilio del interesado, la Administración deberá obtener, con carácter previo, siempre que no medie consentimiento del afectado, la preceptiva autorización judicial, que corresponderá, en todo caso, al Juez de lo Contencioso-Administrativo, conforme preceptúa el artículo 91.2 de la LOPJ (antiguo artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuía la competencia a los Jueces de Instrucción).

La primera cuestión que suscita esta autorización, consiste en determinar que función debe desempeñar el Juez de lo Contencioso-Administrativo en cumplimiento de lo establecido en el mencionado art. 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este tema, encomendando al Juez de lo Contencioso-Administrativo, (de Instrucción, en su momento) la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución de los actos administrativos. Así, dicha autorización judicial se constituye como una garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él, la ejecución de un acto que *prima facie* parece dictado por autoridad competente en el ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa (SS.TC 144/1987 y 76/1992).

Por tanto, el órgano judicial, como garante del derecho a la inviolabilidad del domicilio, debe limitarse, con anterioridad a autorizar la entrada, a apreciar si el acto administrativo presenta una apariencia externa de legalidad, evitando así autorizar de forma mecánica. La función de control previo para determinar esa apariencia de legitimidad del acto administrativo consiste, básicamente, en comprobar que tal acto existe y que la Administración no ha incurrido en vía de hecho. El Juez de lo Contencioso-Administrativo deberá, en consecuencia, efectuar una comprobación sobre si el

acto ha sido dictado por la Autoridad competente en el ejercicio de las funciones que le son propias, si se ha seguido el procedimiento legalmente establecido con escrupulosa observancia de los derechos que asisten al interesado en el desarrollo del mismo, que éste último es el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización, que la ejecución del acto sea necesaria para alcanzar el fin perseguido y, en definitiva, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto o resolución, pues, como señala el artículo 100.2 de la Ley 30/1992, en los casos en que proceda la ejecución forzosa, por medio de la compulsión sobre las personas, la misma deberá efectuarse «... *dentro siempre del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución*».

Así, la atribución que el art. 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, encomienda al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, no contempla, en ningún caso, un pronunciamiento sobre el fondo del acto, sino que se trata de una función de fiscalización sobre la legalidad del mismo, pero, como ha señalado la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1992, de 14 de mayo, esta misión de control en ningún modo puede interferir la potestad exclusiva de juzgar y ejecutar lo juzgado que corresponde a los Tribunales Contencioso-Administrativos respecto a los actos administrativos y que se extiende no sólo a la revisión de la legalidad de estos actos, sino también a la ejecutividad y, en su caso, a la suspensión³⁴.

Podemos concluir afirmando, que la garantía judicial que contempla el artículo 91.2 de la L.O.P.J., aparece configurada como un mecanismo de orden preventivo destinado a proteger el derecho y no a reparar su violación cuando esta se produzca, por tanto, se trata de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación previa de intereses, antes de que se produzca cualquier entrada y como condición ineludible para realizar ésta, en ausencia del consentimiento del titular (STC 160/1991, de 18 de julio).

2.6.2. Resoluciones judiciales que implican la entrada en domicilio

Distinto del anterior es el supuesto de que un Tribunal haya dictado resolución judicial cuyo cumplimiento implique la entrada en el domicilio de un particular. Así, reconduciendo esta cuestión al tema que nos ocupa,

³⁴ Esta doctrina se contiene en la actualidad en la jurisprudencia más reciente, siendo relevante el pronunciamiento contenido en la STC, Sala Primera, Sentencia 139/2004 de 13 de septiembre.

se plantea la necesidad de dilucidar si la sentencia desestimatoria de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un acto o resolución administrativa que acuerde el desalojo de una vivienda, debe ser considerado como título suficiente para entrar en el domicilio o si, por el contrario, será preceptiva una nueva resolución judicial que lo autorice, en cumplimiento precisamente de lo dispuesto en el citado artículo 91.2 de la L.O.P.J.

La problemática surge a raíz del cambio de criterio que ha venido sosteniendo la doctrina del Tribunal Constitucional. En principio, partiendo de un planteamiento rígido, la STC 22/1984, de 17 de febrero, tras proclamar la constitucionalidad de la autotutela ejecutiva de la Administración, establecía que la resolución judicial o administrativa que ordena una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización de ingreso, de manera que, ante la negativa del titular, es necesaria una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que, una vez dentro del domicilio, puedan ser realizadas.

No obstante, esta interpretación que, en principio, parecía la más acorde con lo expuesto hasta el momento, respondía a un planteamiento excesivamente simplificado de la cuestión, al aplicarse el derogado artículo 87.2 de la L.O.P.J. (en la actualidad artículo 91.2), en sus términos más estrictos.

Posteriormente, la propia doctrina del Tribunal Constitucional, abandonó su postura inicial de exigir una segunda resolución judicial que autorizara la entrada en el domicilio además de la que era objeto de ejecución, de tal suerte que, una vez firme la Sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo, nos encontramos ante un mandato judicial cuyo incumplimiento por la Administración vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución. Así, la STC 160/1991, de 18 de julio, establece que en este caso no estamos ante una actividad de la Administración de ejecución forzosa de sus propios actos, amparada por el privilegio de la autotutela administrativa, sino ante la ejecución de resoluciones judiciales firmes que autorizan a la Administración a desalojar viviendas. Se trata, por tanto, de ejecución de sentencias -no de actos administrativos— que en principio corresponde al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso, debiendo interpretarse esta competencia, no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido en las sentencias. Añade la citada Sentencia, en su Fundamento de Derecho Noveno, que una vez recaída una resolución judicial que adquiera firmeza

y que de lugar, por su naturaleza y contenido, a una entrada domiciliaria, tal resolución será título bastante para dicha entrada, y se habrá cumplido la garantía del art. 18.2 de la Constitución, no vulnerándose, por tanto, el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Resulta evidente que, en este caso, no estamos ante una excepción de lo dispuesto en el art. 91.2 de la L.O.P.J., sino ante un supuesto esencialmente distinto, toda vez que no se trata de la ejecución forzosa de un acto administrativo al amparo del privilegio de la autotutela de la Administración que, por implicar la entrada en el domicilio del interesado, exige la preceptiva autorización judicial previa, sino de dar cumplimiento a lo dispuesto en una sentencia judicial firme. En esta línea, se pronuncia también, la STC 76/1992 de 14 de mayo, al excluir del ámbito del antiguo artículo 87.2 de la L.O.P.J. las entradas en domicilios a que se refiere el citado precepto, cuando sean consecuencia de la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales, ya que de no ser así se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva que comprende también el derecho a someter la ejecutividad del acto administrativo a la decisión de un Tribunal, y que este resuelva sobre la suspensión, así como la garantía de la potestad jurisdiccional del Juez o Tribunal que en ese momento esté juzgando la ejecutividad del acto administrativo (art. 117.3 de la Constitución) y que ha de ser un órgano de orden judicial contencioso-administrativo, pues sólo a estos compete el control de la legalidad del acto y de su ejecución o suspensión.

Resuelta esta problemática, surge la cuestión de determinar cuales son las consecuencias que se derivarían en el supuesto de que se produjese una duplicidad de resoluciones judiciales, esto es, que una vez firme la sentencia que implique la entrada en el domicilio, se autorizase el ingreso en éste por el Juez de lo Contencioso-Administrativo correspondiente, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 91.2 de la L.O.P.J.

La cuestión, en definitiva, se reduce a precisar si, en estos casos, la autorización del citado precepto legal se constituye como un mero requisito innecesario, por existir una sentencia firme anterior que sirve de título bastante para la entrada en el domicilio, o bien, se derivan otras consecuencias de mayor trascendencia jurídica.

Las consecuencias de esta duplicidad de resoluciones judiciales, ha sido puesta de manifiesto por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al afirmar que supone un requisito hueco e inútil («...*carente de significado, pues ninguna garantía añadiría a la protección del derecho fundamental de que se trata...*»), si no se revisara el fondo de las sentencias ya firmes, o que trastocaría, sin base constitucional, todo el orden de instancias jurisdiccionales si así lo hiciera. A este respecto, la ya citada

STC 160/1991, de 18 de julio, señala que, una vez firme la resolución judicial, no cabe que otro órgano jurisdiccional entre de nuevo a revisar lo acordado y a reexaminar la ponderación judicial efectuada por otras instancias, pues ello iría en contra de los más elementales principios de seguridad jurídica.

Podemos concluir, afirmando, como así ha puesto de relieve la jurisprudencia constitucional, que en estos casos, «*Se trata de una ejecución en línea directa o de continuidad, donde se da una identidad absoluta entre el acto de ejecución material y su título habilitante que no necesita ni permite, siquiera, que se intercale ninguna actuación intermedia de individualización y que, por ello, hace innecesaria una nueva intervención judicial*».

2.6.3. Planteamiento de la cuestión en los desahucios administrativos de viviendas militares

En el ámbito que nos ocupa, una vez finalizada la instrucción del expediente administrativo de desahucio, conforme al procedimiento previsto en la normativa expuesta, por la preceptiva resolución del Director general Gerente del Instituto, se dispondrá la resolución del vínculo contractual y el desalojo (lanzamiento), de la vivienda, acto contra el que el interesado podrá interponer el correspondiente recurso de reposición ante el mismo, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa. Contra la desestimación del citado recurso, podrá formular recurso contencioso-administrativo.

A tenor de cuanto ha quedado expuesto en los puntos precedentes, resulta obvio que el INVIFAS no podrá llevar a cabo el lanzamiento de los ocupantes de viviendas militares, sin la preceptiva autorización judicial de entrada en domicilio, teniendo en cuenta que podrá prescindirse de la misma cuando se trate, como hemos visto, de cumplir/ejecutar una sentencia firme desestimatoria de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por el interesado, contra la previa resolución del Titular del Instituto, acordando el desalojo.

Así, una vez finalizada la tramitación del expediente de desahucio, el INVIFAS deberá solicitar la preceptiva autorización de ingreso en el domicilio, con remisión del expediente administrativo a los Servicios Jurídicos del Estado, para que insten del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente, la citada autorización, el cual, una vez examinada la documentación, y comprobado que no existen irregularidades relevantes en la tramitación del expediente, cuya inobservancia pueda suponer una vulne-

ración de los derechos constitucionales, deberá pronunciarse exclusivamente sobre si procede autorizar o denegar el acceso al domicilio, absteiniéndose de todo pronunciamiento sobre el fondo.

Como quedó expuesto anteriormente, distinto es el supuesto en que haya adquirido firmeza la sentencia del Tribunal Contencioso-Administrativo resolviendo un recurso judicial, toda vez que, en este caso, el INVI-FAS deberá proceder a ejecutar el desalojo sin necesidad de una ulterior resolución judicial. En tal sentido se han pronunciado sendos Autos de la Audiencia Nacional de 30 de junio y 21 de julio, de 1.993, que, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Constitucional, acuerdan no haber lugar a la autorización judicial solicitada por la Administración, para ejecutar el lanzamiento de una vivienda militar cuando se trata de cumplir una sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el interesado, pudiendo la Administración llevar a cabo el desalojo, al servir dicha resolución judicial de título bastante al efecto.

Los mencionados Autos, distinguen, en relación con la ejecución forzosa de los actos administrativos y la entrada en el domicilio, dos supuestos, que resumen con claridad lo expuesto hasta el momento: 1.—Cuando tenga lugar en cumplimiento de una Sentencia o Resolución judicial firme que implique dicha entrada, la Administración podrá llevarla a cabo sin necesidad de una nueva Resolución judicial, sirviendo aquella de título suficiente al efecto. 2.—Cuando se trata propiamente de la ejecución forzosa de sus actos amparada por el privilegio de la autotutela administrativa, la Administración ante la negativa del titular del domicilio precisará la autorización judicial.

**CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS
DISCIPLINARIOS MILITARES: REFLEXIONES EN TORNO A
LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA 3ª, DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, DEL TRIBUNAL
SUPREMO DE 27 DE FEBRERO DE 2006**

Francisco Javier Gómez Docampo
Capitán Auditor

I. INTRODUCCIÓN

La caducidad es una institución jurídica que suscita numerosos problemas y comentarios, entre ellos el de cuál es su verdadera naturaleza y fundamento, problemas en los que evidentemente no vamos a entrar.

Esta problemática es incluso mayor en el ámbito del procedimiento administrativo, en que la Ley 30/92 de 26 de noviembre ha regulado, como una de las formas de terminación del procedimiento, la caducidad (art. 87.1 de la Ley 30/92), siendo discutida en la doctrina administrativista cuál es la verdadera naturaleza jurídica de esta caducidad regulada en la Ley 30/92, especialmente la regulación que se hacía de esta institución antes de la modificación derivada de la Ley 4/99 de 13 de enero, considerando algunos autores (al igual que alguna resolución judicial) que lo que dicho texto legal denomina «caducidad del procedimiento» no es en sentido técnico ni caducidad ni prescripción, pues con ella no se extinguen derechos (materiales) ni acciones, sino únicamente el procedimiento, por lo que consideran que es una simple causa de extinción del procedimiento admi-

nistrativo sin más, y que por tanto la denominación procedente sería no tanto la de «caducidad del procedimiento», sino la de «perención»¹.

En este sentido SALA SÁNCHEZ² conceptúa la caducidad del procedimiento o perención como aquél modo de extinción de un procedimiento administrativo que se encuentra inactivo o suspendido y que tiene por finalidad evitar la pendencia indefinida del referido procedimiento, eliminando así la consiguiente inseguridad jurídica que ello implica, y en sentido más o menos similar la conceptuaba la jurisprudencia (ej STS 3ª de 29-1-1994)³.

Dejando de lado esta problemática del concepto, la naturaleza y el fundamento de la caducidad de los procedimientos administrativos, conviene resaltar la cuestión de si este instituto de la caducidad, al menos tal y como ha sido regulado en la Ley 30/92⁴ de 26 de noviembre, resulta de aplicación a los procedimientos disciplinarios militares, lo que conlleva la necesidad de

¹ Así GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco en «Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92 de 26 de noviembre). II» en el comentario al art 92 de dicho texto legal, pgs 1528 a 1568. 1ª edición. Editorial Cívitas, Madrid 1997.

² «Comentarios a la reforma del Procedimiento Administrativo (Análisis de la Ley 4/99)» VVAA, coordinados por Pascual Sala Sánchez, en el comentario al art 44, pp 189 y ss. Tirant Lo Blanch. Valencia 1999

³ A nuestro juicio esta definición en la actualidad no puede ser enteramente comparada, al menos en lo que se refiere a la caducidad de los procedimientos incoados de oficio en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, puesto que tras la Ley 4/99 la caducidad de estos procedimientos se produce por el mero hecho del vencimiento del plazo máximo establecido para que en ellos se dictara y notificara resolución expresa, sin que por tanto sea necesario que el procedimiento haya estado inactivo o suspendido.

⁴ Tras la reforma efectuada en la Ley 30/92 por la Ley 4/99 de 13 de enero encontramos referencias expresas a la caducidad del procedimiento en los arts 44.2, 87.1 y 92. Específicamente nos interesa el contenido del art 44 (modificado por la Ley 4/99) ubicado en el Capítulo I «normas generales» del Título IV «de la actividad de las Administraciones Públicas» de la Ley 30/92.

Este precepto, rubricado «falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio» establece que en los procedimientos iniciados de oficio el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver (impuesta por el art 42 de este texto legal), si bien dicho vencimiento produce una serie de efectos fijados en el propio precepto, y entre ellos, en su apartado 2 señala que «*en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art 92*», y todo ello teniendo en cuenta que en los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar resolución.

A su vez el art 92, relativo a la caducidad, a sus requisitos y efectos establece en su apartado 3 que *la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.*

examinar si las Leyes Disciplinarias Militares han regulado la cuestión de la *caducidad* de los procedimientos disciplinarios militares, así como la doctrina jurisprudencial que los órganos judiciales hayan podido sentar sobre esta materia, pues no en vano la apreciación de la caducidad de los procedimientos disciplinarios militares en los términos previstos por la Ley 30/92 conllevaría obviamente una forma de finalización de los mismos. Se trata, en definitiva, de verificar si el instituto de la caducidad resulta aplicable a los procedimientos disciplinarios militares, y en su caso la influencia que en los procedimientos disciplinarios militares puede tener la doctrina sentada en la reciente sentencia del Pleno de la Sala 3^a, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo acerca de la caducidad y su aplicación a los procedimientos disciplinarios judiciales, dejando sentado, de antemano, que lo que se expone son unas simples reflexiones y no un estudio profundo y sistemático de esta cuestión que, obviamente, exigiría una exposición más detallada.

II. LA REGULACIÓN DE LAS LEYES DISCIPLINARIAS MILITARES

Lo primero que debemos destacar es que ni la LO 12/85 de 27 de noviembre, ni la vigente LO 8/98 de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las FAS contienen referencia expresa alguna a la caducidad de los procedimientos disciplinarios, como tampoco la LO 11/91 de 17 de junio de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, si bien las citadas normas sí contenían (en el caso de la LORDFAS de 1985) o contienen regulación expresa tanto de la duración de la instrucción de los procedimientos disciplinarios (escritos)⁵ como de la prescripción de las infracciones disciplinarias.

Sobre estos preceptos debe traerse a colación la doctrina legal sentada en la STS 3^a de 12 de junio de 2003, conforme a la cual *la declaración de caducidad y archivo de actuaciones establecidas para procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, artículo 44.2 de la Ley 30/92, no extinguen la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siéndoles plenamente aplicable el artículo 92.3 de la misma Ley.*

⁵ Debe destacarse que si bien tanto la LORDGC como la LORDFAS hablan siempre del plazo de «instrucción», y que ello pudiera dar lugar a pensar que el plazo señalado es sólo para la instrucción del procedimiento, es decir, para una de las fases del procedimiento disciplinario, y no comprendería la totalidad del procedimiento, excluyendo por tanto la fase de finalización y resolución del procedimiento (en definitiva, que comprendería sólo el plazo durante el cual el Instructor debe tramitar el procedimiento, pero no desde el momento que eleva el expediente a la Autoridad correspondiente), lo cierto es que la jurisprudencia contencioso-disciplinaria estima que el plazo señalado en ambas normas disciplinarias comprende la totalidad del procedimiento, es decir, desde su iniciación hasta que la resolución que le pone fin se notifica al expedientado.

A) Concretamente la LORDFAS de 1985 establecía en su art 17 que las faltas leves disciplinarias prescribían a los 2 meses, y las graves a los 6 meses, contados ambos plazos desde el día en que las correspondientes infracciones se hubiesen cometido. Específicamente el párrafo segundo de este art 17 establecía que *en las faltas graves esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento sancionador se dirija contra el presunto responsable, continuándose el cómputo del plazo transcurridos los tres meses determinados para la instrucción en el art 41 de esta Ley*, señalando el art 41 de dicho texto legal (ubicado en el Capítulo III «procedimiento en faltas graves» del Título IV «del procedimiento sancionador»), en su párrafo 3º, que *el plazo de instrucción del procedimiento no podrá exceder de 3 meses*.

A su vez el art 65 de la citada LORDFAS de 1985, referente a la prescripción de las causas que motivaban la incoación de expediente gubernativo y la posible imposición de sanciones disciplinarias extraordinarias, señalaba que la posibilidad de imponer dichas sanciones disciplinarias extraordinarias prescribía a los 2 años de haberse producido la causa o causas que pudieran motivarlas, estableciendo el párrafo 2º de este precepto que *esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento sancionador se dirija contra el presunto responsable, volviendo a correr el tiempo de no haberse concluido en el plazo de instrucción señalado en el art 72 de esta Ley*, plazo de instrucción del expediente que no podía ser superior a 6 meses.

Conviene a la vez recordar que la Disposición Adicional 4ª de esta LORDFAS de 1985 (en su redacción tras la LO 2/89 de 13 de abril) estableció que la Ley de Procedimiento Administrativo y la Ley Procesal Militar serían de aplicación subsidiaria en todas las cuestiones de procedimiento y de recurso no previstas en esta LORDFAS de 1985.

B) La LORDGC de 1991 ha seguido una línea similar a la establecida en la LORDFAS de 1985 (si bien mejorando la redacción y ubicación de esta materia de la prescripción de infracciones y duración de los procedimientos disciplinarios escritos) señalando en su art 68 que las faltas muy graves (que dan lugar a la tramitación de expediente gubernativo) prescribirán a los 2 años, las graves a los 6 meses, y las leves a los 2 meses, contados estos plazos de prescripción desde que la correspondiente infracción se hubiere cometido⁶. A su vez el apartado 3 de este precepto señala que

⁶ El párrafo 4 de este precepto establece una regla especial de cómputo de la prescripción para el caso de procedimientos disciplinarios incoados en virtud de sentencia judicial (penal) condenatoria, al señalar que en estos casos *la prescripción comenzará a computarse desde que la Administración tuviese testimonio de la misma* (es decir, de la sen-

la iniciación de cualquier procedimiento disciplinario interrumpirá los plazos de prescripción establecidos en el número 1 de este artículo, que volverán a correr de no haberse concluido el expediente en el tiempo máximo establecido por la Ley. En este sentido el art 43.1 de la LORDGC establece que el procedimiento (disciplinario previsto para las faltas graves) respetará los plazos establecidos en esta Ley sin que la instrucción del expediente pueda exceder de 3 meses, y el art 53, relativo a los expedientes gubernativos, establece que la incoación, tramitación y resolución del expediente gubernativo se regirá por las disposiciones establecidas en la propia LORDGC para el expediente disciplinario, con algunas especialidades, entre las cuales se encuentra la duración del procedimiento porque se señala que el plazo máximo de instrucción del expediente será de 6 meses.

Además la Disposición Adicional 1ª dispone que la Ley de Régimen Disciplinario de las FAS será de aplicación supletoria en todas las cuestiones no previstas en la presente LORDGC, previsión ésta que excluye, inicialmente, la aplicación supletoria directa de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, la cual no obstante, sí resulta aplicable en último extremo por la vía de la supletoriedad de 2º grado, puesto que dicha norma legal era supletoria a su vez de la LORDFAS de 1985, como también lo es, como ahora veremos, de la LORDFAS de 1998.

C) La vigente LORDFAS de 1998 sigue la línea de las normas anteriormente citadas, si bien modificando parcialmente la regulación de la interrupción de la prescripción, al establecer en su art 22.1 que las faltas leves prescriben a los 2 meses y las graves a los 6 meses, contados estos plazos desde el día en que la infracción se hubiera cometido, y en su apartado 2 que *en las faltas graves la prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento sancionador se dirija contra el presunto responsable con conocimiento del mismo, volviendo a correr el cómputo del plazo de no haberse concluido el expediente en el tiempo de instrucción establecido en esta Ley*, plazo que es de 3 meses, puesto que como señala el art 51.2 LORDFAS *el procedimiento se seguirá por escrito y su plazo de instrucción no podrá exceder de 3 meses*.

tencia judicial penal firme condenatoria), precepto que debe ponerse en relación con lo señalado en la Disposición Adicional 2ª, conforme a la cual «los Jueces y Tribunales de cualquier jurisdicción pondrán en conocimiento de la Dirección General de la Guardia Civil toda resolución que ponga fin a los procesos penales por delito o falta que afecten a personal sometido a la presente Ley», si bien la Sala 5ª del TS ha matizado la literalidad del precepto (art 68.4) en varias sentencias, como las de 23-1-2003, 7-7-2003, 7-10-2005.

A su vez el art 25.1 de la Ley establece que la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias de carácter extraordinario prescribirá a los 2 años de haberse producido la causa o causas que pudieran motivarlas, estableciendo como regla especial que si la causa que pudiera motivar una sanción disciplinaria extraordinaria que da lugar a la incoación de un expediente gubernativo deriva de una sentencia penal condenatoria firme la prescripción comenzará a computarse desde que se hubiere recibido testimonio de la misma⁷. Y el apartado 2 de este precepto dispone que *la prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento sancionador se dirija contra el presunto responsable con conocimiento del mismo, volviendo a correr el tiempo, de no haberse concluido en el plazo de instrucción señalado en esta Ley*, plazo de instrucción que es de 6 meses, puesto que el art 64 señala que la incoación, tramitación y resolución del expediente gubernativo se regirá por las disposiciones previstas para los expedientes disciplinarios por faltas graves con las especialidades que señala el propio precepto, siendo la primera de ellas que *el plazo máximo de instrucción del expediente será de 6 meses*.

Finalmente la Disposición Final 1ª prevé que la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley Orgánica 2/89 de 13 de abril, Procesal Militar, serán de aplicación subsidiaria en todas las cuestiones de procedimiento y recurso no previstas en esta LORDFAS de 1998.

III. LA DOCTRINA DE LA SALA 5ª, DE LO MILITAR, DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA DURACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS MILITARES, SU CADUCIDAD Y LA PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES DISCIPLINARIAS

Con carácter general puede decirse que en los recursos contencioso-disciplinarios militares interpuestos contra sanciones disciplinarias militares por falta grave o muy grave o causa extraordinaria no ha sido inusual que los recurrentes pretendieran la nulidad de las sanciones discipli-

⁷ Esta regla especial de cómputo debe ponerse en relación con lo señalado en la Disposición Adicional 1ª, conforme a la cual «los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria pondrán en conocimiento del Ministerio de Defensa toda resolución que ponga fin a los procesos penales que afecten a personal sometido a la presente ley», si bien debemos tener en cuenta lo señalado anteriormente sobre el art 68.4 LORDGC y la matización que sobre su literalidad ha efectuado la Sala 5ª del TS.

narias impugnadas alegando la caducidad del procedimiento sancionador (expediente disciplinario por falta grave y expediente gubernativo) por haberse excedido los plazos legalmente previstos en las Leyes Disciplinarias para la instrucción de los procedimientos, tanto por falta grave (expedientes disciplinarios) como por causas extraordinarias o faltas muy graves (expedientes gubernativos), que, como hemos visto, son de 3 y 6 meses, respectivamente, tanto en el ámbito disciplinario de las FAS, como de la Guardia Civil, basándose para ello en la aplicación supletoria de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en especial tras la modificación operada en esta última norma por la Ley 4/99 de 13 de enero a la vista del contenido del art 44.2 de dicho texto legal.

En este orden de ideas puede decirse que existe una doctrina bastante clara y consolidada en la Sala 5ª, de lo Militar, del TS, en el sentido de señalar que los procedimientos disciplinarios militares no caducan, y que el único efecto que produce el agotar el plazo previsto para la tramitación y conclusión del procedimiento sancionador es el de que se vuelve a contar de nuevo, desde el principio y en su totalidad, el plazo de prescripción de la correspondiente infracción, plazo que se interrumpió en su día desde que se notificó al encartado en el correspondiente procedimiento su incoación⁸. En este sentido podemos citar, entre otras muchas, las sentencias de 21-2-2000, 10-4-2000, 14-2-2001, 24-9-2001, 4-7-2001, 20-5-2002, 11-2-2003, 12-3-2003, 27-5-2003, 15-7-2003, 7-12-2004, 20-5-2005, 10-11-2005.

La sentencia de 7-12-2004 resume los argumentos de la Sala del Alto Tribunal para justificar el porqué la caducidad no es aplicable en el ámbito disciplinario militar, y así señala que:

«...Es doctrina inconcusa de la Sala (Sentencias 21.02.2000; 10.04.2000; 14.02.2001; 20.05.2002; 25.10.2002; 14.03.2003;

⁸ Esta doctrina es general tanto para los procedimientos disciplinarios de las FAS, como de la Guardia Civil, a pesar de la regulación diferente que, en esta materia, existe en ambas normas disciplinarias, puesto que si bien la LORDGC señala que el plazo de prescripción de la correspondiente infracción se interrumpe desde la incoación del procedimiento (art 68.3), sin que en el precepto se exija que dicha incoación se haya notificado al encartado, al contrario de lo que señala la actual LORDFAS de 1998 (arts 22.2 y 25.2), lo cierto es que la Sala 5ª desde la STS de 14-2-2001 exige también en el ámbito disciplinario de la Guardia Civil que para la interrupción de la prescripción de la infracción no basta con la incoación del correspondiente procedimiento, sino que es precisa su notificación al encartado.

07.04.2003 y 24.11.2003, entre otras), que el régimen disciplinario específico de las fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, es ajeno a los efectos generales que se predicen de la caducidad de los expedientes y procedimiento sancionadores, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el invocado art. 44.2 Ley 30/1992, sobre archivo de las actuaciones con los efectos previstos en su art. 92. No es aplicable en función de la especificidad salvado expresamente por la reiterada Ley 30/1992, en su Disposición Adicional 8ª y en su art. 127.3. Es nuestra doctrina que el efecto que se sigue del agotamiento del plazo previsto para la tramitación y conclusión del Expediente, de seis meses en el presente caso, es el de volver a contarse el plazo de prescripción de la falta, entendido como volver a computarse de nuevo e íntegramente el plazo prescriptivo que corresponda, que en las faltas muy graves es de dos años, y ello desde que se cumplió el tiempo ordenado para la terminación del Expediente; momento a partir del cual comienza a correr de nuevo el período de prescripción.

Las actuaciones practicadas en el Expediente no concluido tempestivamente son válidas, y tienen eficacia cuando la Resolución sancionadora se dicte y notifique dentro del plazo de prescripción, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido el funcionario causante de la irregular tramitación. Esta es la doctrina legal establecida por la Sala 3ª de este Alto Tribunal a propósito del art. 63.3 de la Ley 30/1992 (Sentencia 24.04.1999), que se trae a colación sin perjuicio de la afirmada especificidad del régimen disciplinario en el ámbito castrense».

En definitiva resulta que los procedimientos disciplinarios militares deben tramitarse y resolverse dentro del plazo legalmente establecido, pero el exceso en dicho plazo sin que se haya dictado y notificado la correspondiente resolución sancionadora no implica la caducidad del correspondiente procedimiento, sino únicamente el reinicio (desde el principio y en su totalidad) del plazo de prescripción de la infracción de que se trate, y ello porque los regímenes disciplinarios militares tienen una regulación específica que les separa de la regulación general contenida en la propia Ley 30/92 de 26 de noviembre en el art 44.2, especificidad que resulta no sólo de la regulación que al efecto se establece en normas sancionadoras específicas, sino de que los propios arts 127.3 y la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/92 de 26 de noviembre excluirían la aplicación de la Ley 30/92 a los procedimientos disciplinarios, entre ellos los militares.

IV LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA 3ª, DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE FEBRERO 2006.

A) CONSIDERACIONES GENERALES

Esta sentencia examina un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Magistrado-Juez contra una sanción disciplinaria de suspensión de funciones de 1 mes que le fue impuesta por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial como autor de una falta muy grave prevista en el art 417.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial consistente en la desatención o retraso injustificado o reiterado en la resolución de causas o procesos.

Concretamente el recurrente pretendía la anulación de la sanción que le había sido impuesta alegando la caducidad del procedimiento disciplinario seguido contra el mismo, lo cual debía conllevar la anulación de la sanción impuesta en dicho procedimiento. En este sentido indicaba el recurrente que el procedimiento sancionador se había incoado por acuerdo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ de fecha 23 de enero de 2003, y la resolución que puso fin al citado procedimiento disciplinario y en la que se le impuso la sanción, fue dictada por el Pleno del CGPJ con fecha 14 de enero de 2004, habiéndose excedido el plazo de 6 meses que el art 425.6 de la LOPJ establece para la duración del procedimiento sancionador, sin que en el procedimiento existiera documentación alguna del Instructor que justificara el retraso en la tramitación del procedimiento y que justificara la demora en su instrucción, tal y como señala el propio precepto, por lo que dicha demora (de más de 6 meses) en la resolución del procedimiento sancionador debía conllevar la declaración de caducidad del procedimiento a la vista del contenido del art 44.2 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, tras su redacción por la Ley 4/99 de 13 de enero. En definitiva, que la Sala 3ª del TS tenía que examinar si, en un procedimiento disciplinario judicial, el exceso del plazo legalmente establecido para la tramitación del procedimiento tenía alguna consecuencia jurídica, y específicamente si procedía declarar la caducidad del procedimiento por el exceso de dicho plazo, lo que en último término llevaba a examinar si al procedimiento disciplinario judicial le eran de aplicación las disposiciones contenidas en la Ley 30/92 de 26 de noviembre, concretamente la regulación del art 44.2 de dicho texto legal, referente a los efectos o consecuen-

cias que se producen en los procedimientos administrativos iniciados de oficio en los que no se dicta y notifica resolución expresa dentro del plazo legalmente establecido.

Esta Sentencia del Pleno de la Sala 3ª del TS tiene dos votos particulares (uno de ellos suscrito por un magistrado, y el otro suscrito por otros siete magistrados), si bien el criterio mayoritario es sustentado con amplitud por la mayor parte de los componentes de la Sala (de los 30 magistrados que la componen 22 tienen la misma opinión).

Antes de exponer el criterio sentado en esta sentencia, que, se puede adelantar ya, supone una modificación del criterio que, con carácter general, se mantenía en el Alto Tribunal sobre esta materia, parece conveniente referirnos a la regulación que la Ley Orgánica del Poder Judicial hace sobre el régimen disciplinario de los jueces y magistrados, así como sobre la duración de los procedimientos, sus consecuencias en caso de demora etc.

B) LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS JUDICIALES

La responsabilidad, tanto penal como civil o disciplinaria de los Jueces y Magistrados se regula en el Título III «de la responsabilidad de los jueces y magistrados» del Libro IV «de los jueces y magistrados» de la LOPJ, y concretamente la Responsabilidad Disciplinaria se regula en el Capítulo III de dicho Título III, comprensivo de los arts 414 a 427.

En lo que a nosotros interesa conviene señalar que la LOPJ distingue tres tipos de infracciones diferentes, leves, graves y muy graves (art 416.1), siendo los plazos de prescripción de dichas infracciones de 2 años para las faltas muy graves, 1 año para las graves, y el plazo previsto en el Código Penal para la prescripción de las faltas penales para las faltas leves, que se computan desde que la correspondiente infracción se hubiera cometido (art 416.2), si bien el plazo de prescripción se interrumpe desde la fecha de notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento disciplinario o, en su caso, de las diligencias informativas relacionadas con la conducta investigada del Juez o Magistrado, volviendo a correr el plazo de prescripción si las diligencias o el procedimiento permanecen paralizados durante 6 meses por causa no imputable al Juez o Magistrado sujeto al expediente disciplinario (art 417.3).

Teniendo en cuenta que para la imposición de cualquier sanción disciplinaria a Jueces y Magistrados por la comisión de infracciones en el ejercicio de sus cargos (salvo la de advertencia, que se impondrá previa

audiencia del interesado tras una información sumaria ex art 422.1) es necesario tramitar el procedimiento legalmente establecido, que es escrito, y con una tramitación común a la prevista en la mayor parte de los procedimientos sancionadores (incluyendo la formulación, en su caso, de un pliego de cargos y una posterior propuesta de resolución), el apartado 6 del art 425 LOPJ regula la duración del procedimiento, estableciendo que *«La duración del procedimiento sancionador no excederá de seis meses. Cuando, por razones excepcionales, se prolongase por mayor plazo, el instructor delegado deberá dar cuenta cada diez días del estado de su tramitación y de las circunstancias que impiden su conclusión a la autoridad que hubiere mandado proceder»*.

Debe señalarse que el Capítulo dedicado a la responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados no establece en ningún momento la aplicación supletoria o subsidiaria de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, si bien no debe perderse de vista que el art 142.1 de la LOPJ (ubicado en el Capítulo V «del régimen de los actos del Consejo», del Título II «del Consejo General del Poder Judicial», del Libro II «Del Gobierno del Poder Judicial») señala que *«en todo cuanto no se hallare previsto en esta Ley, se observarán, en materia de procedimiento, recursos y forma de los actos del Consejo General, en cuanto sean aplicables, las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin que, en ningún caso, sea necesaria la intervención del Consejo de Estado»*.

C) JURISPRUDENCIA DE LA SALA 3ª DEL TS SOBRE LA CADUCIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS JUDICIALES

Asimismo conviene hacer referencia al criterio que, hasta esta sentencia, se mantenía en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en relación con la posible caducidad de los procedimientos disciplinarios a jueces y magistrados, lo cual es indicado asimismo por esta Sentencia del Alto Tribunal, que reconoce que con carácter general siempre se había negado que el exceso en el plazo de tramitación y resolución de los procedimientos disciplinarios judiciales a jueces y magistrados conllevara la caducidad del procedimiento, es decir, que estos procedimientos no caducaban nunca, y que el exceso en el plazo de tramitación conllevaba únicamente la obligatoriedad del instructor de dar cuenta, cada 10 días, de las razones del retraso.

Muestra de esta doctrina son las sentencias de 9-7-93, 14-7-95, 21-5-96, 7-2-97, 7-12-98, 18-1-01, 11-2-02, 26-2-02, 10-12-02, 10-2-03. En

general los argumentos que había empleado la Sala 3ª del TS para negar la aplicación del régimen de caducidad de la Ley 30/92 de 26 de noviembre a los procedimientos disciplinarios judiciales eran los siguientes:

a) que el art 425.6 LOPJ sólo atribuye al hecho de que la tramitación del expediente disciplinario se prolongue por un plazo de tiempo superior a 6 meses el efecto de ordenar que el instructor delegado dé cuenta cada 10 días a la autoridad competente del estado del procedimiento y de las circunstancias que impiden su conclusión. Es decir, que el meritado precepto establece expresamente cuáles son los efectos de exceso en el transcurso de dicho plazo, y entre ellos no se encuentra el de que deba declararse la caducidad del procedimiento, por lo que el exceso en dicho plazo no impide que el instructor no pueda continuar su tramitación ni que se pueda resolver el procedimiento imponiendo, en su caso, una sanción disciplinaria. Además, si el art 425 LOPJ admite que por circunstancias excepcionales puede prolongarse el plazo normal de tramitación del procedimiento sin límite predeterminado es obvio que no cabe hablar ya de un plazo preclusivo de caducidad.

b) que el art 63.3 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre previene como principio general de toda actuación administrativa que la realización de tales actuaciones fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, y en los procedimientos disciplinarios contra jueces y magistrados la naturaleza del plazo de tramitación de 6 meses señalado por el art 425.6 LOPJ no impone la anulabilidad del acto aunque haya sido dictado una vez transcurrido dicho plazo, puesto que el único efecto señalado en el mencionado precepto para el exceso en dicho plazo es sólo dar cuenta cada 10 días del estado de tramitación y de las causas del retaso, pero en ningún momento se señala que dicho exceso suponga la caducidad del procedimiento o la anulabilidad de las actuaciones posteriores, y entre ellas la de la resolución sancionadora.

c) que en general (al menos hasta la reforma producida en la Ley 30/92 por la Ley 4/99 de 13 de enero) la caducidad no operaba en los procedimientos sancionadores generales, y por tanto tampoco en los disciplinarios (así lo había señalado en su día la STS 3ª de 24-4-99), puesto que antes de la reforma efectuada por la Ley 4/99 se entendía que la caducidad regulada en la redacción inicial de la Ley 30/92 no era de aplicación a los procedimientos sancionadores, que precisamente no estaban expresamente mencionados como afectados por dicha caducidad.

d) que la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/92 establece un régimen de especialidad en los procedimientos disciplinarios que excluye la

aplicación de la caducidad señalada en la propia Ley 30/92, de forma que el principio de especialidad impone la aplicación preferente de la LOPJ sobre una norma genérica incluida en la Ley 30/92 tras la modificación efectuada en esta materia por la Ley 4/99 de 13 de enero, y a ello coadyuva que la propia DA 8ª de la Ley 30/92 señale que dicho texto legal no es de aplicación cuando se trata de procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio, que se regirían por su normativa específica, en este caso la de la LOPJ, que no establece la caducidad como forma de finalización del procedimiento disciplinario.

Como podemos observar los argumentos son muy similares a los que se sostienen por la Sala 5ª del TS para negar que los procedimientos disciplinarios militares caduquen por el mero hecho de que se haya excedido el plazo legalmente establecido para la instrucción del procedimiento disciplinario (expediente disciplinario por falta grave o expediente gubernativo).

D) LA NUEVA DOCTRINA MAYORITARIA DE LA SALA 3ª DEL TS DERIVADA DE LA SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 2006.

Si bien de momento se trata de una sola sentencia, y por tanto todavía no se ha creado jurisprudencia, el hecho de tratarse de una sentencia del Pleno de la Sala 3ª del Alto Tribunal indica cuál es el criterio general de la Sala en esta materia, y por tanto cuál será la posible resolución que dicho órgano judicial va a mantener acerca de las consecuencias derivadas del exceso del plazo en la tramitación de expedientes disciplinarios judiciales⁹.

Además es importante resaltar, a su vez, que en esta sentencia se hacen una serie de consideraciones acerca de la aplicabilidad del instituto de la caducidad a todos los procedimientos sancionadores en general, como específicamente a los disciplinarios del personal al servicio de la Administración, por lo que parece que se dejan claras las pautas que sobre esta materia se van a mantener en las diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

En esta sentencia que comentamos, después de reconocer que con la redacción original del art 43.4 de la Ley 30/92 en el que se contemplaba la caducidad (apreciable a solicitud del interesado o de oficio) en rela-

⁹ Cuando estas líneas salen a publicación esta nueva doctrina de la Sala 3ª ya se ha consolidado, puesto que ya es doctrina jurisprudencial al haberse mantenido esa misma interpretación en las sentencias de esa misma Sala de 21-3-2006, 27-3-2006 ó 25-9-2006.

ción con los procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir efectos favorables el TS se había pronunciado en contra de la aplicación de este instituto de la caducidad a los procedimientos sancionadores, puesto que éstos no eran mencionados de forma expresa en el citado art 43.4 en su redacción original (prueba de ello es la doctrina señalada en el recurso de casación en interés de Ley resuelto por la Sección 7ª de la Sala 3ª del TS de 24-4-1999), la Sala 3ª del TS entra a examinar las razones por las que ahora considera que la caducidad sí es aplicable a los procedimientos sancionadores en general, a los procedimientos disciplinarios y específicamente al régimen disciplinario judicial, empleando argumentos que contradijeran las razones que en su día llevaron a la propia Sala a sentar la inaplicación de la caducidad a los procedimientos disciplinarios, y a los de jueces y magistrados en particular, es decir, a rebatir las razones por las que se consideraba que tales procedimientos no caducaban.

a) así en primer lugar en esta sentencia se examina el fundamento de la exclusión del contenido de la Ley 30/92 a los procedimientos disciplinarios plasmada en el art 127.3 y en la DA 8ª de aquélla.

Esta DA 8ª de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, rubricada «procedimientos disciplinarios» señalaba que los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual se regirán por su normativa específica, no siéndoles de aplicación la presente Ley. A su vez el art 127.3 de la Ley 30/92, tras su redacción por la Ley 4/99 de 13 de enero, ubicado en el Título IX de dicho texto legal rubricado «de la potestad sancionadora» señala que las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes están vinculados a ellas por una relación contractual.

Pues bien, la Sala señala que a pesar del contenido inicial de la DA 8ª de la Ley 30/92, que consagraba la inaplicación a los procedimientos disciplinarios de las disposiciones de la propia Ley 30/92, previendo que se regirán por su regulación específica, es lo cierto que la Ley 22/93 de 9 de diciembre de Medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo estableció en su Disposición Adicional 3ª, rubricada «Delimitación del procedimiento aplicable en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos» que *«los procedimientos para el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto del personal al servicio de la Administración General del Estado se regirán por su norma-*

tiva específica y, en su defecto, por las normas contenidas en los títulos preliminar, I, II, III, IV, V, VII, VIII y X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

Siguiendo esta argumentación la Sala señala que la DA 8ª de la Ley 30/92 había sido modificada por la DA 3ª de la Ley 22/93, y que si bien esta última no preveía la aplicación a los procedimientos disciplinarios del Título VI de la Ley 30/92, dentro del cual se ubica el art 92, relativo a la caducidad de los procedimientos iniciados a solicitud del interesado y los efectos derivados de dicha caducidad, dicha DA 3ª de la Ley 22/93 sí preveía la aplicación a los procedimientos disciplinarios del Título IV de la Ley 30/92, rubricado «de la Actividad de las Administraciones Públicas», en el cual precisamente se ubica el art 44.2, que tras la redacción efectuada por la Ley 4/99 de 13 de enero, regula ya de forma expresa la caducidad de los procedimientos sancionadores cuando la Administración no resuelve dentro del plazo legalmente establecido, precepto este último que sí era de aplicación subsidiaria, por tanto, a los procedimientos disciplinarios, y dicho precepto determina expresamente que la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones con los efectos del art 92 de la Ley 30/92.

En definitiva, que tras la Ley 22/93 el contenido de la DA 8ª de la Ley 30/92 ha cambiado, y ya no se establece una exclusión e inaplicación a los procedimientos disciplinarios de las disposiciones de la Ley 30/92, previéndose expresamente la aplicación del Título IV de dicho texto legal, que contiene el vigente art 44.2 que regula de forma expresa la declaración de caducidad de los procedimientos sancionadores cuando no son resueltos en el plazo legalmente establecido, precepto que a su vez remite al art 92 de la Ley 30/92, que si bien no es aplicable supletoriamente de forma directa, sí lo es por vía de remisión a través del art 44.2 de la Ley 30/92. En esencia, que ya no existe una inaplicación tajante de la regulación de la caducidad contenida a la Ley 30/92 a los procedimientos disciplinarios, y que más bien dicha institución sí es aplicable de forma supletoria o subsidiaria a todos los procedimientos sancionadores en general y a los disciplinarios en particular, entre ellos los tramitados para dilucidar la responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados.

b) En segundo lugar señala la Sala que tras la modificación efectuada por la Ley 4/99 de 13 de enero el instituto de la caducidad ya es aplicable a los procedimientos sancionadores generales, puesto que así lo señala expresamente el art 44.2 de la Ley 30/92, y así lo señaló expresamente la STS 3ª, sección 5ª de 12 de junio de 2003, en la que se reconoce expresamente que los procedimientos sancionadores están sujetos a caducidad, aunque, de conformidad con lo señalado en el art 92.3 de la Ley 30/92 la

declaración de caducidad de un procedimiento no implica la prescripción ni impide el ulterior ejercicio del *ius puniendi* en un nuevo procedimiento.

Sobre esta base la Sala señala que lo expuesto respecto de los procedimientos sancionadores en general (es decir, su posible caducidad), se puede aplicar igualmente a los procedimientos disciplinarios, pues a ello ya no se opone la DA 8ª de la Ley 30/92 tras la modificación por la Ley 22/93, afirmando la Sala del Alto Tribunal que *«desde su modificación por la Ley 22/93 esa disposición (DA 8ª) no sólo no impide sino que claramente propicia, por vía de aplicación supletoria de la Ley 30/92 y salvo disposición específica en otro sentido, que también en esos procedimientos disciplinarios opere la caducidad»*.

Además el TS se encarga de afirmar que a esta transposición no se opone el art 127.3 de la propia Ley 30/92, conforme al cual los preceptos comprendidos en el Título IX de la Ley 30/92 no son de aplicación a los procedimientos en los que la Administración ejerza potestades disciplinarias respecto del personal a su servicio o personas vinculadas a ella por una relación contractual, y ello porque de acuerdo con la previsión de este art 127.3 la DA 8ª tras la modificación derivada por la Ley 22/93 no incluye a ese Título IX entre aquéllos a los que es de aplicación supletoria la Ley 30/92 cuando se trate de procedimientos donde la Administración ejercita potestades disciplinarias. Es decir, que existe concordancia entre el art 127.3 y la DA 8ª, y aquél sólo excluye la aplicación a los procedimientos disciplinarios del contenido del Título IX de la Ley 30/92, pero no impide que el resto de Títulos de la Ley 30/92 no puedan ser aplicables, al menos supletoriamente, tal y como resulta de la DA 8ª tras la Ley 22/93, a los procedimientos disciplinarios, y entre ellos el título en el que se encuadra el precepto que regula la caducidad de los procedimientos sancionadores (art 44.2).

c) La conjunción de las reformas operadas en la Ley 30/92 tras la Ley 22/93 (que modificó la DA 8ª) y la Ley 4/99 (que modificó entre otros el art 44.2 previendo la caducidad de los procedimientos sancionadores) ha llevado a varios órganos judiciales ha reconocer que la caducidad es aplicable a los procedimientos disciplinarios.

En definitiva a juicio de la mayoría del Pleno de la Sala las previsiones de la Ley 30/92 acerca de la caducidad en los procedimientos sancionadores son aplicables, salvo que exista una regulación específica, a los procedimientos en que la Administración ejercite potestades disciplinarias. Así, por lo demás, lo habían entendido ya diversas resoluciones judiciales, como son por ejemplo las SSTSJ de Andalucía de 10-3-2003 y 19-12-

2003, STSJ de La Rioja de 21-5-2003, SAN 3-10-2002, STSJ de Cataluña de 6-10-2005¹⁰.

d) Por último la sentencia entra en el examen específico del régimen disciplinario judicial, y concretamente del contenido de la LOPJ para afirmar que esta regulación no se opone a la aplicación del instituto de la caducidad por vía de aplicación de la Ley 30/92, afirmando incluso que la regulación contenida en la LOPJ reafirma esa aplicación. Así señala:

- que el art 142.1 LOPJ remite a la aplicación supletoria de la Ley 30/92.
- la LOPJ no establece un régimen normativo singular en materia de caducidad que deba de aplicarse con preferencia al establecido en la Ley 30/92.
- no existe en la LOPJ ningún precepto que impida la aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos disciplinarios regulados en ella.
- el establecimiento en el art 425.6 LOPJ de un plazo máximo para resolver puede considerarse una invocación del instituto de la

¹⁰ Esta sentencia del TSJ de Cataluña de 6 de octubre de 2005 marca un poco las líneas generales que ahora adopta la Sala 3ª del TS para considerar que el instituto de la caducidad es aplicable a los procedimientos disciplinarios, específicamente los tramitados a los funcionarios públicos, estimando que los fundamentos que determinan la aplicación de la caducidad una vez se ha rebasado el plazo de tramitación de los expedientes sancionadores en materia disciplinaria son los siguientes:

a) en primer lugar, la D.A. tercera de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, estableció que «los procedimientos para el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto del personal al servicio de la Administración General del Estado se regirán por su normativa específica y, en su defecto, por las normas contenidas en los títulos preliminar, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII y IX de la Ley 30/1992...», lo que determina la aplicación del art. 44 de la Ley 30/1992, redactado por Ley 4/1999.

b) en segundo lugar, el art. 44 de la Ley establece que se producirá la caducidad en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras. El hecho que la caducidad no esté regulada específicamente en las normas de Derecho disciplinario no impide la aplicación de la regulación general, teniendo en cuenta lo que supone de garantía de los derechos del interesado y su proyección sobre el procedimiento, y ello está al margen de las causas de extinción de la responsabilidad disciplinaria, puesto que la caducidad no impide que pervivan las acciones correspondientes, iniciándose nuevo procedimiento, siempre, claro está, que no se haya producido la prescripción de la falta.

c) La evolución normativa en la materia, de la que se desprende la aplicación del la caducidad en los procedimientos disciplinarios, tal como se expresa en el art. 44 de la Ley 30/1992, antes citado, y del art. 69 de la Ley 24/2001, que establece un plazo de doce meses para la notificación y resolución de los procedimientos disciplinarios de los funcionarios de la Administración General del Estado, reforzándose de esta forma los argumentos anteriores sobre la aplicación del instituto de la caducidad.

caducidad. Si bien este precepto prevé que cuando existan razones excepcionales la duración del procedimiento puede prolongarse más allá de su plazo normal (de 6 meses), debiendo en tal caso el Instructor dar cuenta cada 10 días del estado de tramitación y de las circunstancias que impiden su conclusión a la Autoridad que ordenó la tramitación del procedimiento, a juicio de la Sala cuando no concurren esas «razones excepcionales» rige la regla general que limita la duración del procedimiento a 6 meses, y fuera de esos casos excepcionales previstos en la norma la superación no justificada del plazo máximo para resolver debe tener como consecuencia, a falta de otra disposición específica, la caducidad del procedimiento.

- la previsión del art 425.6 LOPJ sobre el exceso del plazo y la explicación de dicho retraso es perfectamente incardinable y congruente con los preceptos de la Ley 30/92 relativos al cómputo del plazo máximo para resolver los procedimientos (así los supuestos de suspensión del plazo en los casos previstos en el art 42.5 de la Ley 30/92; o la previsión específica de los propios procedimientos sancionadores de interrumpir el cómputo del plazo para resolver cuando el procedimiento se paralizó por causa imputable al expedientado, prevista en el art 44.2 párrafo segundo de la Ley 30/92), de forma que es a estos supuestos, y a cualesquiera otras circunstancias extraordinarias a las que debe referirse la dación de cuenta prevista en el art 425.6 LOPJ para explicar y justificar la tardanza en la resolución del expediente, de forma que faltando esta justificación la superación del plazo máximo para resolver previsto en la norma debe llevar aparejada la caducidad del procedimiento.
- el que el procedimiento disciplinario judicial no regule expresamente la caducidad como forma de terminación del mismo no implica que la misma esté excluida, y de hecho, por lo ya expuesto, está implícitamente admitida, en virtud de la aplicación supletoria de la regulación contenida en la Ley 30/92 a la que la propia LOPJ se remite como supletoria. En este sentido en la LOPJ no se prevé tampoco expresamente la caducidad de los procedimientos disciplinarios de Secretarios Judiciales y de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, pero ello no ha impedido que las normas reglamentarias de desarrollo sí hayan previsto la caducidad de tales procedimientos en los casos en que su duración exceda del plazo (12 meses) que se ha fijado (vid art 38 del Reglamento General del régimen disciplinario del personal

al servicio de la Administración de Justicia aprobado por RD 796/2005 de 1 de julio, y el art 185 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales aprobado por RD 1608/2005 de 30 de diciembre), y si bien en el caso de jueces y magistrados no existe ese desarrollo reglamentario y el plazo señalado en la LOPJ (que es de 6 meses, como ya vimos) es inferior al de aquéllos, estas diferencias de regulación no impiden que no deba operar respecto de los jueces y magistrados esta garantía del procedimiento que es la caducidad, que impide que el expediente sancionador pueda estar indefinidamente pendiente de resolución. En esencia: dado que no existe disposición legal que expresamente impida la vigencia de esta garantía de la caducidad en el procedimiento disciplinario judicial es preciso afirmar su existencia por las mismas razones por las que esta garantía ha sido instaurada en otros ámbitos disciplinarios, lo cual cuenta además con el respaldo normativo anteriormente citado.

En definitiva, que la Sala estima que el instituto de la caducidad regulado en la Ley 30/92 es de aplicación al procedimiento disciplinario judicial (y en general a todos los procedimientos sancionadores, tanto en general, como los disciplinarios, salvo, respecto de estos últimos que su regulación específica la excluya), y en consecuencia el exceso en el plazo previsto para dictar y notificar resolución conlleva la declaración de caducidad del procedimiento, y como en el caso examinado así había ocurrido estiman el recurso interpuesto y anulan la sanción disciplinaria impuesta.

E) EL VOTO PARTICULAR CONTENIDO EN LA SENTENCIA

Como hemos dicho esta sentencia tiene dos votos particulares. Uno de ellos suscrito por el magistrado D. Óscar González González, no nos interesa, puesto que en él la discrepancia radica en que a juicio de este magistrado en el caso examinado sí concurrían las circunstancias excepcionales que justificaban la prolongación del procedimiento disciplinario más de 6 meses.

El otro voto particular, suscrito por otros siete magistrados (el del Presidente D. Ramón Trillo Torres, y los magistrados D. José Manuel Sieira Migues, D. Juan José González Rivas, D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, D. Agustín Puente Prieto, D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat y D. Emilio Frías Ponce) resulta especialmente interesante porque se opo-

nen a la doctrina mayoritaria, considerando que el instituto de la caducidad no era aplicable al procedimiento disciplinario judicial.

Los argumentos de estos magistrados para estimar que la caducidad no resulta de aplicación pueden resumirse en los siguientes:

a) que como ya había señalado con anterioridad la propia jurisprudencia de la Sala 3ª del TS la caducidad no está expresamente contemplada en el art 425.6 LOPJ como efecto o consecuencia del exceso en el plazo de tramitación del procedimiento disciplinario (6 meses), y si además se prevé que, por causas justificadas, puede excederse ese plazo, es obvio que no nos encontramos ante un plazo preclusivo de caducidad.

b) la propia jurisprudencia de la Sala 3ª hacía referencia asimismo a las normas generales aplicables a los procedimientos administrativos, y así señalaban que en general la inactividad de la Administración no producía por sí misma la caducidad del expediente y daba lugar sólo a la posible responsabilidad disciplinaria del funcionario causante de la demora, y en este sentido el vigente art 63.3 de la Ley 30/92 señala como regla general que la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

Por otro lado, si bien la propia jurisprudencia contencioso-administrativa ha reconocido, a la vista del art 44.2 de la Ley 30/92 tras la modificación por la Ley 4/99, que en los procedimientos sancionadores en general el exceso del plazo previsto para su tramitación, resolución y notificación tiene un efecto extintivo del procedimiento por su caducidad, de modo que la resolución sancionadora dictada sobrepasado el plazo de caducidad no es válida, es lo cierto que la declaración de invalidez, por su sola extemporaneidad, de los actos administrativos dictados fuera del tiempo establecido para ello tiene en los procedimientos sancionadores un matiz que relativiza mucho su importancia, como lo es el hecho de que la caducidad no produce por sí sola la prescripción de las acciones de la Administración, y además como ya señaló la STS 3ª de 11 de agosto de 2003 (en la que se fijó doctrina legal) la invalidez de los procedimientos caducados no impide, salvo en los supuestos de prescripción ya consumada, la reapertura y ulterior desarrollo duplicado para acabar, eventualmente, en la misma sanción originaria.

c) incluso después de la modificación de la Ley 30/92 por la Ley 4/99, con la que se estableció la caducidad de los procedimientos sancionadores, la propia jurisprudencia de la Sala 3ª del TS consideró inaplicables a los procedimientos disciplinarios judiciales las normas generales sobre el procedimiento administrativo ante la existencia de un régimen legal específi-

co en esta materia, para jueces y magistrados. En definitiva que el principio de especialidad del procedimiento disciplinario judicial, derivado de su regulación propia, excluía la aplicación del régimen previsto en la Ley 30/92, y dentro de ella del instituto de la caducidad, que no estaba previsto en la regulación específica de la LOPJ.

d) Para los magistrados discrepantes la regulación de la Ley 30/92 no es de aplicación supletoria al procedimiento disciplinario judicial, considerando que tanto en su redacción inicial como tras la Ley 4/99, la Ley 30/92 quiso excluir a los procedimientos disciplinarios del régimen general de los procedimientos administrativos, y sobre todo del régimen legal aplicable a los procedimientos sancionadores, lo cual es indudable a la vista del art 127.3 que expresamente excluye las disposiciones del Título IX (relativo a los principios de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador) al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio.

En este sentido para los magistrados firmantes del voto particular la Ley 22/93 (que modificó la DA 8ª de la Ley 30/92) no tiene el sentido que pretende otorgarle la mayoría de la Sala, y además la reforma realizada por la Ley 4/99 volvió a dejar incólume el criterio fijado en el art 127.3 de la Ley 30/92, lo que deja claro, a juicio de los magistrados discrepantes de la mayoría, que para el legislador la pauta seguía siendo que los procedimientos disciplinarios continúan siendo ajenos a los principios que conforman los procedimientos sancionadores, lo cual se acentúa aún más si tenemos en cuenta que (además de los principios) el desarrollo reglamentario de la Ley 30/92 en materia sancionadora tampoco resultaba aplicable a los procedimientos disciplinarios, y ello tanto con carácter principal como supletorio (así el inciso final del art 1.3 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por RD 1398/93 de 4 de agosto señaló que las disposiciones de ese Reglamento no son de aplicación ni tienen carácter supletorio respecto del ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual).

Si bien la Ley 22/93 ha declarado la supletoridad a los procedimientos disciplinarios, entre otros, del Título IV de la Ley 30/92, en el cual se encuentra la regulación de la caducidad, para los magistrados discrepantes ello no debe conllevar de forma directa la afirmación de que un instituto tan importante como la caducidad de los procedimientos sancionadores sea aplicable sin más a los procedimientos disciplinarios, precisamente cuando éstos son ajenos a los principios y criterios generales reguladores de los procedimientos sancionadores, como expresamente dispone el art

127.3 de la Ley 30/92. Por ello, para los magistrados discrepantes, la ubicación del art 44.2 de la Ley 30/92, regulador de la caducidad de los procedimientos sancionadores generales, en el Título IV de la Ley 30/92, para pretender su aplicación a los procedimientos disciplinarios por vía supletoria al amparo de lo establecido en la DA 8ª tras la modificación sufrida por la Ley 22/93, es irrelevante, puesto que conforme a la regulación de la Ley 30/92 la caducidad de los procedimientos sancionadores generales se convierte o constituye un principio general de tales procedimientos sancionadores, y como tal principio general no puede resultar de aplicación, como el resto de principios generales del procedimiento y de la potestad sancionadora de la Administración, a los procedimientos disciplinarios administrativos, puesto que así lo establece el art 127.3 de la propia Ley 30/92. En definitiva, si es patente que los principios de la potestad y del procedimiento sancionador general no son aplicables a los procedimientos disciplinarios (pues así lo establece el art 127.3 de la Ley 30/92), desde el momento que la caducidad de los procedimientos sancionadores generales se constituye en un principio propio de tales procedimientos sancionadores generales, ya no puede afirmarse su aplicación, ni directa, ni supletoria, a los meritados procedimientos disciplinarios.

e) El hecho de que la Ley 22/93 modificara la DA 8ª de la Ley 30/92 no implica que se pueda aplicar a los procedimientos disciplinarios cualquier norma de esta Ley (aparte de la regulación contenida en el procedimiento sancionador que está expresamente excluida de esa supletoriedad ex art 127.3), sino únicamente, en su caso, aquéllos preceptos en defecto de regulación específica en los procedimientos disciplinarios, de forma que si éstos tienen regulación específica, queda excluida la aplicación supletoria a dichos procedimientos disciplinarios de la regulación contenida en la Ley 30/92, y dentro de ella, el art 44.2 relativo a la caducidad. Como dicen los magistrados discrepantes, los desarrollos normativos singulares en materia disciplinaria tienen libertad para ajustarse o no a las normas generales de la Ley 30/92, y entre ellas las relativas a la caducidad, de forma que si no lo establecen de motu proprio no puede afirmarse sin dudas que por vía de supletoriedad sí les es aplicable. Conforme a ello estos magistrados discrepantes consideran, como ya había entendido en otras ocasiones la Sala 3ª del TS, que la regulación del procedimiento disciplinario judicial contenido en la LOPJ es completo y no puede por tanto acudir a otras normas para completarlo, por lo que no resultaría aplicable a los mismos la regulación contenida por la Ley 30/92 especialmente en materia de caducidad del procedimiento, entendiendo estos magistrados que el legislador de la LOPJ, cuando en el año 1994 modificó el art 425 LOPJ

dándole la redacción actual (en la que se prevé la duración inicial del procedimiento disciplinario judicial de 6 meses), quiso excluir expresamente el instituto de la caducidad de dichos procedimientos disciplinarios, como lo demostraría el hecho de que no puso a tales procedimientos un límite temporal absoluto, y previó su prórroga *sine die* cuando hay circunstancias que impidan su conclusión. Es decir, que la LOPJ carece de laguna en materia de caducidad que deba ser suplida acudiendo a la Ley 30/92, sino que dicha exclusión fue conscientemente querida por el legislador el cual precisamente previó que el único efecto de la paralización del procedimiento durante 6 meses por causa no imputable al expedientado es la reanudación del plazo de prescripción de la falta, el cual quedó interrumpido desde la fecha de notificación al expedientado del acuerdo de incoación del procedimiento.

f) Además para los magistrados discrepantes el art 142.1 LOPJ no puede justificar la aplicación supletoria del art 44.2 de la Ley 30/92, puesto que aquel precepto sólo permite la aplicación supletoria de las disposiciones de la Ley 30/92 en materia de procedimiento y recursos «...en cuanto sean aplicables», estimando dichos magistrados que si la propia Ley 30/92 da preferencia a la regulación específica de los procedimientos disciplinarios sobre las disposiciones de la Ley 30/92, y si la regulación de tales procedimientos disciplinarios ya consta en otras normas (y además es completa) no entran en juego las disposiciones de la Ley 30/92 a título supletorio.

g) Para estos magistrados discrepantes el sentido más lógico del art 425.6 LOPJ es que el plazo de 6 meses, no obstante afectar literalmente a la «duración del procedimiento» en general, debe entenderse referido sólo a la actuación del instructor, pues es sólo él el que debe dar cuenta cada 10 días del «estado de tramitación», dación a la que se anuda la posibilidad abierta de prolongar aquel plazo, por razones excepcionales, más allá de 6 meses, y si a esto se añade que una vez que el Instructor ha redactado la propuesta de resolución y ha elevado el expediente a la autoridad competente, deja de tenerlo controlado, y de saber si el procedimiento se demora y extiende más allá del plazo establecido, y si ello es por causas justificadas o anómalas, y además incluso recibido el expediente por la autoridad competente es posible que el mismo sea devuelto al instructor para subsanar defectos, realizar nuevas diligencias o modificar los hechos o las calificaciones, lo que justificaría la ampliación o suspensión del plazo de 6 meses previsto en la LOPJ (de manera análoga a lo que se prevé en otros procedimientos sancionadores, a los que se ha excluido expresamente de su sometimiento al régimen de la caducidad), circunstancias todas ellas

que dejan patente que el plazo para resolver los expedientes disciplinarios judiciales no es un plazo que esté predeterminado *a priori*, es decir, que no tiene un carácter máximo y absoluto, lo que impide que pueda ser calificado como plazo de caducidad, dado su carácter abierto e incluso ampliable sine die si circunstancias excepcionales así lo aconsejan, lo que impide que se aprecie de forma automática el efecto invalidante de la decisión final del procedimiento por el mero hecho de que ésta haya sido dictada una vez transcurrido el plazo de 6 meses desde que se inició el procedimiento.

h) Finalmente los magistrados discrepantes hacen referencia a una cuestión incidental. Así señalan que dado que la doctrina mayoritaria existente hasta la fecha era que los procedimientos disciplinarios judiciales no caducaban, y que por tanto la caducidad no era de aplicación a los mismos, es posible que el CGPJ resolviera el procedimiento sancionador examinado sin entrar a justificar las razones por las que la resolución sancionadora era dictada una vez superado el plazo de 6 meses, puesto que dada la doctrina general de la Sala, ello era innecesario puesto que tal procedimiento disciplinario no caducaba. Por ello consideran que si el Pleno del CGPJ hubiera conocido el posible cambio de criterio es posible que hubieran tratado de justificar las razones de la demora o incluso haber suspendido el plazo si concurrían alguno de los supuestos previstos en los arts 42.5 y 6 ó 44 de la Ley 30/92, preceptos que la mayoría de la Sala considera aplicables a los procedimientos disciplinarios.

Además reiteran que la doctrina mayoritaria considera que tanto las causas de suspensión generales del art 42.5 de la Ley 30/92 como las específicas del art 44.2 «puede y debe referirse aquella dación de cuenta prevista en el art 425.6 LOPJ» y que, faltando esta justificación la superación del plazo lleva aparejada la caducidad, cuando difícilmente puede ser así si la causa de la paralización se produce cuando el procedimiento ha salido ya de las manos del instructor.

Concluyen en esencia los magistrados discrepantes indicando que la inserción en el esquema disciplinario diseñado por la LOPJ de un «cuerpo extraño» como es la caducidad propia del procedimiento sancionador común o general, con sus consecuencias invalidantes de la resolución dictada fuera de plazo, no resulta muy compatible sino que provoca graves inconvenientes normativos e interpretativos con los preceptos que integran el sistema específico de la responsabilidad disciplinaria de los jueces y magistrados, y que por tanto la caducidad no debe ser apreciable en los procedimientos disciplinarios judiciales.

V INCIDENCIA DE ESTA SENTENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS MILITARES

Como es bien conocido la Jurisdicción Militar se extiende únicamente al ámbito estrictamente castrense (art 117.5 CE), habiendo entendido el TC que en el ámbito estrictamente castrense puede incluirse el control del ejercicio de la potestad disciplinaria militar, de manera que el régimen disciplinario militar es examinado precisamente por la Jurisdicción Militar a través de los recursos contencioso-disciplinarios (arts 4 y 17 de la LO 4/87 de 15 de julio de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y arts 448, 453, 465 y 518 de la LO 2/89 de 13 de abril, Procesal Militar y art 3.b) de la Ley 29/98 de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), y no por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que es al que, con carácter general, le corresponde verificar la legalidad de la actuación administrativa y su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (arts 3 y 9.4 LOPJ, y arts 1 y 2 de la Ley 29/98 de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Traemos esto a colación porque el control de legalidad de los actos disciplinarios militares (de las sanciones disciplinarias militares) y de los procedimientos disciplinarios militares se realiza por la Jurisdicción Militar, siendo precisamente el Tribunal Militar Central y la Sala 5ª, de lo Militar, del TS, quienes en su momento deberán pronunciarse acerca de si los procedimientos disciplinarios militares por falta grave o muy grave o causa extraordinaria caducan o no, y en este sentido puede afirmarse que ambos órganos judiciales son independientes y si bien no están sometidos y vinculados por la doctrina que la Sala 3ª del TS pueda sentar sobre la aplicabilidad del instituto de la caducidad a todos los procedimientos disciplinarios cuyo control de legalidad corresponda a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es lo cierto que, por un lado, no es inhabitual que tanto el TMC como la Sala 5ª del TS se remitan a la doctrina que la Sala 3ª del TS ha ido sentando en otras materias que son de aplicación a los procedimientos disciplinarios militares; por otro lado que no parece consecuente que sobre una misma materia existan interpretaciones o criterios diferentes aún cuando los citados órganos judiciales sean autónomos e independientes; y por último porque la doctrina sentada por la sentencia que comentamos además de ser genérica, y referirse con carácter general a todos los procedimientos disciplinarios, hace un estudio de la regulación de la Ley 30/92 y su aplicación supletoria a los procedimientos disciplinarios, por lo que no parece descabellado que el criterio sentado por la mayoría de la Sala 3ª pueda ser alegado por algún sancionado o encartado en un

procedimiento disciplinario militar, tanto en la vía disciplinaria como en la vía judicial, por lo que habrá que estar atentos a lo que en el futuro pueda decidir la Sala 5ª sobre esta materia, que si no quiere alinearse con la nueva doctrina sentada por la Sala 3ª, parece que tendrá que fundamentar y justificar adecuadamente porqué el instituto de la caducidad no es aplicable a los procedimientos disciplinarios militares.

En cualquier caso estimamos que, de momento, si algún encartado alegara en la vía disciplinaria la caducidad del procedimiento (expedientes disciplinarios por falta grave o expedientes gubernativos), lo procedente sería continuar considerando que tales procedimientos no caducan, precisamente en atención a la jurisprudencia reiterada que, sobre esta materia, ha sentado la Sala 5ª del TS, y que debe considerarse vigente en tanto en cuanto dicho órgano judicial no cambie de criterio¹¹.

No obstante lo anterior y ante la eventual posibilidad de que se pueda considerar aplicable en el ámbito disciplinario militar el instituto de la caducidad del procedimiento nos parece importante destacar que ello supondría un cambio radical respecto de la situación actual, sobre todo en los expedientes disciplinarios por falta grave, puesto que si con la doctrina que hasta la fecha ha mantenido de forma constante la Sala 5ª del TS, es posible que un hecho constitutivo de falta grave pueda llegar a ser sancionado incluso hasta casi 15 meses después de su comisión, con la nueva doctrina ese plazo se vería drásticamente reducido a un máximo de 9 meses. Además es patente que el plazo de instrucción de 3 meses (y el de 6 meses para los expedientes gubernativos) es en ocasiones un plazo demasiado exiguo para que pueda estar tramitado, resuelto y notificada la resolución adoptada en el procedimiento, sobre todo si tenemos en cuenta que hay una serie de trámites ineludibles que exigen unos determinados plazos, que en general para todos los procedimientos sancionadores se han fijado en una duración superior a los 3 meses (al menos 6 meses) y que para los procedimientos disciplinarios contra los funcionarios públicos (con una tramitación similar) se ha extendido el plazo de tramitación hasta

¹¹ De hecho la Sala 5ª en sentencias de 3-7-2006 y 26-1-2007 (que como vemos son posteriores en el tiempo a la doctrina ya fijada por la Sala 3ª en las ya citadas sentencias de febrero y marzo de 2006) ante la alegación de caducidad de los procedimientos siguió manteniendo que los procedimientos disciplinarios militares no caducaban conforme a la doctrina que tiene reiteradamente sentada en las sentencias ya citadas en este trabajo. No obstante debe señalarse que los recurrentes no fundamentaban sus recursos y sus alegaciones de caducidad con base en la nueva doctrina de la Sala 3ª por lo que es posible que cuando ello se produzca la sala 5ª varíe su postura o tenga que explicar más detalladamente porqué no asume el criterio de la Sala de lo contencioso-administrativo del Alto Tribunal.

los 12 meses (así art 69 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social al modificar el anexo 1 de la DA 29ª de la Ley 14/2000 de 29 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

Por otro lado debemos señalar que en principio no vemos inconveniente en que en la propia LORDFAS o LORDGC se prevea expresamente la caducidad de los procedimientos disciplinarios regulados en ellas, si bien siempre y cuando se amplíen los plazos de tramitación actualmente previstos, pero en tanto en cuanto ello no se produzca consideramos que a los procedimientos disciplinarios militares no les es de aplicación el instituto de la caducidad previsto en el art 44.2 de la Ley 30/92, precisamente en razón de los argumentos expuestos por los magistrados discrepantes de la opinión mayoritaria y expuestos en su voto particular de la sentencia que comentamos.

En esta línea de pensamiento conviene destacar que tanto la opinión mayoritaria como la opinión de los magistrados discrepantes de la misma dejan claro que los regímenes disciplinarios específicamente previstos son siempre de aplicación preferente a las disposiciones de la Ley 30/92, y que si esa regulación específica se opone a la aplicación del instituto de la caducidad previsto en la Ley 30/92, ésta no resultará aplicable al procedimiento disciplinario en cuestión.

Pues bien, esto es lo que, a nuestro juicio, sucede en los procedimientos disciplinarios militares, puesto que estimamos que tanto la LORDFAS como la LORDGC han regulado unos regímenes disciplinarios militares específicos a los que han querido sustraer de la regulación general de la Ley 30/92 y específicamente de su régimen de caducidad.

Es cierto que la LORDFAS (y de forma indirecta la LORDGC por su remisión a aquélla) establece expresamente la supletoriedad de la Ley 30/92 en las cuestiones de procedimiento y recursos (DF 1ª), pero ello no implica necesariamente que deban aplicarse de forma supletoria todos los preceptos de la Ley 30/92, sino aquéllos que resulten necesarios para completar la regulación de dichas Leyes Disciplinarias, y siempre y cuando no contradigan la regulación contenida en éstas. Por ello estimamos que la caducidad prevista en la Ley 30/92 (en su art 44.2) no es de aplicación a los procedimientos disciplinarios militares, porque éstos tienen una regulación específica, que es completa en esta materia de la duración de los procedimientos, y porque la regulación de la caducidad prevista en dicha Ley 30/92 contradice y no parece conciliarse bien con la regulación contenida en ambas normas disciplinarias. Prueba de ello sería:

1º) que precisamente el específico y exclusivo efecto que anudan al exceso del plazo de tramitación del procedimiento es el reinicio del plazo de prescripción de la infracción, sin que hayan previsto ningún otro efecto o consecuencia de ese exceso.

Es cierto que a esto se podría oponer que esto mismo era predicable del procedimiento disciplinario judicial previsto en la LOPJ, y que además tanto la LORDFAS como la LORDGC al hablar de los plazos de instrucción de los expedientes hablan siempre de plazos máximos, y parecen fijar una duración limitada en el tiempo de forma imperativa y categórica, sin que parezca que dicho plazo pueda superarse («el plazo máximo será...») en el art 64.1 LORDFAS o «su plazo de instrucción no podrá exceder...» en el art 51.2 LORDFAS; «el procedimiento respetará los plazos establecidos en esta Ley sin que la instrucción del expediente pueda exceder de...» en el art 43.1 LORDGC, «el plazo máximo de instrucción del expediente será de...» en el art 53.1 LORDGC), no previendo además expresamente la posibilidad de la ampliación de dicho plazo (al contrario de lo que sí prevé el régimen disciplinario judicial en el art 425.6 LOPJ, lo que no ha impedido que en esta sentencia la Sala 3ª considere que el exceso en el plazo, sin causa justificada, conlleve la caducidad del procedimiento), pero a nuestro juicio esta tajante prohibición se relativiza desde el momento en que las propias Leyes Disciplinarias prevén que a pesar de ese límite máximo de tramitación de los procedimientos, nada impide que dichos plazos puedan superarse, en cuyo caso el efecto que se produce es que se reinicia el plazo de prescripción de la correspondiente infracción disciplinaria, a lo que debe añadirse que serían de aplicación las causas de interrupción o de suspensión de dicho plazo previstas en la propia Ley 30/92. Es decir, no parece que las Leyes Disciplinarias hayan fijado un verdadero plazo de caducidad.

Además debe tenerse en cuenta que, a nuestro juicio, esta regulación de la LORDFAS y de la LORDGC sobre reinicio del plazo de prescripción de la infracción en caso de excederse el plazo máximo de tramitación del procedimiento previsto en las Leyes Disciplinarias se opone a lo previsto en el art 92.3 de la Ley 30/92, puesto que si efectivamente el procedimiento disciplinario militar caducara lo procedente no sería que se iniciara otra vez desde el principio el plazo de prescripción de la infracción (que quedó interrumpido desde que se notificó al encartado el inicio del expediente), y ello porque según la regulación de la Ley 30/92 en su art 92.3 los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción, por lo que habría que entender que una vez cadu-

cado un procedimiento (disciplinario), la interrupción de la prescripción que en su día produjo el procedimiento ahora caducado cuando se notificó su incoación al encartado, quedó sin efecto, y que por tanto si desde que ocurrieron los hechos ha transcurrido el plazo de prescripción de la correspondiente infracción ésta ha prescrito, por lo que no se trataría de que se iniciara de nuevo, una vez caducado el procedimiento, el plazo de prescripción, sino que éste no habría quedado interrumpido por el procedimiento caducado. Así lo entienden, entre otros, GARBERÍ LLOBREGAT¹² y GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO¹³, y a nuestro juicio así se reconoce por la propia jurisprudencia de la Sala 3ª del TS, entre otras en sentencias de 5-12-2001, 17-4-2002, 30-5-

¹² GARBERÍA LLOBREGAT, José «El procedimiento administrativo sancionador. Comentarios al Título IX de la Ley 30/92 y al Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (RD 1398/93)». 2ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia 1996.

Como dice este autor «*el art 92.3 de la Ley 30/92 quiere significar, en primer término, que la declaración de caducidad del procedimiento, al no contener pronunciamiento alguno respecto de lo que haya sido su objeto, en ningún caso produce efectos de cosa juzgada, pues, precisamente, tal declaración deja imprejuzgada la cuestión de fondo, y en segundo término, que el procedimiento caducado, ni determina la definitiva prescripción del ejercicio del ius puniendo, ni alcanza a interrumpir el plazo general de prescripción*» (pg 151), y añade más adelante este autor (que si bien se refiere a la regulación contenida en el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración y al contenido del art 43.4 de la Ley 30/92 antes de su modificación por la Ley 4/99, es igualmente aplicable para la regulación actual de dicha Ley 30/92, y para lo que a nosotros nos interesa) que «*si bien la caducidad no produce por sí sola la prescripción del ilícito administrativo «los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción» (art 92.3 LRJPAC), de forma tal que, en estos casos, la referida prescripción de la infracción no quedará interrumpida por la iniciación de un procedimiento posteriormente caducado (excepción, pues, a la regla general del art 132.2 LRJPAC)*», y por ello a juicio de este autor pueden extraerse varias conclusiones: 1ª) la prescripción se interrumpe con la notificación al interesado del acuerdo de iniciación del procedimiento; 2ª) la prescripción interrumpida reanuda su cómputo cuando el procedimiento se paralice más de 1 mes, sin culpa del administrado (esto no sería aplicable, sin embargo, a los procedimientos disciplinarios militares y al régimen de prescripción establecido en ellos); 3ª **si el procedimiento sancionador caduca, la prescripción de la infracción no habrá quedado interrumpida, por lo que su cómputo global se contará desde la fecha de comisión del ilícito** (pg 167).

¹³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco «Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92 de 26 de noviembre). II» op. cit en el comentario al art 92 de dicho texto legal, pgs 1556-1557, estiman que el tiempo de duración del procedimiento caducado debe computarse a efectos de la prescripción, si bien estos autores reconocen que existe otro sector doctrinal que considera que el tiempo de duración del procedimiento caducado no se computa a efectos de la prescripción. En cualquier caso resaltan que ante las dudas que se pueden suscitar sobre este precepto es censurable que la Ley 30/92 no resolviera todas las cuestiones que plantea la caducidad.

2002¹⁴, o se deduce, entre otras de la STSJ de Andalucía (Granada) de 25-6-2001¹⁵.

2º) si bien tanto la LORDGC como la LORDFAS de 1998 se tramitaron y entraron en vigor antes de la modificación de la Ley 30/92 por la Ley 4/99, en la que se ha establecido como regla general el instituto de la caducidad en todos los procedimientos sancionadores generales, es lo cierto que durante la tramitación de la LORDFAS de 1998 se tramitó la Ley 4/99, y puede decirse que el legislador disciplinario era consciente de la modificación que se preveía en la Ley 30/92 y la incidencia que en ella tendría la nueva regulación de la caducidad, y a pesar de ello el legislador disciplinario no quiso prever expresamente en la LORDFAS la caducidad de los procedimientos disciplinarios, ni, a nuestro juicio, su aplicación subsidiaria a través de la Ley 30/92, precisamente por la regulación que hizo de la

¹⁴ Es interesante resaltar que esta sentencia, como ya en su momento había dicho GARBÉRÍ LLOBREGAT en la obra supracitada, destaca el hecho de que la posibilidad de reiniciar procedimientos sancionadores una vez caducados los anteriores en tanto en cuanto no haya prescrito la infracción puede suponer un abuso de derecho, y así señala *«desde luego es cierto como alega el Abogado del Estado que resulta de aplicación el artículo 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en virtud del cual la prescripción de las infracciones se produce a los cinco años. En términos estrictos fue por tanto conforme a derecho reiniciar los expedientes, ya que se había producido la caducidad de los mismos pero no había prescrito la infracción. Sin embargo, aunque ello sea cierto, esta Sala no puede dejar de apreciar que reiniciar varias veces un procedimiento tras sucesivas declaraciones de caducidad, al provocar una situación de inseguridad jurídica del administrado, puede dar lugar a que se aprecie la existencia de un abuso de derecho por parte de la Administración. No obstante, al resolver éste como otros recursos, estamos obligados por el mandato del artículo 33.1 de la Ley de la Jurisdicción (que reproduce el artículo 43.1 de la Ley de 1956, según el cual debemos juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamentan el recurso. En el caso de autos la parte recurrente no plantea de manera frontal este posible abuso de derecho, limitándose a hacer un relato de cómo ha transcurrido la tramitación de los procedimientos, relato salpicado por comentarios sobre el proceder del Consejo Regulador, y a argumentar en el sentido de que desde la incoación del expediente en 1995 hasta su resolución en 1999 han transcurrido más de seis meses. Por tanto, ya que debemos resolver dentro del límite de las alegaciones y pretensiones de las partes, no podemos apreciar la existencia del mencionado abuso de derecho».*

¹⁵ Evidentemente esta contraposición entre la regulación de la LORDFAS y la LORDGC sobre la prescripción y el art 92.3 de la Ley 30/92 no sucedería si se reinterpretara (de forma contraria a la forma en que lo ha venido manteniendo la Sala 5ª del TS de manera reiterada) el sentido de las expresiones *«volviendo a correr el cómputo del plazo (de prescripción)»* del art 22.2 LORDFAS, *«volviendo a correr el tiempo (de prescripción)»* del art 25.2 LORDFAS y *«(plazos de prescripción) que volverán a correr»* del art 68 LORDG, en el sentido de que lo que tales preceptos quieren decir es que dicho plazo de prescripción no es que se reinicie de nuevo desde el principio una vez transcurrido el plazo de tramitación señalado en la Ley, sino que éste se reanuda de nuevo, retrotrayéndose a la fecha en que se notificó al encartado el inicio del procedimiento, de forma que el plazo de prescripción no quedara interrumpido (sino únicamente suspendido) y se reanudara de nuevo desde dicha fecha sin perderse el tiempo transcurrido hasta ella.

prescripción y del único efecto que anudó al hecho del exceso en el plazo de tramitación de los procedimientos y de la doctrina que al efecto hasta ese momento había sentado la Sala 5ª del TS al referirse tanto a la LORDFAS de 1985 como a la LORDGC.

A esto mismo coadyuva que precisamente cuando se tramitó la LORDFAS de 1998 ya estaba en vigor el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por RD 1398/93 de 4 de agosto, en el que, además de excluirse expresamente su aplicación a los procedimientos disciplinarios, incluso con carácter supletorio (art 1.3 del Reglamento), se regulaba ya un régimen de caducidad del procedimiento en su art 20.6 de conformidad con el régimen de la caducidad regulado por el art 43.4 de la Ley 30/92 en su redacción original, y si bien este régimen de caducidad ha sido afectado por la actual redacción del art 44.2 de la Ley 30/92 tras su redacción por la Ley 4/99, es patente que ya se preveían un régimen específico de caducidad del procedimiento sancionador, el cual sin embargo ni fue introducido expresamente en la LORDFAS, ni se previó su aplicación supletoria, y todo ello teniendo en cuenta además que otras normas promulgadas hasta el año 1998 ya habían regulado expresamente regímenes de caducidad de procedimientos sancionadores.

En definitiva, que a pesar de que, cuando se tramitó y promulgó la LORDFAS de 1998 ya existía el instituto de la caducidad y se preveía su aplicación a distintos procedimientos sancionadores, no se reguló dicha institución en la propia LORDFAS, ni se quiso remitir expresamente a su aplicación subsidiaria a través de otras normas, lo que, evidencia, a nuestro juicio, que el legislador disciplinario ni quería ni preveía la aplicación del instituto de la caducidad en el ámbito disciplinario militar.

3º) La afirmación y fundamento de la aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos disciplinarios a fin de evitar la pendencia indefinida del referido procedimiento, eliminando así la consiguiente inseguridad jurídica que ello implica, tampoco parece que pueda ser aceptada, puesto que es obvio que con la regulación existente en la LORDFAS y en la LORDGC esa pendencia indefinida no se produce desde el momento en que, una vez vencido el plazo de tramitación y resolución del procedimiento disciplinario militar, se reinicia otra vez el plazo de prescripción de la correspondiente infracción, por lo que es patente que en todo caso una vez transcurrido el plazo de prescripción de la infracción sin que se haya dictado y notificado la resolución sancionadora la infracción disciplinaria habría prescrito y no podría exigirse ya responsabilidad disciplinaria al encartado, produciéndose una causa que posibilita la finalización del correspondiente procedimiento disciplinario.

CONSIDERACIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y LA CONTRATACIÓN MILITAR*

Pablo García-Manzano Jiménez de Andrade
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

I. Introducción. Derecho legislado y Derecho vivo: el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y la contratación en la Administración militar. II. Significación general del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Ámbito subjetivo. III. Cuestiones relacionadas con el «ámbito objetivo». A) Negocios y contratos excluidos. B) Delimitación de regímenes contractuales. En especial, contratos administrativos y contratos privados. IV. Procedimiento de contratación administrativa. A) La «zona común» de la contratación administrativa: principios y requisitos de los contratos. B) Precio del contrato: precio adecuado al mercado y revisión de precios. C) Fases de licitación y adjudicación. V. Conclusión.

I. Mientras preparaba estas palabras, he reflexionado sobre una cuestión general, que podríamos llamar de filosofía del Derecho o de teoría

* Texto de la conferencia pronunciada el día 3 de octubre de 2006, en las *Terceras Jornadas sobre contratación pública en el ámbito de la Administración militar*, organizadas por la Escuela Militar de Servicios Jurídicos. Quiero expresar mi agradecimiento a los Coroneles Auditores don Jesús Bello Gil, Director de la Escuela, y don Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, por la cordial acogida que me dispensaron. También agradezco vivamente al Comandante Auditor don Juan Carlos González Barral su amable invitación, y sus acertados comentarios y observaciones sobre la contratación en la Administración militar.

El guión original de la conferencia ha sido objeto de ciertos retoques, para adaptarlo a la forma escrita. Se trata de una disertación acerca de algunos de los muchos aspectos que plantea esta materia. En el presente texto se ha incluido también un desarrollo sobre las características medioambientales y sociales como criterios de adjudicación, cuestión que se suscitó durante el coloquio posterior a la conferencia.

general del Derecho. Se trata de la relación entre el Derecho legislado, el producto de la actividad del legislador —el Derecho «ordinamental», ordenado— y otra realidad jurídica de consistencia diferente, el Derecho efectivamente aplicado o vivido.

Esta relación entre orden jurídico legislado y Derecho vivido se me ha hecho especialmente patente al tratar este tema. Y ello por varias razones. Ante todo, porque el punto central alrededor del cual gira esta disertación es un proyecto de ley de extraordinaria importancia, el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Digamos que el derecho legislado tiene aquí un gran representante. Sin embargo, me he atrevido —subrayo el término «atrevimiento»— a añadir al título de estas reflexiones «sobre el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y *la contratación militar*» o, como de modo más preciso habría que decir según el nombre de estas jornadas, la contratación pública en el ámbito de la Administración militar. A mi juicio, en la contratación militar cabe apreciar una aplicación del Derecho que se produce, desde luego, según las leyes (es más, según las leyes y normas generales de la contratación pública), pero también de acuerdo a algunas normas específicas y según unos modos de aplicación muy asentados, derivados de una repetida experiencia, y que tienen en cuenta las decisiones jurisprudenciales, administrativas y la práctica de los propios órganos de contratación.

También cabría apreciar esta dualidad desde otro punto de vista. De un lado, estamos ante un proyecto de ley que afecta a uno de los grandes ámbitos de actuación de la Administración Pública, y que nace además, en buena parte, en virtud de las exigencias del Derecho comunitario. Así pues, los problemas que suscita son casi todos ellos grandes cuestiones, tales como las líneas principales de la nueva regulación, las influencias que ha recibido, los institutos y figuras de nuevo cuño, el modo de estructurar e integrar las novedades en el conjunto de la ley... De otro lado, cabe preguntarse cómo afectará este nuevo y ambicioso proyecto legislativo a los asuntos tradicionales de la contratación administrativa en la práctica, de estilo muy diferente (y que, en una pequeña parte, tuve la oportunidad de conocer durante mi etapa de servicio militar, como alférez eventual, en la sección de contratación del Mando del Apoyo Logístico del Ejército del Aire). Las cuestiones que entonces se me planteaban se referían, en efecto, a tareas propias del órgano de intendencia de apoyo, tales como la supervisión de la documentación que debía obrar en los expedientes: bien en la fase de preparación —certificación de existencia de crédito—; bien posteriormente, en cuanto a la exigencia de publicidad de la licitación en su caso en el Boletín Oficial del Estado o en el entonces Diario Oficial de las Comunidades

Europeas; o bien, en fin, en cuanto a la preparación del documento de formalización del contrato o el seguimiento de la publicidad de la adjudicación, etcétera. Desde esta segunda perspectiva —en la que influye también una vivencia personal—, es posible apreciar también el contraste entre una gran ley y unos modos de aplicación característicos en este ámbito.

Pues bien, todo ello puede expresarse de alguna manera en el plano de la filosofía del Derecho. Pienso que el Derecho abarca las dos citadas vertientes, que son complementarias. De ahí que la célebre frase del fiscal Von Kirchmann a mediados del siglo XIX («tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura») no acierte a expresar, a mi juicio, la realidad del Derecho, ni de la ciencia jurídica ni del Derecho a secas. Más bien, hay que entender por Derecho vigente lo que dice Karl Larenz: aquél no es ni el «orden de la vida» sin más ni el sistema de normas considerado por sí mismo. Es algo que, por así decir, se halla en el punto medio: «el Derecho vigente es la totalidad —que se está aplicando— de las normas, de las máximas de decisión y de las sentencias consideradas regulativas (no la totalidad pensada separadamente de la aplicación); totalidad que desarrolla la ciencia del Derecho y la jurisprudencia y que se concibe constantemente en desarrollo»¹.

Volviendo a nuestro tema, en las reflexiones que siguen quiero tratar de encontrar también un punto medio. De un lado, describir algunas de las novedades —ya antes se ha hecho autorizadamente— del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. De otro, mostrar cómo esas nuevas normas o los matices que introduce el proyecto, pueden afectar a la contratación pública en el ámbito de la Administración militar. Vayan por delante dos aclaraciones: una ya mencionada, que la contratación militar se rige hoy, salvo las excepciones previstas, por las generales normas de contratación de las Administraciones Públicas (desde ese punto de vista, todo el proyecto afecta a la contratos que se celebren por la Administración militar y en esa calidad se lo está hoy estudiando aquí). Otra, que en este intento de indagar si lo nuevo de la legislación afecta a los modos característicos de la contratación militar, se van a seleccionar sólo algunos puntos, y en ellos puede suceder que la influencia de la novedad sea mucha o poca, que sea significativa en términos tangibles o sencillamente se vean las normas de siempre bajo un nuevo enfoque o en una nueva posición, etcétera.

II. Un primer asunto es el de la *significación general* que viene a desempeñar este proyecto de Ley del Contratos del Sector Público.

¹ LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, 1ª ed. trad. esp. E. Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ariel, 1966, p. 163.

En efecto, el proyecto representa, hasta cierto punto, un nuevo modo de concebir la contratación pública, como ha puesto de relieve el dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto (número 514/2006, de 25 de mayo). Interesa ahora destacar que el nuevo enfoque de la legislación de contratos públicos «puede apreciarse en dos tipos de cuestiones entrelazadas entre sí. De un lado, la ampliación y redefinición del *ámbito subjetivo*, que ya no se basa en un proceso de sucesiva ampliación de los sujetos contratantes partiendo de su asimilación mayor o menor a la Administración Pública *stricto sensu*, sino que parte desde el comienzo de una delimitación de tipo funcional o según la actividad y no según la forma de personificación jurídica. De otro, el influjo que dicha ampliación produce sobre el que podría llamarse *ámbito objetivo*: es decir, la nueva delimitación del régimen contractual concretamente aplicable por esos sujetos está en función, en primer lugar, del tipo de contrato que celebren, si es o no uno de los contratos típicos contemplados por las directivas (la relevancia del contrato mixto se encuentra ahora en esta sede), en segundo lugar depende de la cuantía del contrato en cuestión y, en fin, también juega el criterio relativo a que el sujeto contratante sea una Administración Pública, o un «organismo de Derecho público» —en sentido comunitario— no considerado Administración Pública, o un ente del sector público que no se considere «organismo de Derecho público» [apartado VI de las consideraciones del citado dictamen, segundo párrafo].

Pues bien, el significado general del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en relación con el *ámbito subjetivo*, tiene un indudable alcance. Puede incluso decirse que, respecto al desarrollo histórico de la contratación pública, representa una nueva etapa². Así, una primera fase de nuestro Derecho de la contratación pública sería la constituida por la regulación contenida en los Pliegos generales de contratación del siglo XIX y comienzos del siglo XX, especialmente por el Pliego de Condiciones Generales para la contratación de obras públicas de 1903, que tenía carácter supletorio respecto de los demás. Esta regulación fragmentaria se vio completada en algunos puntos por la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, modificada en 1952.

La segunda gran etapa es la que arranca de la Ley de Bases de 1963 y el texto articulado de 1965 de la Ley de Contratos del Estado. Aquí se con-

² Para la evolución histórica de la legislación española en materia de contratación administrativa, cfr. ARIÑO ORTIZ, G., *Estudio introductorio*, en VVAA («Ariño y Asociados»), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Tomo I, El sistema contractual administrativo*, Granada, Comares, 2002, pp. 33 ss.

solida ya «la formación de un completo sistema —inicialmente sobre la parte general del contrato de obra pública— caracterizado, en sus líneas fundamentales, por la existencia de fuertes singularidades, basadas ante todo en la idea del contrato de adhesión (libertad de pactos sometida al principio de legalidad: pliegos, Derecho necesario y Derecho dispositivo) y en segundo lugar en las prerrogativas de la Administración fundadas en la consecución del interés público —dirección del contrato e interpretación, modificación y resolución de éste—, aunque contrapesadas por la idea de la equivalencia económica y las correlativas garantías y técnicas en defensa de la posición del contratista —modulación del principio de ejecución a riesgo y ventura, técnicas de equilibrio contractual, revisión de precios, *factum principis*, facultad de resolución por suspensión o incumplimiento imputable a la Administración, etcétera—» [dictamen del Consejo de Estado 514/2006, apartado III.B) de las consideraciones, segundo párrafo].

Sin embargo, esta segunda etapa, a partir de las exigencias impuestas por el Derecho comunitario —sobre todo, aunque no únicamente, en lo relativo al ámbito de aplicación de las normas públicas sobre adjudicación y la exigencia de sujetar a todos los poderes adjudicadores— venía resultando cada vez más insuficiente, ya bajo la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo). En especial, la manera de introducir las normas del Derecho comunitario había tenido lugar mediante una técnica normativa defectuosa, basada en sucesivas y parciales extensiones, en el artículo 2 y en la disposición adicional sexta del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [TRLCAP] (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), a determinados sujetos, singularmente a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas y a las sociedades y fundaciones públicas.

El proyecto de ley «pretende un nuevo enfoque en la legislación de contratos públicos, que, poniendo término al sistema de sucesivas extensiones impuestas por las exigencias comunitarias, construya desde el principio el sistema de reglas jurídico-públicas partiendo de una perspectiva amplia» [dictamen 514/2006, apartado III.B), quinto párrafo]. Ello le lleva a construir un ámbito de aplicación subjetivo amplio (artículo 3), y al mismo tiempo enlazado con un criterio funcional, tal y como exige el Derecho comunitario (artículo 3.3 del proyecto relativo a los poderes adjudicadores y artículo 13 relativo a contratos sujetos a regulación armonizada). Este criterio funcional no hace sino recoger la norma del artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31

de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios³. De este modo, dispone el artículo 3.3 del proyecto:

«Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta ley, los siguientes entes, organismos y entidades del sector público:

- a) Las Administraciones Públicas.
- b) Los entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que un sujeto perteneciente al sector público financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión, o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores».

Respecto a todo ello, el papel desempeñado por la contratación de la Administración militar no es indiferente⁴. Ante todo, fue de una

³ No cabe tratar aquí con detenimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), recaída sobre los requisitos de los «organismos de Derecho público» en el sentido del Derecho comunitario. Simplemente cabría recordar a grandes rasgos: 1º) Sobre el requisito de la «personalidad jurídica propia», que es indiferente la forma jurídica, pública o privada [STJCE de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*, 31/87, apartado 11; STJCE de 10 de noviembre de 1998, *BFI Holding*, C-360/96, apartado 62; STJCE de 1 de febrero de 2001, *Comisión c. Francia*, C-237/99, apartado 60]. 2º) Respecto al requisito relativo a haber sido «creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil», lo decisivo es el criterio de la satisfacción de necesidades de interés general, con independencia de que la actividad desarrollada comprenda otras vertientes de carácter industrial o mercantil [STJCE de 15 de enero de 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros*, C-44/96, apartado 25]. 3º) Finalmente, en cuanto a las formas de control por el sector público, se ha precisado lo relativo a qué ha de entenderse por control de la gestión [STJCE *Comisión c. Francia* citada, apartado 59] y lo referente a la financiación mayoritaria de la actividad [STJCE de 3 de octubre de 2000, *Universidad de Cambridge*, C-380/98, apartado 26].

⁴ Como parte importante de la contratación de la Administración Pública en general. Ya se dijo que actualmente la contratación militar se somete a las reglas generales de contratación pública. Más allá de este dato, es claro que las especialidades propias de la Administración militar no forman parte de un mundo normativo diferente y ajeno al de la Administración civil o al de la Administración en general (cfr. en este sentido las reflexiones de GONZÁLEZ BARRAL, J. C., *Contratación pública y elemento extranjero: el caso de Defensa*, en VVAA, *La función de asesoramiento jurídico militar internacional y otros temas jurídicos militares. IV Jornadas de asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa*, Subsecretaría de Defensa, Madrid, 2002, pp. 169 ss; la cuestión citada en pp. 169 y 170).

extraordinaria importancia en el surgimiento de un Derecho de la contratación pública en el siglo XIX, en especial a través de los contratos de suministros al Ejército y después con la fijación de determinadas reglas en materia de preparación y adjudicación (aprobación formal de los pliegos, inclusión en el expediente del certificado de la existencia de crédito, fiscalización previa de la Intervención), que acabarían generalizándose en la contratación del Estado. Por lo demás, la contratación de la Administración militar también quedará sujeta a la nueva concepción del ámbito subjetivo, en los términos que se han visto.

III. Con todo, resulta más interesante ahora analizar con cierto detenimiento cuál puede ser la incidencia del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (Proyecto de LCSP, en adelante) sobre el que se ha llamado *ámbito objetivo* de la ley.

A) En este punto, una primera materia sería la de los *negocios y contratos excluidos (artículo 4 del proyecto)*. Aquí simplemente se quieren poner de relieve algunos aspectos del artículo 4.1 del proyecto —el que recoge las diferentes exclusiones; la regla de su régimen sigue siendo idéntica (artículo 4.2: «los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse») —, por otra parte muy estudiados en la doctrina:

— En primer lugar, el artículo 4.1 del proyecto ha separado en dos apartados las exclusiones relativas a los convenios de colaboración con particulares y los incluidos en el artículo 296 del Tratado de la Comunidad Europea. La separación tiene sentido, en cuanto se trataba de dos supuestos materialmente diferentes. Por lo que hace a los convenios de colaboración con «personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado» [artículo 4.1.d) del proyecto], la redacción sigue siendo idéntica y las cautelas con que deberá hacerse uso de este instrumento, también⁵.

— Otras exclusiones son las que se refieren a la presencia de algún elemento extranjero, en las que se da un «grado máximo de internacionalidad»⁶, que concede una autonomía material y conflictual a estos supuestos. Son los recogidos en el artículo 4.1 del proyecto, apartados e), f), i) y j):

⁵ Cfr. POZO VILCHES, J. A., *Los convenios de colaboración con empresas*, en VVAA, *La privatización de las empresas públicas en el ámbito de la Defensa y otros estudios jurídico-militares. II Jornadas de asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa*, Subsecretaría de Defensa, Madrid, 2000, pp. 117 ss.

⁶ Según la expresión de GONZÁLEZ BARRAL, *Contratación pública y elemento extranjero: el caso de Defensa*, cit., p. 184.

- e) Los convenios incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
- f) Los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con entidades de derecho internacional público.
- i) Los contratos y convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas.
- j) Los contratos y convenios adjudicados en virtud de un procedimiento específico de una organización internacional.

Sobre todos ellos y la presencia de un elemento extranjero, especialmente cuando incide un elemento de Defensa (artículo 296 del Tratado de la Comunidad Europea; acuerdos internacionales en relación con el estacionamiento de tropas), se ha pronunciado con extensión la doctrina. En lo relativo al artículo 296 del Tratado de la Comunidad Europea, se ha añadido en el proyecto de LCSP la norma de la disposición adicional vigésimo cuarta: «Los contratos comprendidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que celebre el Ministerio de Defensa se regirán por la presente ley, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional». Una norma referente a los contratos —no ya a los convenios— celebrados con amparo en tal precepto, y que se entienden incluidos en el ámbito de la ley con ciertas salvedades y especialidades⁷.

⁷ Lo que parece obedecer, en el fondo, al deseo de acercar estos supuestos a las reglas de contratación del Derecho comunitario basadas en la competencia, con la reserva de aplicación del artículo 296 del Tratado de la Comunidad Europea. El artículo 10 de la Directiva 2004/18/CE señala que: «La presente Directiva se aplicará a los contratos públicos adjudicados por los poderes adjudicadores en el sector de la defensa, a reserva del artículo 296 del Tratado». «En el Libro Verde sobre la contratación pública en la Unión Europea ya se puso de manifiesto la voluntad de la Comisión de reforzar la competencia, también en materia de defensa, lo que facilitará mejores precios en los contratos y la creación de una industria europea de defensa más competitiva. La misma idea aparece en la Comunicación de la Comisión *Problemas de la industria europea relacionados con la Defensa: propuesta de actuación a nivel europeo* [Comunicación de la Comisión COM (96) 10-final, de 24 de enero de 1996], conocido como Informe Bangemann, de 24 de enero de 1996, en el que se aboga por un cambio en la situación actual, en la que se entiende que el artículo 223 excluye este sector habida cuenta de la peculiaridad de las cuestiones de defensa. Frente a ello se propone la aplicación de los principios comunitarios sobre contratación pública, con los ajustes que sean necesarios, dadas las peculiaridades del sector de la Defensa; y ello como un instrumento más para lograr la reestructuración de la industria de Defensa europea» (ARIÑO ORTIZ, G., *Perspectivas de la privatización de la industria de Defensa y régimen de contratación en este campo*, en VVAA, *La privatización...*, cit., pp 209 ss; la cita del texto en p. 224).

Por conexión con esta materia, cabe señalar aquí que la presencia de un elemento extranjero, con menor grado de internacionalidad, se aprecia también en la regulación de los contratos en el extranjero (actual artículo 117 del TRLCAP; que pasa a ser disposición adicional primera del proyecto de LCSP).

Otro supuesto de exclusión novedoso es el que se refiere a las encomiendas de gestión, en el artículo 4.1.n): «Los contratos celebrados con entidades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública o sobre las que se ejerza un control análogo al que se ostenta sobre los propios servicios, y que realicen la parte esencial de su actividad con el ente o entes que las controlan, así como las encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para la entidad que las recibe de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por quien confiere la encomienda y que se retribuyan mediante la aplicación de tarifas aprobadas por el sujeto que ostenta su control, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 24.6. No obstante, la subcontratación de prestaciones contratadas con las entidades mencionadas en este apartado, y los contratos que deban celebrarse para la ejecución de la encomienda quedarán sometidos a esta ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la sección 2ª del capítulo II de este título preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174». Un precepto que ha sufrido numerosas redacciones durante la elaboración, y cuyo estudio por separado corresponde a otra de las ponencias de estas jornadas.

En fin, un último caso de exclusión que se quiere destacar, y que hoy no figura como tal en el TRLCAP, es el contenido en el artículo 4.1.p) del proyecto: «Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial».

Esta previsión en relación con los contratos privados de la Administración —en rigor, en relación con todos los contratos privados por su objeto, cualquiera que sea la entidad contratante del sector público— es significativa ya de un cambio de mucho mayor calado que conlleva el proyecto de LCSP, y cuya trascendencia se debe señalar. Nos referimos al

cambio de significado que ha experimentado la tradicional distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, que merece un estudio más detenido.

B) En efecto, otra cuestión cercana al «ámbito objetivo» es la que afecta a la *delimitación de regímenes contractuales (artículos 5 a 21 del proyecto)*.

Hay que notar, ante todo, que la delimitación de regímenes contractuales en el proyecto de LCSP ha variado de sentido, conforme al designio último y declarado de este proyecto de no estructurar la ley en torno a la figura del contrato administrativo —y después proceder por extensión a los contratos privados de las Administraciones o a los contratos de cualesquiera otros entes—, sino de configurar la ley desde su comienzo como una ley de contratación del sector público en su conjunto (incluyendo dentro de él, lógicamente, las disposiciones propias de los contratos administrativos). Este objetivo explícito se desprende ya del artículo 1 en sus dos párrafos:

«La presente ley tiene por objeto regular la actividad contractual del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Es igualmente objeto de esta ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar».

Las claves de la articulación de este esquema se contienen en los artículos 5 a 21 del proyecto. De ellos se desprende con toda claridad que, para delimitar los regímenes contractuales aplicables a cada sujeto, se suceden tres criterios: el tipo del contrato, que es ahora el elemento esencial para todos los contratos del sector público y no sólo para los administrativos (de hecho, la figura de los contratos mixtos está ahora en esta sede; artículos 5 a 12); en segundo lugar, la cuantía de los contratos para el caso

de que éstos se celebren por poderes adjudicadores (es decir, la noción de contratos sujetos a regulación armonizada; artículos 13 a 17); por último, la distinción entre contratos administrativos y contratos privados (artículos 18 a 21).

Pues bien, esta última y tradicionalmente relevante distinción puede decirse que ha sufrido un cierto cambio de sentido. Son ahora contratos administrativos los típicos celebrados por una Administración —obra, concesión de obra pública, suministro y servicios; en todo caso, gestión de servicios públicos y colaboración entre el sector público y privado— y los celebrados por una Administración atípicos con «naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico de la Administración contratante» [artículo 19.1, a) y b)]. Son privados los celebrados por una Administración de objeto distinto a los anteriores [artículo 20.1, segundo párrafo *in fine*]⁸ y «los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas» [artículo 20.1, primer párrafo]. Las diferencias de régimen son las tradicionales⁹.

La novedad que ello supone es doble: de un lado, la categoría de contratos «típicos» se ha hecho abstracta, para contratos administrativos y privados celebrados por otros entes (tan típica es la obra contratada por un Ministerio como por una sociedad pública)¹⁰; de otro, los contratos privados lo son ahora también por el sujeto, no sólo por el objeto.

⁸ Aparte de los celebrados por una Administración Pública «que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos», a los que expresamente alude el mismo artículo 20.1, segundo párrafo, del proyecto de LCSP.

⁹ Esto es, para los contratos administrativos, la regla del artículo 19.2 del proyecto de LCSP: «Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas».

Y, para los contratos privados, la previsión contenida en el artículo 20.2 del proyecto de LCSP: «Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las normas de los libros I, II, III y, V de la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado».

¹⁰ «La continuada ampliación del ámbito subjetivo del Derecho comunitario de la contratación pública, al igual que llevó en su momento a una extensión del concepto de contrato administrativo atípico o innominado —giro o tráfico de la Administración contratante— para hacer posible el control con normas públicas de toda la actividad contractual admi-

Las consecuencias dogmáticas que suponen estos cambios son múltiples. En primer lugar, el tema de la jurisdicción competente (artículo 21) ya no se construye, como sucede hoy, según la lógica del contrato administrativo. Esta lógica lleva a someter a la jurisdicción contencioso-administrativa todo lo relativo a los contratos administrativos; y todo lo relativo a los contratos privados a la jurisdicción civil, aunque los actos de su preparación y adjudicación «se considerarán actos jurídicos separables» y «podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo» (ambas expresiones en el actual artículo 9.2 TRLCAP). Como certeramente recordaba García de Enterría, «se trata claramente de una facultad, disponible para el interesado, pero no de una carga, esto es de la única vía disponible que el interesado tuviese que utilizar en caso de discrepancia con la Administración»¹¹. Pues bien, en el artículo 21 del proyecto de LCSP la concepción es por completo diferente, pues la atribución a uno u otro orden es automática y general: a la jurisdicción contenciosa todo el régimen de contratos administrativos e «igualmente», es decir siempre, «las cuestiones en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos [privados de otras entidades] sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17» (artículo 21.1 del proyecto de LCSP). Por otro lado, el orden jurisdiccional civil es el competente para las controversias relacionadas con los «efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados» y también las relativas a «preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada» (artículo 21.2 del proyecto de LCSP)¹².

nistrativa, lleva ahora a una ampliación e incluso desnaturalización del concepto de contrato administrativo típico: en realidad, ya no resulta relevante (a efectos únicamente, se insiste, de publicidad, licitación y adjudicación) el hecho de que el contrato sea *administrativo* sino más bien el dato de que sea *típico*; cuando en uno de los contratos definidos en los tipos comunitarios –sin importar que sea administrativo o privado– se supere determinada cuantía, habrán de aplicarse las normas que sobre garantía de adjudicación prevé el Derecho comunitario» [dictamen del Consejo de Estado 514/2006, apartado VII.A), párrafo cuarto].

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Ámbito de aplicación de la ley*, en VVAA (dir. R. Gómez-Ferrer Morant), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996, pp. 107 ss (la cita en p. 129).

¹² No puede dejar de señalarse que este deslinde automático entre órdenes jurisdiccionales está, en el fondo, determinado por la posibilidad de interponer el recurso administrativo previo (recurso especial en materia de contratación), que se limita a «los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada» (artículo 37.1 del pro-

Una segunda consecuencia, también de orden material, es la que afecta al régimen de ciertos contratos privados de la Administración, los llamados contratos patrimoniales. Estos contratos encuentran su regulación actualmente en el artículo 9.1 TRLCAP, último inciso: «Los contratos privados de las Administraciones públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado. A los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporables y valores negociables se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones públicas».

Esta norma se mantenía en las primeras versiones del anteproyecto. Sin embargo, en las últimas y en el proyecto elevado a las Cortes Generales figura, como se dijo, la norma relativa a su exclusión [artículo 4.1.p) del proyecto de LCSP] y su remisión a la legislación patrimonial. Ciertamente se trata de un tema discutible y discutido. Ahora bien, se quiere poner aquí de relieve que lo que sucede, con la regulación prevista en el proyecto, es que se pierde una de las «zonas comunes» a contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas, cuyo mantenimiento hubiera sido a nuestro juicio conveniente.

Ello es así, en primer lugar, porque la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración «no es una tarea sencilla, habida cuenta de la existencia de zonas intermedias o de penumbra de muy difícil calificación. Se trata, en todo caso, de una tarea de marca-

yecto de LCSP). Como señala el dictamen del Consejo de Estado 514/2006, el nuevo enfoque de la legislación sobre contratos públicos que supone el proyecto «ha llevado también a que el aspecto de garantía de los aspectos competitivos de la contratación pública (suficientemente tutelado en la regulación anterior por recursos administrativos ordinarios y jurisdicción contencioso-administrativa, en la medida que giraba aún sobre el contrato de la Administración y la posibilidad del particular de separar sus actos preparatorios y de adjudicación cuando cayesen bajo la órbita del contrato privado) se regule ahora de forma novedosa: en paralelo con el enfoque funcional y por cuantías del anteproyecto, la posibilidad del recurso contra actos preparatorios o de adjudicación de contratos, públicos o privados por su sujeto adjudicador, pero de tipo y cuantía suficiente para estar sometidos a reglas jurídico-públicas (las de la ley), se instrumenta ahora mediante un recurso especial que agota la vía administrativa y la correlativa atribución de competencia para tratar de estas cuestiones a la jurisdicción contencioso-administrativa» (apartado VI de las consideraciones, tercer párrafo).

do carácter casuístico, de modo que los perfiles de estas figuras —y singularmente los de los contratos administrativos especiales y de los contratos privados— se han ido delimitando, tanto negativa como positivamente, a través de la jurisprudencia, de la doctrina legal de este Consejo y de los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa», de modo que «la jurisprudencia ha ido perfilando un criterio ‘finalista’ o ‘teleológico’ en orden a la calificación de los contratos que propugna atender a su objeto y finalidad» (dictamen del Consejo de Estado número 1.336/2005, de 17 de noviembre).

Y en segundo lugar porque, en todo caso, aun calificando los contratos patrimoniales como privados, mantendría su virtualidad la eventual aplicación de las normas sobre preparación y adjudicación que prevé la legislación sobre contratación pública; así, el mencionado dictamen decía que «no hay que olvidar que incluso en el supuesto de que se llegase a la conclusión de que los contratos objeto de la presente consulta son contratos privados de la Administración [se trataba de contratos de compraventa y de permuta de un bien presente por cosa futura], también habrían estado sometidos, en cuanto a su preparación y adjudicación, a las previsiones del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —que, para los contratos de compraventa, remiten a su vez a las previsiones específicas, si las hubiera, de la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas— pues, como se ha razonado anteriormente, el C.Z.F.V. es una entidad de derecho público cuya actividad de contratación no se rige en este caso por el ordenamiento privado sino por el aludido texto refundido».

Finalmente, una tercera consecuencia es más bien de orden formal: la «zona común» en la que deben predominar las garantías jurídico-públicas, según la denominación de García-Trevijano Fos¹³, ya no es la zona común a contratos administrativos y privados de la Administración; ahora es un espacio común anterior, las «disposiciones generales de contratación del sector público» (artículos 22 a 39 del proyecto, como se verá). Ello implica ciertas complicaciones —al menos, para el operador habituado a usar las categorías actuales; probablemente tam-

¹³ GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local*, Revista de Estudios de la Vida Local, número 87 (mayo-junio 1956), pp. 301 ss. Sobre esta cuestión, cfr. también GONZÁLEZ BARRAL, J. C., *Contratación pública y elemento extranjero: el caso de Defensa*, cit., pp. 176-180.

bién de carácter estructural— que afectan a las normas procedimentales de los contratos administrativos, cuestión que pasa a analizarse seguidamente.

IV. En el *procedimiento de contratación administrativa* es posible observar, según el proyecto de LCSP, algunas novedades, probablemente no de gran trascendencia, pero que ponen claramente de relieve esa relación —a que aludíamos al comienzo— entre Derecho aplicado y nueva regulación legal. En particular, esa relación se pone de manifiesto en esta materia, en muchos casos, en el sentido de una permanencia del Derecho actualmente aplicado y en vigor, a pesar de los cambios que en las grandes líneas introduce el proyecto de LCSP.

A) Ante todo, existe alguna alteración en la llamada «*zona común*» de la *contratación administrativa (principios y requisitos de los contratos)*, la cual, como se ha dicho, antes era común a contratos administrativos y privados de la Administración, y ahora —según la concepción del proyecto de LCSP— es, en algunos puntos, *común a todo el sector público* y, en otros, *común a los contratos celebrados por la Administración*. Con las indeseables consecuencias de régimen que ello tiene.

Por lo que hace a los principios (actual artículo 11.1 TRLCAP), pienso que no hay mayor problema. De un lado, estos principios tradicionales se recogen con carácter general en el artículo 1 del proyecto —antes citado—, y se reiteran para las Administraciones Públicas en el artículo 123 del proyecto, en materia de adjudicación: «Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia». Este último por primera vez mencionado, como también es novedosa la alusión a la confidencialidad, en cuanto principio, en el artículo 124.

Sí que puede generar alguna disfunción la regulación de los requisitos de los contratos. Cabe destacar que la norma del artículo 11.2 TRLCAP constituía un avance en esta materia, determinando esa parte mínima o suelo común de la contratación pública en tanto *requisitos* de los contratos:

«Son requisitos para la celebración de los contratos de las Administraciones públicas, salvo que expresamente se disponga otra cosa en la presente Ley, los siguientes:

- a) La competencia del órgano de contratación.
- b) La capacidad del contratista adjudicatario.

- c) La determinación del objeto del contrato.
- d) La fijación del precio.
- e) La existencia de crédito adecuado y suficiente, si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración.
- f) La tramitación de expediente, al que se incorporarán los pliegos en los que la Administración establezca las cláusulas que han de regir el contrato a celebrar y el importe del presupuesto del gasto.
- g) La fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico, relativos a los contratos, en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas sujetas a esta Ley.
- h) La aprobación del gasto por el órgano competente para ello.
- i) La formalización del contrato».

En cambio, ahora esta regulación se ha perdido. Es claro que el proyecto de LCSP ha de combinar constantemente los criterios de la contratación de la totalidad del sector público con los propios de la contratación administrativa. Y en esa difícil combinación se ha perdido claridad y rigor, en especial para los contratos de las Administraciones¹⁵. En efecto, una norma que se contiene en una sede semejante a la del citado precepto, en el conjunto de la ley, es el artículo 26.1 del proyecto de LCSP. Sin embargo, es claro que este precepto tiene un sentido, alcance y hasta tono netamente diferentes. Bajo la rúbrica «contenido mínimo del contrato», establece:

«Salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público deben incluir, necesariamente, las siguientes menciones:

- a) La identificación de las partes.
- b) La acreditación de la capacidad de los firmantes para suscribir el contrato.

¹⁵ «(...) La estructura adoptada adolece de un error de concepción –o más bien de construcción– que ya ha sido advertido. Se trata de la circunstancia de que se presenta como una norma de la *actividad contractual del sector público* (artículo 1.1) cuando, incluso con la regulación proyectada, el grueso de la regulación sigue girando sobre normas pensadas para las Administraciones Públicas. Ello da lugar a problemas sistemáticos y en ocasiones sustantivos (confusión de regímenes) (...)» [dictamen del Consejo de Estado 514/2006, apartado VII.C), séptimo párrafo].

- c) Definición del objeto del contrato.
- d) Referencia a la legislación aplicable al contrato.
- e) La enumeración de los documentos que integran el contrato.
Si así se expresa en el contrato, esta enumeración podrá estar jerarquizada, ordenándose según el orden de prioridad acordado por las partes, en cuyo supuesto, y salvo caso de error manifiesto, el orden pactado se utilizará para determinar la prevalencia respectiva, en caso de que existan contradicciones entre diversos documentos.
- f) El precio, o el modo de determinarlo.
- g) La duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas.
- h) Las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones.
- i) Las condiciones de pago.
- j) Los supuestos en que procede la resolución.
- k) El crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso.
- l) La extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad que, en su caso, se imponga al contratista».

Es un artículo que recuerda, por su título y alusiones a los pliegos, al artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [RCAP] (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), que establece el contenido mínimo general de los pliegos de cláusulas administrativas particulares. En cambio, su función esencial, que debería ser a mi juicio señalar cuáles son los requisitos comunes a todo contrato, ha quedado incumplida. Así por ejemplo:

— Ya no se dice que sea requisito esencial la competencia del órgano de contratación. Es claro que lo es; el artículo 291 señala quiénes son los órganos de contratación competentes en la Administración del Estado; pero ningún precepto dispone que éste sea un requisito esencial. También parece claro que su falta de mención en el artículo 26 responde a que, en el caso de contratos de entidades diferentes de Administraciones Públicas o incluso de sujetos privados cuando celebren contratos subvencionados, no cabe hablar de competencia del órgano de contratación.

— En cuanto al objeto, sólo un matiz. Ya no se dice que sea requisito esencial su determinación, sino que es contenido mínimo su defini-

ción [en este caso, por clara influencia del artículo 67.a) RCAP antes citado]. En cambio, su exigencia esencial está en el artículo 74.1 del proyecto: «El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado».

— Otros dos puntos muy relevantes (expediente con los respectivos pliegos, y existencia de crédito suficiente) no están recogidos aquí, sino en términos muy amplios que resultan de aplicación a todo el sector público. Así, respecto al primero se establece como contenido mínimo la «enumeración de los documentos que integran el contrato» —por lo demás, la función que cumple el expediente es requerida para los contratos del sector público por el artículo 22 del proyecto: necesidad e idoneidad del contrato, que deberán determinarse con precisión en la documentación preparatoria—. Y por lo que hace al crédito presupuestario, sólo se dice «en su caso», sin que se mencione la fiscalización. Para encontrar la exigencia de estos requisitos *stricto sensu* a la Administración Pública, en todos sus contratos, se ha de acudir al artículo 93 del proyecto, en sede de preparación. En su apartado 1: «La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta ley». Y en su apartado 3: «Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato, así como el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, y la fiscalización previa de la Intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, o en las normas presupuestarias aplicables a las restantes Administraciones públicas sujetas a esta ley (...)».

— Finalmente, en cuanto a la formalización del contrato, ésta es también una exigencia propia de los contratos de la Administración Pública. Como tal, no se recoge en este artículo 26. Y sí en el artículo 28.2 (de rúbrica incompleta, pues sólo se refiere al «carácter formal de la contratación del sector público») y en el artículo 140 del proyecto, en sede de adjudicación.

B) Otro grupo de cuestiones interesantes son las que giran en torno al **precio del contrato**. Se ha destacado mucho, como novedad, lo relativo a la posibilidad de precios provisionales en los términos del artículo 75.5 del proyecto y la regulación de la revisión de precios (artículos 75.3 y 77 a 82 del proyecto). Nos gustaría detenernos en dos asuntos que significan bien lo dicho sobre la permanencia de ciertas normas —Derecho vigente efec-

tivamente aplicado en un ámbito, la contratación militar—, pese a lo novedoso de las grandes leyes.

Uno es el relativo al precio adecuado al mercado. El proyecto, siguiendo en este punto el parecer del Consejo de Estado, mantiene la referencia al mercado en el artículo 75.1 del proyecto, que había sido obviada en anteriores versiones. El citado precepto dice así: «Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto expresado en euros. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, atendiendo generalmente al mercado, mediante la correcta estimación de su importe en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados».

La sugerencia del dictamen 514/2006 era la siguiente, pensada sobre todo —es claro— para la singular problemática del contrato de obras: «(...) El sentido de esta regla es el de garantizar que el precio —el ofrecido por uno de los licitadores y aceptado por el órgano de contratación— se adecue al efectivo cumplimiento del contrato y no dé lugar a la aceptación de una oferta que haya incurrido en una baja temeraria respecto al presupuesto de licitación, según la vigente terminología, o anormal o desproporcionada, en los términos de la Directiva 2004/18/CE y del anteproyecto. Este sentido sigue siendo el que tanto el Derecho comunitario como nuestro propio Derecho interno tratan de salvaguardar. La excepción prevista por el artículo 55.3 de la directiva, y recogida en el artículo 136.3, último párrafo, del anteproyecto, va en otra línea —no consideración automática de anormalmente baja de una oferta que cuente con ayudas de Estado—, pero no hace caer, sino que confirma, la regla general de que las ofertas no deberán ser anormales o desproporcionadas y para cuya aplicación el precio sigue siendo un factor determinante en esa valoración, bien el único (artículo 136.1 del anteproyecto) o uno de ellos (artículo 136.2). Por ello, y aunque ciertamente la apreciación de una oferta anormal o desproporcionada no se vincule ya estrictamente y en todo caso en el anteproyecto a un precio anormalmente bajo (artículo 136.3), ello no puede llevar a la omisión total de una regla en este sentido (...)».

Pues bien, en este punto la contratación en el ámbito de la Administración militar, con singulares condiciones de mercado (concurencia limitada, en función de las tecnologías empleadas y las elevadas inversiones), encuentra en parte sus propias reglas. Así, hay que tener en cuenta la Orden del Ministerio de Defensa 283/1998, de 15 de octubre, sobre presentación y auditoría de ofertas y normas sobre los criterios a emplear en el cálculo de costes en determinados contratos de suministro, de consulto-

ría y asistencia y de los servicios del Ministerio de Defensa que se adjudican por el procedimiento negociado (las normas sobre criterios en el cálculo de costes se conocen como NODECOS, según el Anexo de la Orden). Su preámbulo es bien expresivo de la especialidad de la materia y la modulación de la regla sobre el precio que ahora comentamos:

«El artículo 14.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), establece que los órganos de contratación deberán cuidar de que el precio de los contratos sea el adecuado al mercado. Esta responsabilidad que la Ley atribuye a los citados órganos en gran parte se materializa mediante la depuración de precios que realiza el propio mercado, al aplicar los principios de publicidad y concurrencia, inherentes a las formas de adjudicación de los contratos mediante concurso y subasta. Sin embargo, en los supuestos de aplicación del procedimiento de adjudicación negociado, contemplados en los artículos 183 y 211 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, existen algunos casos en los que la aplicación de estos principios se ve mermada como consecuencia de las especiales circunstancias de algunos mercados, entre los que se encuentra el material de defensa, en donde la concurrencia de empresas es muy limitada, no existe o está condicionada por factores externos que la distorsionan. Por ello, es en estos supuestos especiales donde el órgano de contratación requiere de eficaces instrumentos y una metodología para realizar la negociación y depuración de los precios, coherentes con los costes reales y donde el beneficio esté en función del riesgo y prime la eficiencia en los costes.

En consecuencia, se hace preciso dictar una norma que establezca los criterios a emplear en el cálculo de los costes de determinados contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de los servicios que se adjudiquen por el procedimiento negociado; regule la forma de presentación de las ofertas mediante la descomposición del precio en dos grandes agrupaciones, el coste y el beneficio, y asegure, también, el derecho a auditar los datos e información soporte de la oferta y de los costes incurridos en la ejecución del contrato, de acuerdo con una metodología contrastada y consolidada, tanto nacional como internacionalmente. Por otra parte, razones de eficacia y de economía procesal aconsejan contemplar un procedimiento de aprobación de precios para líneas de actividad o procesos industriales de frecuente contratación mediante el procedimiento negociado sin concurrencia para su aplicación a todo el Departamento».

Un segundo punto de especiales características en este ámbito es el de la revisión de precios. No es posible profundizar aquí en el funcionamiento de esta importante institución, actualmente regulada en los artículos 103 a 108 TRLCAP. Sólo se destacará que en la regulación del nuevo proyecto de LCSP (artículos 77 a 82), se añade un nuevo precepto dedicado a las fórmulas de revisión, el artículo 79, que en su apartado 1 establece:

«Las fórmulas que se establezcan reflejarán la ponderación en el precio del contrato de los materiales básicos y de la energía incorporados al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo. No se incluirán en ellas el coste de la mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial».

La concepción económica que subyace a la nueva regulación de la revisión de precios pretende adaptarse a un contexto de estabilidad económica. Así, mientras que elementos en los que podría afectar más la «volatilidad» de precios, como las materias primas o la energía, se mantienen en el ámbito de la revisión de precios, se excluyen de ésta con carácter general otros elementos de coste más predecible, entre los que se incluye la mano de obra y los costes financieros. Sólo en circunstancias excepcionales estos últimos elementos serían susceptibles de revisión, como precisa el artículo 79.2 del proyecto de LCSP:

«Cuando por circunstancias excepcionales la evolución de los costes de mano de obra o financieros acaecida en un periodo experimente desviaciones al alza que puedan reputarse como impredecibles en el momento de la adjudicación del contrato, el Consejo de Ministros o el órgano competente de las Comunidades Autónomas podrá autorizar, con carácter transitorio, la introducción de factores correctores de esta desviación para su consideración en la revisión del precio, sin que, en ningún caso, puedan superar el 80 por 100 de la desviación efectivamente producida.

Se considerará que concurren las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior cuando la evolución del deflactor del Producto Interior Bruto oficialmente determinado por el Instituto Nacional de Estadística supere en 5 puntos porcentuales las previsiones macroeconómicas oficiales efectivas en el momento de la adjudicación o el tipo de interés de las letras del Tesoro supere en cinco puntos porcentuales al último disponible en el momento de la adjudicación del

contrato. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incluir las referencias a las previsiones macroeconómicas y tipo de interés existentes en el momento de la licitación».

Pues bien, de nuevo aquí es posible observar que las fórmulas de revisión fraguadas en el seno de la Administración militar —pionera en este punto, por lo que se refiere a los contratos de suministro de fabricación— continúan vigentes, si bien se introduce por vez primera una pequeña alteración. En efecto, la disposición transitoria segunda del proyecto de LCSP —continuadora de la misma disposición del TRLCAP—, dedicada a las fórmulas de revisión, establece lo siguiente:

«1. Hasta que se aprueben las nuevas fórmulas de revisión por el Consejo de Ministros adaptadas a lo dispuesto en el artículo 79, seguirán aplicándose las aprobadas por el Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre; por el Real Decreto 2167/1981, de 20 de agosto, por el que se complementa el anterior, y por el Decreto 2341/1975, de 22 de agosto, para contratos de fabricación del Ministerio de Defensa.

2. En todo caso, transcurrido un año desde la entrada en vigor de esta Ley sin que se hayan aprobado las nuevas fórmulas, la aplicación de las actualmente vigentes se efectuará con exclusión del efecto de la variación de precios de la mano de obra».

Por lo que, si bien está previsto el mantenimiento de estas fórmulas contenida en el Decreto de 1975, su aplicación, a partir de que transcurra un año desde la entrada en vigor de la ley, habrá de hacerse en los términos dichos, por lo que se refiere a la variación de los precios de la mano de obra.

C) Una tercera materia que resulta afectada por las previsiones del proyecto es la que se refiere, propiamente, a las *fases de licitación y adjudicación* del procedimiento de contratación.

No cabe detenerse ahora en las novedades en materia de licitación (subasta electrónica) y adjudicación (diálogo competitivo; racionalización técnica mediante acuerdos marco, sistemas dinámicos de contratación o centrales de compras) que introduce el Libro III del proyecto de LCSP, y cuyo origen está, como se sabe, en la Directiva 2004/18/CE¹⁶.

¹⁶ Sobre el sentido y funcionamiento de estas técnicas, cfr. el dictamen del Consejo de Estado 514/2006, apartado XII.A) de las consideraciones. «En sus aspectos sustantivos —se dice—, las figuras que introduce el Libro III del anteproyecto responden a diversos objetivos del Derecho comunitario. El procedimiento de diálogo competitivo tiende a dar res-

Una palabra tan sólo sobre la publicidad de las licitaciones (excepto la de los negociados excluidos), regulada en el artículo 126 del proyecto. Es éste el único punto en que los contratos administrativos se ven sujetos a la exigencia de «regulación armonizada» —general distinción cuando se trata de los contratos del resto de entes del sector público—, concretamente para estipular la obligatoriedad de la publicidad de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea de los contratos sometidos a tal regulación por su cuantía.

Por lo que hace a la adjudicación, desaparecen las tradicionales formas de adjudicación —subasta y concurso—, si bien permanece la posibilidad relativa a que la adjudicación considere como único criterio el precio o tenga en cuenta una pluralidad de ellos (artículo 145, apartados 1 y 2, del proyecto de LCSP). Y en cuanto a los procedimientos, además de las novedades en el negociado, cabe detenerse por último en alguna variación en cuanto a los criterios de adjudicación.

El artículo 134 del proyecto dispone en sus dos primeros apartados:

«1. Para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la asunción del compromiso de mantener éste invariable como precio cerrado, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del

puesta a la necesidad de flexibilización de los procedimientos de adjudicación previstos por las directivas 'clásicas'. Los acuerdos marco buscan simplificar la celebración de determinados contratos, cuando alguna de sus condiciones hubiese sido fijada por un acuerdo previo con el órgano de contratación. Las técnicas de centralización de adquisiciones permiten racionalizar la contratación de diversos órganos, para el caso de contratos con características homogéneas, de modo que el respeto de los principios de adjudicación por la central sirva para entender que aquellos los han observado también en sus respectivos contratos. Otros aspectos necesitados de mejora son todos los relativos a la contratación electrónica, ya sea que recaigan sobre el entero proceso de contratación (sistemas dinámicos), ya únicamente sobre la licitación (subasta electrónica) o ya, en fin, sobre cualesquiera medios a emplear en el procedimiento de selección y adjudicación (comunicaciones por medios electrónicos)». Acerca de la regulación de estas figuras en el Derecho comunitario, cfr. GIMENO FELIÚ, J. M^a., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 219 ss. (procedimiento de diálogo competitivo, acuerdos marco) y pp. 233 ss. (subasta electrónica y sistemas dinámicos de adquisición, si bien no se trata —como se dice en la p. 233— de «dos procedimientos concretos de adjudicación», sino de una forma electrónica de licitación, en el primer caso, y de la puesta en práctica de un entero sistema de contratación, que permite diversas licitaciones a través de un procedimiento abierto y dinámico, en el segundo).

servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. Cuando sólo se utilice un criterio, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquéllos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor una ponderación superior a la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a esos criterios de apreciación subjetiva, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos».

De este precepto podrían reseñarse ahora dos aspectos. El primero, el relativo a la determinación de los criterios de adjudicación y el juego de su ponderación (apartado 2, segundo párrafo). En este punto, es de señalar que existe un notable cambio respecto a la regulación actual. En efecto, en sede de concurso, el artículo 86 TRLCAP se refiere hoy únicamente a «los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación» (apartado 1) y precisa que «los criterios a que se refiere el apartado anterior se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, y podrán concretar la fase de valoración de las proposicio-

nes en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo» (apartado 2).

En cambio, como se acaba de ver, el proyectado artículo 134 se refiere sin más a «los criterios que han de servir de base para la adjudicación», distinguiendo después entre «aquéllos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos» —a los que, como regla general, se dará preponderancia— y aquellos otros «cuya cuantificación dependa de un juicio de valor una ponderación superior a la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas»¹⁷. Y, lo que es más importante, contempla el supuesto relativo a que en una concreta licitación se dé más peso a estos segundos criterios que a los primeros. Para estos casos, prevé la intervención de un comité de expertos, cuyo informe de evaluación vinculará al «órgano competente para la valoración de las proposiciones» —Mesa de contratación, ordinariamente— a efectos de formular la propuesta de adjudicación al órgano de contratación (cfr. artículo 144.1 del proyecto de LCSP).

Así pues, en la ponderación de estos criterios «cuya cuantificación dependa de un juicio de valor» no se ha seguido un posible sistema, cual era el consistente en limitar dicha ponderación o valoración a un cierto porcentaje del total. Antes bien, se opta por la posibilidad general de ponderar dichos criterios por encima de los restantes —siempre que se trate de procedimiento abierto o restringido y que tal posibilidad conste en los pliegos, claro está—, aunque para estos supuestos se prevé la intervención del comité de expertos a que se ha hecho referencia.

En fin, puede destacarse la facultad de «encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos», matiz cuya introducción se debe en buena parte a la existencia de este tipo de órganos en el Ministerio de Defensa, cuya experiencia en el ámbito de la contratación ha enriquecido también este aspecto.

Un segundo y último punto que podría analizarse es el relativo a la introducción de las características medioambientales y sociales como cri-

¹⁷ Ya no se habla, como sucedía en el anteproyecto, de criterios «que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse de forma objetiva» y aquellos otros «cuya valoración dependa de un juicio subjetivo». Ciertamente es preferible la redacción del proyecto, pues se trata en todo caso de valorar de forma objetiva, esté o no ligada tal valoración a la mera evaluación automática por aplicación de fórmulas.

terios de adjudicación¹⁸. Como es sabido, la posibilidad de emplear criterios de este tipo en la contratación pública se enfrenta, fundamentalmente, a los límites derivados de «la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa» (artículo 1.1 del proyecto de LCSP, último inciso) y al designio declarado del Derecho comunitario de la contratación pública de evitar el riesgo de discriminación y el relativo a que un poder adjudicador se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico. De otro lado, parece clara la intención del Derecho comunitario, y de los Derechos de los Estados miembros, de seguir una línea de apertura limitada a dichos criterios: «La presente Directiva —dice el considerando 1 de la Directiva 2004/18/CE— está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2 [principios del Tratado, libertades comunitarias, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia]».

Pues bien, en este equilibrio, debe tenerse en cuenta ante todo el Derecho comunitario sobre la materia. El artículo 53.1 de la Directiva 2004/18/CE establece que: «[...] Los criterios en que se basarán los pode-

¹⁸ Se alude aquí simplemente al juego de estas características como criterios de adjudicación. Es diferente el caso de que se prevean como condiciones de ejecución del contrato. Éstas se admiten en los términos del artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE y 102 del proyecto de LCSP.

Otra distinción todavía más amplia, de la que también se suele partir cuando se aborda esta materia, es la que se refiere a la necesaria separación entre condiciones de solvencia de los licitadores —exigibles en la fase de selección— y características técnicas de la oferta —valorables en fase de adjudicación— (cfr. en este sentido el *Informe y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Subsecretaría de Hacienda, 2004, pp. 145 ss.). Esta diferenciación ha de tenerse presente desde luego, si bien cabe matizar que la previsión de condiciones de ejecución en los pliegos (artículo 102 del proyecto de LCSP) despliega su particular eficacia en fase de ejecución, pero tales condiciones «no pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas, ni deben referirse tampoco a la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica, o a los criterios de adjudicación» (*Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, de 15 de octubre de 2001, punto 1.6, subrayado nuestro).

res adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán: a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución; b) o bien solamente el precio más bajo».

Respecto a los criterios contemplados en el apartado a), resulta relevante la explicación contenida en el considerando 46 de la Directiva: «La determinación de esos criterios dependerá del objeto del contrato, de modo que los mismos permitan evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas, así como evaluar la relación calidad/precio de cada oferta. A fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva. Si se reúnen estas condiciones, determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos, como los que se refieren al cumplimiento de las exigencias medioambientales, podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se definieron en las especificaciones del contrato. En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato— propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato».

Obsérvese, pues, que la parte expositiva de la Directiva ofrece una explicación, acorde con la jurisprudencia comunitaria, basada en la conexión de estos criterios con el objeto del contrato (tal que permita una evaluación del rendimiento de cada oferta, de acuerdo con las especificaciones técnicas y en términos de calidad/precio), y añade además que dichos criterios han de permitir una comparación entre ofertas y una evaluación objetiva de aquéllas. Menciona después los criterios medioambientales y los sociales —en particular, los destinados a satisfacer necesidades propias de grupos de población desfavorecidos que sean beneficiarios del objeto del contrato—. En cambio, el artículo 53.1.a) alude a «las características medioambientales», pero no a las sociales, como posibles criterios de adjudicación.

La regla del artículo 53 de la Directiva, y la explicación de su parte previa, han de ser entendidas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

de las Comunidades Europeas y de la postura, más restrictiva, de la Comisión europea. El primero admitió el juego de estas características como «criterios adicionales» (STJCE de 21 de septiembre de 1988, *Gebroeders Beentjes*, 31/87 y STJCE de 26 de septiembre de 2000, *Comisión contra República Francesa [Construcción de edificios escolares en la región Nord-Pas-de-Calais]*, que entendió que los poderes adjudicadores podían basarse en una condición vinculada a la lucha contra el desempleo, siempre que ésta se atuviese a todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y que los poderes adjudicadores tuvieran ante sí dos o más ofertas económicamente equivalentes). En la sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, asunto C-513/99 —por referencia únicamente a condiciones medioambientales—, admitió el uso de estos criterios para determinar la oferta económicamente más ventajosa «siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación».

Por su parte, la Comisión, si bien admite ciertos criterios —en lo social, «aquellos que permitan evaluar, por ejemplo, la calidad de un servicio destinado a personas desfavorecidas, (...), dado que contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa a tenor de lo previsto en las directivas»—, considera con carácter general que todos estos criterios «deben referirse a la naturaleza de la prestación objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución. Su finalidad es permitir a los poderes adjudicadores comparar las ofertas de manera objetiva, a fin de determinar la que mejor responde a sus necesidades en el marco de un contrato dado. Todo criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio» (punto 1.4.1 de la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, de 15 de octubre de 2001; en términos similares, *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública*, de 4 de julio de 2001, punto 3.1)¹⁹.

¹⁹ Todo este entendimiento del Derecho comunitario había influido ya en nuestro Derecho interno en alguna legislación autonómica (Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid 128/2005, de 15 de diciembre, que deroga parcialmente determinadas medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo).

Pues bien, cabe destacar que el artículo 134 del anteproyecto introducía, como criterios para valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa y siempre que estuvieran «directamente vinculados al objeto del contrato», entre otros, «las características medioambientales o sociales». El dictamen del Consejo de Estado 514/2006 entendió que nada cabía objetar «a la expresa mención de los diversos criterios *vinculados al objeto del contrato* que puedan servir para determinar aquella [la oferta económicamente más ventajosa], entre los que se cuentan *las características medioambientales*, citadas por el mencionado artículo de la directiva [artículo 53]». En cambio, sugirió «un replanteamiento de la mención de las características sociales como criterios de adjudicación expresamente incluidos en el artículo 134 del anteproyecto, resultando necesaria, en todo caso, una mayor precisión de las condiciones que deberán reunir para poder actuar como tales criterios» a la vista de la situación de la jurisprudencia y del Derecho comunitario citados [apartado XII.B) de las consideraciones].

Ello ha dado lugar a la redacción del artículo 134 del proyecto en los términos señalados, esto es sustituyendo la genérica mención de las características sociales por la de las características «vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar». Una regla de trascendencia que incorpora el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, y para la que en todo caso resultará decisiva su puesta en práctica.

V. Hasta aquí las reflexiones sobre este nuevo proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, acerca de alguna de las novedades que su aplicación podrá producir en el ámbito de la contratación militar. Muchas gracias.

«LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTORIA EN EL DERECHO DE REVERSIÓN»

D. Fernando del Val Esteban
Comandante Auditor

SUMARIO

I.-INTRODUCCIÓN. II.-REGULACIÓN. Fundamento. Carácter Excepcional. III.—PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTORIA. Presupuestos. Requisitos. IV.—PROCEDIMIENTO Y CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. Procedimiento. Valoración de la indemnización sustitutoria. XV.—CONCLUSIONES. JURISPRUDENCIA TC, TS, AN y Tribunales Superiores de Justicia. DICTÁMENES del Consejo de Estado. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El patrimonio inmobiliario afecto al Ministerio de Defensa ostenta, en su mayoría, como título de adquisición, tanto la donación, en sus diferentes modalidades, compraventa y, fundamentalmente, la expropiación forzosa. De ello se deriva que no es indiferente a los intereses públicos, singularmente a los del Ministerio de Defensa, cualquier modificación legislativa que pudiera producirse en torno al derecho de reversión.

Este trabajo tiene por objeto ahondar en la figura jurídica de la imposibilidad de la reversión, con el fin de presentar una provechosa recopilación de información, que, —matizadas con mis modestas valoraciones— sea útil para los que decidan acercarse a dicha cuestión.

Hemos asistido en los últimos años a una profunda transformación de la organización y estructura de las Fuerzas Armadas, que van desde la propia clarificación del papel que internamente han de jugar las mismas en un entorno democrático, su nueva configuración sobre la idea de la profesionalización, a la plena asunción de compromisos internacionales. Esto ha supuesto en el orden material un continuo abandono de las instalaciones militares situadas de ordinario en los cascos urbanos de muchas ciudades, y la necesidad de nuevas ubicaciones.

En este sentido, puede citarse el Libro Blanco de la Defensa del año 2000¹, donde se establece que la política de infraestructura da la máxima prioridad a las inversiones en instalaciones militares como soporte del doble proceso de profesionalización y modernización de las Fuerzas Armadas. Los principios en que se basa esta política son la reducción y el redespiegue de unidades y desafectación de todo aquel patrimonio que no sea necesario.

Para ello se llevan acabo las siguientes acciones:

- Concentración máxima de unidades, centros y organismos en instalaciones adecuadas al tal fin.
- Cierre de aquellas instalaciones que, por necesidades operativas o funcionales, no cumplan los fines para los que fueron creadas originariamente.
- Modernización de la infraestructura disponible hasta adaptarla a los requerimientos de unas Fuerzas Armadas plenamente profesionales.
- Declaración de «no necesidad» y desafectación de aquellos inmuebles y propiedades que vayan quedando desalojados como consecuencia de las adaptaciones orgánicas que imponga el proceso de redespiegue.
- Promoción de una necesaria coordinación y eficaz colaboración entre el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire para la utilización conjunta de instalaciones, fundamentalmente de apoyo logístico, apoyo al personal y logística de transportes.

Por ello, desde hace años, el hecho de que numerosas propiedades militares se encuentren, por el inexorable crecimiento de las ciudades, en apetecibles zonas de desarrollo urbanístico, el interés de las administra-

¹ Libro Blanco de la Defensa. Año 2000, pág. 140. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica.

ciones competentes en que se impulse el cese en el uso militar con el consiguiente cambio de uso urbanístico, hace crecer el interés entorno a las cuestiones fundamentales que rodean el ejercicio del derecho de reversión y su aplicación a propiedades militares.

El derecho de reversión es el que la Ley otorga a quienes fueron expropiados para recuperar sus bienes y derechos cuando se produzca la frustración de la causa expropiandi; salvo que concurran los supuestos de exclusión previstos en la Ley.

Se le denomina también reexpropiación, remisión de la expropiación o retrocesión, lo cual ya apunta a que el nuevo expediente que se trámite para devolver los bienes y derechos a sus primitivos dueños, las posiciones de expropiado y beneficiario, o Administración si no existiera tal, serán opuestas a las que ostentaban en el expediente expropiatorio, y a que la entrega de los bienes queda condicionada a la devolución del justo precio.

En definitiva, conviene señalar que la reversión es un derecho, de ejercicio potestativo para el expropiado, para hacer cesar los efectos y volver las cosas al estado anterior al momento de ser expropiado.

La Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, señala que este derecho viene a ser la plasmación de un *«principio de validez inconcusa según el cual, frustrándose por una u otra razón la obra o servicio que dio causa a la expropiación, deben remitir en todo lo posible al menos los efectos económicos de ésta»*.

Respecto del mismo ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

1º. Es un derecho de configuración legal. Carece de rango constitucional, al no haberse incluido por la Constitución entre los requisitos de la expropiación comprendidos en su artículo 33.3, limitándose a la concurrencia de causa justificada de utilidad pública o interés social, indemnización no necesariamente previa y conformidad a lo dispuesto en las leyes.

2º. Es un derecho autónomo, que no es continuación de un expediente expropiatorio anterior, lo que implica que su ejercicio quedará regulado por la normativa vigente al tiempo de ejercitarse. Por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999.

En este sentido, la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, ha previsto que lo señalado en la Disposición Adicional 5ª (que reforma los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa), no será de aplicación a aquellos bienes y derechos sobre los que a la entrada en vigor de la Ley, se hubiese presentado la solicitud de reversión.

El derecho de reversión, con esta Ley 38/1999, de 5 de noviembre, ha sido profundamente modificado. Ahora bien, la materia que se aborda en el presente trabajo, la imposibilidad de reversión y, consiguientemente, la indemnización sustitutoria por una indemnización pecuniaria, no se contempla en la nueva redacción de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF), permaneciendo en vigor el artículo 66.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (REF).

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre prevé la promulgación de una modificación de los artículos 64 a 70 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, pero por la Disposición Derogatoria Segunda siguen vigentes en cuanto no se opongan o resulten incompatibles con lo establecido en la Disposición Adicional Quinta.

Sin embargo, el plazo² establecido en la Disposición Final Tercera ha transcurrido sobradamente, lo que provoca, como se verá, graves problemas en cuanto a la cuantificación de la indemnización por imposibilidad de restitución al reversionista, al no establecer un criterio objetivo para su valoración y no determinar concretamente el procedimiento a utilizar para su fijación.

En el presente estudio se pretende describir los supuestos en los que opera esta indemnización sustitutoria, sus requisitos y procedimiento para su cuantificación, con apoyo doctrinal y jurisprudencial, con especial incidencia sobre propiedades militares.

II. REGULACIÓN

Declarada la procedencia del derecho de reversión, puede que se constate la imposibilidad de su ejercicio *in natura*, en cuyo caso ha de fijarse una indemnización sustitutoria de la reversión.

En este sentido, el artículo 66.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa establece: « *En los casos en que como consecuencia de una alteración indebida no fuere legalmente posible la reversión, se estará a lo previsto en el artículo 121 de la Ley, apartado 1, sin perjuicio de que se deduzcan las responsabilidades previstas en el mismo precepto*».

El artículo 121.1 de la LEF, contempla el derecho a indemnización de toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

² Seis meses, que ha de entenderse desde la entrada en vigor de la Disposición Adicional Quinta, por lo que el plazo concluyó el día 7 de mayo de 2000.

La regulación de la denominada «indemnización sustitutoria», sólo se contempla en este precepto reglamentario, sin que la nueva redacción de la LEF, ni la antigua, contemplen esta figura.

De ahí que algún autor³ haya puesto de manifiesto la falta de cobertura legal del mencionado precepto reglamentario. Por contra⁴, otros, consideran que el artículo 66.2 REF ha de estimarse vigente, según la Disposición Adicional Segunda.

1. FUNDAMENTO

El fundamento de la indemnización sustitutoria, según se desprende de la remisión contenida en el artículo 66.2 REF al artículo 121.1 de la LEF, es la responsabilidad patrimonial de la Administración⁵ por toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Esta responsabilidad patrimonial se traduce en la cobertura indemnizatoria de los daños que, alegados y probados oportunamente por el perjudicado, sean reales y efectivos, dado el contenido patrimonial del derecho de reversión.

De acuerdo con la jurisprudencia los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración son los siguientes:

- a) Realidad de un resultado dañoso (sentencias de 17 de diciembre de 1980 —R. J. Aranzadi 1980/4707), incluyéndose en el daño el lucro cesante (sentencia de 22 de diciembre de 1982— R. J. Aranzadi 1982/8088).

³ GIMENO FELIU, JM. *El derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa. Fundamentos y Condiciones de Ejercicio*. Ed. CIVITAS, 1996, pág. 160-161.

⁴ Vid. GALÁN GALÁN, A. «El Derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa. Estudio legislativo, doctrinal y jurisprudencial Lex Nova.2002, pág. 235; GONZALEZ PEREZ, J. «En comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación. Ed. CIVITAS. 2000, pág.558.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1989, Sala 3ª. Ed. Derecho. Ponente: Martínez Sanjuán Bendito. En esta sentencia se concluye que la Administración demandada (Ministerio de Educación y Ciencia), haciendo caso omiso de la prohibición establecida en el artículo 66.1 del REF —en claro funcionamiento anormal de los servicios públicos—, construyó sobre dichos terrenos diversos edificios destinados aun fin distinto de aquél para el que fueron expropiados, cual es el de la Universidad de Alicante; mas, estas construcciones así como la modificación experimentada por los terrenos a virtud de la instalación en ellos del Aeródromo de La Rabasa, originaron la imposibilidad de la reversión «in natura» de los terrenos expropiados.

- b) La antijuridicidad del daño o lesión, definida en la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1981 (R. J. Aranzadi 1981/449), al decir que la calificación de este concepto viene dada tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso.
- a) Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 (R. J. Aranzadi 1982/7936), y de 25 de febrero de 1981 (R. J. Aranzadi 1981/449), que al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refiere a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.
- b) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, y, a este respecto, la sentencia de 11 de noviembre de 1982 (R. J. Aranzadi 1982/7936), tiene declarado que el daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo esta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre la lesión patrimonial y el funcionamiento, no procediendo la indemnización si ha intervenido otra causa (sentencias de 20 (R. J. Aranzadi 1980/3758) y 17 de octubre de 1980 (R. J. Aranzadi 1980/1054).
- c) También es necesario que la reclamación se presente dentro del año siguiente al hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

2. CARÁCTER EXCEPCIONAL

La indemnización sustitutoria por imposibilidad de reversión constituye una excepción a la regla general de reversión del bien o derecho expropiados; lo contrario, el admitir la imposibilidad *in natura* como regla general, supondría hacer posible la recuperación del bien que fue objeto de la expropiación, y no simplemente en una compensación económica.

Este carácter excepcional es destacado por la doctrina⁶, y prueba de ello es que la Administración no puede optar entre la devolución del bien

⁶ Así, por ejemplo GIMENO FELIU, JM. El derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa ob.cit; y GALÁN GALÁN, A, El Derecho de Reversión... pág. 236.

y la indemnización si se dan los presupuestos o requisitos, que después veremos, para la determinación de la indemnización, como ha señalado el Tribunal Supremo (Sentencia de 7 de febrero de 1989. Ed. Derecho, 1130. Ponente: Martínez Sanjuán) cuando establece, «*sin que tampoco sea válida para obviarla la alegada indisponibilidad por los interesados de la reversión in natura para sustituirla mediante acuerdo por la indemnización prevista en el artículo 66.2*».

Para que proceda la indemnización sustitutoria es preciso, como después veremos, que se haya producido una alteración indebida, por ello, si la Administración precisa el bien para otros fines, deberá iniciar un nuevo procedimiento expropiatorio, o utilizar el nuevo artículo 54.2.a) de la LEF cambiando la afectación del bien con exclusión de la reversión.

Del mismo modo, tampoco puede reconocerse al reversionista la facultad de elegir libremente entre la devolución del bien y la indemnización sustitutoria, aunque sobre esta cuestión ALFREDO GALÁN GALÁN⁷ considera que, en los supuestos que una parte del bien sea de imposible devolución, el reversionista debería recibir una indemnización sustitutoria por la parte del bien que es imposible revertir, y recuperar materialmente la parte restante del mismo bien.

No obstante, sobre estos dos supuestos de elección por la Administración y el reversionista, concluye GALÁN, que al expropiado le queda siempre la posibilidad de no ejercitar el derecho de reversión sobre el bien o una parte del mismo si la estima antieconómica.

Ahora bien, puede suceder en la practica que ambas partes, de común acuerdo, decidan sustituir la devolución del bien por el pago de una indemnización, permitiendo a la Administración una utilización futura del bien para otra finalidad, y al reversionista recibir una cantidad de dinero por no interesarle recibir el bien.

III. PRESUPUESTO Y REQUISITOS DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTORIA.

3.1. PRESUPUESTO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTORIA

El presupuesto de la indemnización sustitutoria es que se haya reconocido el derecho de reversión⁸.

⁷ GALÁN GALÁN. A. op.cit, pág, 257.

⁸ Lo destaca muy bien GALÁN GALÁN. El Derecho de Reversión...,op. cit, pág.237.

No se puede pedir la indemnización sustitutoria sin pedir la reversión, pues entonces se estaría sustrayendo de la actuación administrativa la comprobación de las premisas de la misma.

En definitiva, si nos encontramos ante una indemnización sustitutoria del derecho de reversión, primero ha de solicitarse la reversión y examinarse si procede o no su reconocimiento.

Sobre la base de este presupuesto previo de la solicitud de reversión, la Sentencia de la Audiencia Nacional⁹ de 30 de junio de 2004 inadmitió el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto al tratarse de un acto no susceptible de impugnación por no haberse agotado la vía administrativa, e iniciar un procedimiento de reclamación de indemnización sin solicitar previamente la procedencia de la reversión.

Por ello, cualquier hipotético pronunciamiento acerca de la indemnización que pudiera pretenderse por imposibilidad de la restitución del bien, sólo puede hacerse en el marco de un procedimiento de reversión.

3.2. REQUISITOS DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTORIA

Los dos requisitos que han de concurrir para la procedencia de la indemnización sustitutoria son:¹⁰ La alteración indebida, y que como consecuencia de la misma «no fuere legalmente posible la reversión».

Estos dos requisitos, según se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1991, ha de concurrir acumulativamente.

a) Alteración Indebida

Sobre este primer requisito, ERNESTO GARCIA TREVIJANO GARNICA¹¹, entiende que debe considerarse indebidas las alteraciones carentes de estricta conexión con el fin que justificó la expropiación.

⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª. Ponente: Ilma. Sra. Isabel García García-Blanco).

¹⁰ Vid GALÁN GALÁN, «El Derecho de Reversión...», op. cit, pág.238; GIMENO FELIU, «El Derecho de Reversión. En la Ley de Expropiación Forzosa», op. cit. pág. 198, y GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, «El Derecho de Reversión en las Expropiaciones Urbanísticas». Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid nº 13.Enero-Febrero 2002.

¹¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E, «Sobre el alcance y efectos de la reversión expropiatoria, en Revista de Administración nº 112, 1987, pp.107-130.

En igual sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1991 (R. J. Ar. 9197)¹² afirma que por dichas alteraciones indebidas debe entenderse «*la realización en el inmueble expropiado de obras o servicios diversos de aquellos que justificaron la expropiación*».

Ahora bien, debe advertirse que, la reforma operada por la Ley 38/1999 admite que simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin público (artículo 54.2. a.)¹³, por lo que en tal supuesto no habrá indemnización al no haber nacido la reversión.

De donde se infiere que en el caso de que no se haya producido una alteración indebida y resulte imposible el reintegro del bien, no precede el reconocimiento de responsabilidad alguna, cosa que equivale a considerar que en estos supuestos el derecho de reversión no tiene contenido útil o eficaz y, por carecer de objeto, debe considerarse inexistente.

Este primer requisito es criticado por JESÚS GONZALEZ PEREZ¹⁴, el cual sólo hace depender la procedencia de la indemnización sustitutoria del requisito de la imposibilidad legal de la reversión, sin tener en cuenta sí la alteración es o no indebida.

Por ello, obliga a replantear el concepto de «alteración indebida», de modo que será indebida toda alteración que no guarde conexión con la *causa expropiando* y que se haya realizado sin respetar los requisitos del artículo 54.2 a) de la LEF.

b) Imposibilidad Legal de la Reversión

El segundo requisito que establece el artículo 66.2 del REF es que, como consecuencia de la alteración indebida, no sea legalmente posible la reversión.

El supuesto más común de que no se posible la devolución se produce cuando el bien forma parte del dominio público.

Así, la citada sentencia de 2 de diciembre de 1991 afirma que «*la norma no exige una imposibilidad material de la reversión sino una ine-*

¹² STS de 2 de diciembre de 1991 (R. J. Ar. 1991/9197).

¹³ El artículo 54.2.a) de la LEF tras la reforma de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, establece que» No habrá derecho de reversión, sin embargo: a) Cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social.»

¹⁴ GONZÁLEZ PÉREZ. J. «Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación». Editorial Civitas. Primera Edición. 2000. Pág. 563.

fectividad de carácter legal, es decir, de la que viene impedida los bienes de dominio público, cuando los bienes o terrenos expropiados se hallan afectados a una finalidad de uso o servicio público, que confiere a los bienes carácter demanial y que los convierte en legalmente indisponibles, por la regla jurídica de la inalienabilidad de los mismos», en el artículo 132 de la Constitución Española.

Esta inalienabilidad, nota común de los bienes demaniales imposibilita legalmente que el bien expropiado pueda ser transmitido al reversionista.

No obstante, como quiera que la redacción actual de la LEF —artículo 54.2.a— permite el nacimiento del derecho de reversión por el cambio de afectación del bien expropiado, tampoco nacerá la indemnización que la sustituya.

Por otro lado, y puesto que los bienes, se encuentran afectos a otros fines públicos, ello a su vez legitimaría el ejercicio del derecho expropiatorio de esos bienes una vez ejercitada la reversión, expropiación que daría lugar al abono del valor de los bienes más un 5% como premio de afección inherente a toda determinación del justiprecio por vía expropiatoria.

Esta posibilidad es apreciada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2005¹⁵, al señalar que los recurrentes habrían podido recuperar las fincas abonando su precio, pero debieran a su vez cederlas a la Administración por vía de actuación expropiatoria obteniendo una diferencia entre uno y otro valor del 5% del premio de afección.

De igual forma, y aunque el bien sea de titularidad privada, si estos bienes cumplen una función de interés social, como es el caso de las viviendas de protección social, no procederá la reversión, como ha reconocido el Tribunal Supremo en las sentencias de 12 de febrero de 1996 (R. J. Aranzadi 1070) y de 10 de marzo de 1997 (R. J. Aranzadi. 9197).

Otro supuesto de improcedencia de la reversión *in natura* que recoge la doctrina,¹⁶ es el de que los bienes hayan sido adquiridos por terceros de buena fe, si estos han de mantener su adquisición conforme al principio de fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La

¹⁵ STS de 6 de abril de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto). R. J. Aranzadi 2005/4178. Esta Sentencia versa sobre la estimación de la reversión solicitada por los recurrentes respecto de fincas sitas en Alcalá de Henares, una vez dictada Orden del Ministro del Aire en 1965 cerrando al tráfico aéreo la Base Aérea de Alcalá de Henares.

¹⁶ Así, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO. F. «El Derecho de reversión en las Expropiaciones Urbanísticas», ob. Cit. Pág. 16; y GALÁN GALÁN, El Derecho de Reversión..., ob cit., pag. 245.

Jurisprudencia también ha recogido este supuesto de imposibilidad *in natura*¹⁷.

En cualquier caso, a la vista de la nueva redacción del artículo 54.5, que exige la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de reversión para que se oponible frente a terceros, es previsible que la nueva regulación de los artículos 64 a 70 del REF, afectados por la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación, sea revisada profundamente en este aspecto.

Finalmente para GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO¹⁸ con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999 (R. J. Ar. 1999/5076. Ponente: Xiol Rios, Juan Antonio), cabe otro supuesto de imposibilidad de restitución *in natura*, cuando el objeto de la devolución es una parcela que tiene una extensión menor a la mínima para gozar de algún aprovechamiento.

En efecto, en esta sentencia se considera «imposible desde un punto de vista jurídico la reversión *in natura* del bien expropiado, puesto que la parcela mínima no es susceptible de aprovechamiento independiente y carecería de sentido la restitución al expropiado de una porción de suelo haciendo abstracción de que necesariamente ha de ser objeto de enajenación (en determinados supuestos, mediante expropiación forzosa) o de agregación a una parcela colindante para obtener el aprovechamiento urbanístico que dota de sentido a la propiedad de la misma».

En este sentido, el Auto de 8 de abril de 1992 (R.J.Ar. 2630)¹⁹ del Tribunal Supremo, considera como una de las circunstancias que determinan la imposibilidad de ejecución de una sentencia en la que se reconoce el derecho de reversión, en esta misma línea argumentativa, la escasa superficie de la parcela resultante»; a lo que añade que tampoco procede una indemnización sustitutoria, pues el artículo 66.2 REF exige para ello la existencia de una alteración indebida, «*de donde se infiere que en el caso de que no se haya producido una alteración indebida, como es el caso contemplado en estos autos, no procede el reconocimiento de responsabilidad alguna, cosa que equivale a considerar que en estos supuestos el derecho de reversión no tiene contenido útil y eficaz y, por carecer de*

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (R. J. Aranzadi. 1997/1751). Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Miguez.

¹⁸ Así, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO.F. «El derecho de Reversión en las Expropiaciones Urbanísticas», op. cit. Pág. 16.

¹⁹ (R. J. Ar 1992/2630). Auto del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Ponente: Excmo. Sr. Manuel Godez Miranda.

objeto, debe considerarse inexistente», toda vez que «el contenido patrimonial de lo que podría recibirse en reversión no sea propiamente el sobrante recuperado de un bien expropiado (único posible objeto de la expropiación según la definición del artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa), sino un valor económico consistente en el aprovechamiento urbanístico para cuya realización es menester perfeccionar operaciones de enajenación o adquisición de terrenos que suponen una novación sustancial de las características del objeto sobre el que directamente recaería la reversión».

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de noviembre de 2002²⁰, admite la posibilidad de que en la reversión de la Batería de San Pedro en A Coruña, donde falta por identificar algunas parcelas, según la resolución del Director Gerente de la Gerencia de Infraestructura de la Defensa de 17 de septiembre de 1997, pueda reconocerse el derecho de reversión, cuando hay acuerdo de las partes, sobre una parcela única de dimensiones equivalentes a la suma de las expropiadas, que se llevaría a cabo a través de un procedimiento convencional, al no existir impedimento legal, conforme al artículo 24 de la LEF y artículo 63 de su Reglamento.

Distinto de los supuestos anteriores, pero con referencia a la reversión, es el caso informado por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1364/2003, de fecha 26 de junio, sobre la revisión de oficio de la resolución de 19 de abril de 1995 del Director Gerente de la Gerencia de Infraestructura de la Defensa, por la que se reconoció el derecho de reversión de una parcela de 840 metros cuadrados de superficie situada en Tentegorra, término municipal de Cartagena (Murcia), al comprobarse una vez realizado el deslinde y replanteo de las parcelas que la superficie a revertir era menor (420 metros cuadrados), frente a los 840 que figuraban en la hoja de aprecio. Por la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa se acordó la incoación de un procedimiento de revisión de oficio, al entender que la anterior resolución constituía un acto de contenido imposible, al amparo del artículo 62.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El Consejo de Estado, consideró en el citado dictamen que la imposibilidad del contenido apunta más al aspecto material que al legal, de modo que es acto de contenido imposible el que no puede llevarse a cabo por oposición a las leyes físicas o aquel que carece de los presupuestos

²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de noviembre de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). Ponente: Excmo. Sr. Juan Ignacio González Escribano. R. J. Aranzadi 2003/144547.

básicos indispensables, e incardinó el supuesto planteado en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, sobre nulidad de pleno derecho de los actos administrativos «que tengan un contenido imposible», acordando la revisión de oficio de la resolución dictada.

IV. PROCEDIMIENTO Y CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

Sí como hemos señalado plantea dificultades la determinación de la imposibilidad, mayores problemas ofrece la de valorar la indemnización sustitutoria.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1991, la indemnización sustitutoria trae causa del principio constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (artículo 106 CE), aunque, hasta el momento, no se ha ofrecido, ni por la LEF, ni su Reglamento, ni tan siquiera por los Tribunales, un criterio claro para poder valorar la indemnización sustitutoria.

De hecho, hay autores²¹, que defienden la improcedencia del pago de una indemnización, al no ser posible revertir lo expropiado tampoco debe pagarse su valor.

No obstante, esta tesis choca con lo dispuesto normativamente en el artículo 66.2 del REF y con lo declarado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El Alto Tribunal ha rechazado expresamente que se pueda negar el contenido patrimonial del derecho de reversión porque recaiga actualmente sobre bienes pertenecientes al dominio público, por tanto, fuera del comercio, o bien que la indemnización se desvanezca porque el valor de los bienes a revertir se equivalente al precio que habría de pagar por ellos. De aceptarse estos argumentos, entiende el Tribunal Supremo «*se privaría de contenido práctico a la reversión si la Administración pudiera libremente disponer de los bienes referidos a través de mutaciones unilaterales a otros órganos de la Administración y ningún sentido tendría el artículo 66.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa*».²²

Además, añade el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 7 de febrero de 1989 que en cuanto al cálculo de la indemnización, no parece que pueda

²¹ GONZALEZ PEREZ. J. Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación, ob.cit, pág.563.

²² Así Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1989 (RJ Ar. 1989/1085) (Ponente: Excmo. Sr. Benito S. Martínez Sanjuán).

coincidir con el valor primitivo del bien pues la expropiación inicial se supone que fue válida, ni tampoco con el valor de lo expropiado al tiempo de solicitar la reversión pues éste sería el coste para los reversionistas pero no el valor de su derecho.

4.1. PROCEDIMIENTO

Hechas esta consideraciones, procede analizar cual es el procedimiento para determinar la indemnización sustitutoria o compensación económica por imposibilidad de reversión «*in natura*».

Para ello hemos de partir de la tan citada Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1989, en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto se expone que, «el procedimiento a utilizar para la fijación de la indemnización por imposibilidad de reversión no es el previsto en el Capítulo III del Título II de la LEF, por apartarse de lo establecido en el artículo 66.2 del REF, el cual remite a las previsiones del artículo 121 de la LEF, y, dicho precepto, a su vez, al 120 y éste a las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles, es decir, al procedimiento establecido en los artículos 112 y 113 todos ellos de la LEF».

Añade el Tribunal Supremo que para la cuantificación de la indemnización sustitutoria expresada, previamente habrá de intentarse un convenio por la Administración con los interesados-propietarios acerca del importe de la misma; a tal efecto deberá hacerse por el representante de la Administración la oferta de la cantidad que se considere ajustada al caso, concediéndose a los interesados el plazo de diez días para que conteste lisa y llanamente si acepta o rehúsa la expresada oferta; en el caso de aceptase expresamente la oferta, o de no contestar en dicho plazo, se hará el pago o consignación de la cantidad ofrecida; en el supuesto de que se rechace expresamente la oferta; las partes elevarán al Jurado de Expropiación correspondiente sus tasaciones fundadas, el cual habrá de resolver con carácter ejecutorio en el plazo de diez días, siguiendo los trámites establecidos en los artículos 34 y siguientes de la LEF.

Ahora bien, tal doctrina debe entenderse en el contexto normativo en que se dictó, toda vez que el propio Tribunal Supremo²³ en la Sentencia de 17 de junio de 2002, ha establecido que «*lo que no es jurídicamente correcto es establecer que esa indemnización haya de fijarla el Jurado, ya*

²³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo. Sección 6ª), de 17 de junio de 2002 (R.J. Ar 2002/7600) (Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro).

que ahora no estamos ya ante una reversión sino ante una responsabilidad extracontractual por no ser posible aquella».

En efecto, dos son los cometidos que la legislación sobre expropiación forzosa atribuye a los Jurados Provinciales de Expropiación:

- 1) La determinación del justiprecio de los bienes y derechos objeto de expropiación en los casos de discrepancia entre la Administración expropiante o el beneficiario de la expropiación, por una parte, y el propietario del bien o titular del derecho expropiado, por otra; así resulta de las previsiones establecidas en el Capítulo III del Título II de la LEF u, más en concreto, del artículo 34 de dicho Texto Legal, según el cual « *el Jurado de Expropiación, a la vista de las hojas de aprecio formuladas por los propietarios y por la Administración decidirá ejecutoriamente sobre el justo precio que corresponde a los bienes o derechos objeto de la expropiación*»; y
- 2) La determinación, igualmente en los casos de discrepancia entre la Administración o el beneficiario de la expropiación (o causahabiente) al que se le hubiera reconocido el derecho de reversión, del valor del bien objeto de dicho derecho, a fin de fijar la cantidad que el reversionista deba abonar a la Administración (o al beneficiario de la expropiación) para poder readquirir el bien que le fue expropiado en su día; así resulta igualmente de las previsiones establecidas en el Capítulo III Título II de la LEF a las que expresamente se remite el artículo 68 del REF, según el cual, « *declarada la reversión a favor de determinada persona procederá de oficio a la valoración de los bienes o derecho objeto de la misma, con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo III, Título II, de la Ley y a las disposiciones concordantes de este Reglamento. En el caso previsto en el artículo 54 de la Ley tan sólo intervendrá el Jurado de Expropiación si no hubiese acuerdo entre el beneficiario de la expropiación y los que hubiesen promovido la reversión acerca de las mejoras realizadas o de los daños producidos*».

Pues bien, circunscritas exclusivamente las funciones del Jurado Provincial de Expropiación a las indicadas, no corresponde a dicho órgano, siendo por tanto, ajena a su competencia, la fijación o determinación del importe de la indemnización que proceda por los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado a quien, ostentando la condición de reversionista, no pueda, sin embargo, obtener la reversión «in natura» por la causa prevista en el artículo 66.2 del REF.

En efecto, a parte de no existir en la LEF ni en el Reglamento para su ejecución ninguna previsión normativa que atribuya al Jurado provincial la

función de fijar la citada indemnización, tampoco es posible deducir de la interpretación de uno y otro Texto la atribución de se cometido al Jurado, si se tiene en cuenta, por una parte, el hecho de que, como se ha dicho, las funciones del Jurado se limitan únicamente a las antes señaladas y, por otra parte, la circunstancia de que la indemnización de daños y perjuicios que se anuda al supuesto que contempla el artículo 66.2 del REF presupone, y éste es su adecuado encaje, un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración, como lo prueba la remisión del citado precepto reglamentario al artículo 121, apartado 1º de la Ley de Expropiación Forzosa, precedente del actual artículo 139 de la Ley 30/1992, de 2 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, regulador de aquélla responsabilidad.

En consecuencia, correspondiendo la indemnización de que se trata a un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, el reconocimiento del derecho al resarcimiento y la cuantificación del mismo ha de efectuarse en el procedimiento actualmente establecido en el artículo 142 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y desarrollado por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, procedimiento en el que no tiene intervención el Jurado Provincial de Expropiación.

Ahora bien, si esa imposibilidad de revertir se produjera en el seno de un proceso judicial, en el que se ha reconocido el derecho de reversión, el trámite procedimental adecuado es el de abrir el correspondiente incidente de ejecución previsto en el artículo 105 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al concurrir causa de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia, en cuyo caso, el órgano administrativo obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del presentante procesal de la Administración, a fin de que con audiencia de las partes, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor eficacia de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.

Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2006²⁴, en la que reconoció el derecho de reversión de la finca expro-

²⁴ STS de 14 de marzo de 2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Ponente: Excmo. SR. D. Octavio Juan Herrero Pina. (R. J. Aranzadi 2006/109706).

piada en su día por el entonces Ministerio del Aire, para ampliar el Aeródromo de Jerez de la Frontera, denominada «Parte de la Dehesa de la Parra», y siendo notoria la imposibilidad de que los terrenos reviertan a sus antiguos propietarios, porque el aeropuerto está en pleno funcionamiento, una vez que fue vendido por la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (GIED) en febrero de 2000 a AENA.

Expuesto el procedimiento y la incompetencia del Jurado Provincial de Expropiación para fijar la indemnización sustitutoria, ha de concluirse que, en cualquier caso, la remisión que hace el artículo 66.2 del REF debe entenderse ahora a la regulación vigente en materia de responsabilidad patrimonial, es decir, los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, que la modifica, y el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial citado, que derogó el Capítulo II, del Título IV del REF, conforme a su Disposición Derogatoria Única.

En este sentido, y para refrendar esta conclusión, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005²⁵, sobre el reconocimiento del derecho de reversión sobre la parcela núm 1 de la finca núm. 117 de la Base Militar «Héroes de Revellín», en Agoncillo, La Rioja, y la indemnización de daños y perjuicios sustitutiva del mismo por haber destinado la Administración los bienes expropiados a una finalidad pública distinta (la construcción de un aeropuerto civil) a aquella que motivo la expropiación (la instalación de una base militar).

Esta sentencia concreta el procedimiento a seguir. Dice así su Fundamento de Derecho 5º:

«Volviendo al contenido del artículo 54 LEF, y una vez que quedó sentado que se había producido la desaparición de la afectación de los bienes, es claro que nació el derecho de reversión recogido en el artículo 55 de la propia norma a ejercer el derecho de reversión sobre los bienes expropiados abonando a la Administración su justo precio en los términos que fija el primero de los preceptos citados, es decir, satisfaciendo el valor que tenga la finca en el momento en que se solicite su recuperación, siguiendo para ello el procedimiento establecido en el capítulo tercero del título segundo de esta Ley.

²⁵ STS de 25 de enero de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García. (R. J. Aranzadi 2005/1622).

Para ello la Administración expropiante, a saber, el Ministerio de Defensa, y, más en concreto, el Organismo Autónomo de carácter administrativo creado por la Ley 28/1984 bajo la denominación de Gerencia de Infraestructura, hoy Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, regido por el RD 1687/2000, de 6 de octubre, deberá seguir el procedimiento dispuesto en los artículos 29 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa y 68 de su Reglamento hasta concluir el mismo, fijando el justo precio de los bienes desafectados y cuyo derecho de reversión reconoció a los demandantes en la instancia mediante el Acuerdo de veintinueve de abril de mil novecientos noventa y nueve.

Para el supuesto que fijado el justo precio de los bienes desafectados el derecho de reversión resultase de imposible ejercicio para los recurrentes, tal y como invoca la administración, porque se hubiera producido el excepcional supuesto al que se refiere el apartado segundo del art. 66 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, decreto de veintiséis de abril de mil novecientos cincuenta y siete, cuando afirma que «en los casos en que como consecuencia de una alteración indebida no fuere legalmente posible la reversión, se estará a lo previsto en el art. 121 de la Ley, apartado 1º, sin perjuicio de que se deduzcan las responsabilidades previstas en le mismo precepto», se procederá a indemnizar a los recurrentes de conformidad con lo establecido en la Ley de Expropiación Forzosa y en la Ley 30/1992, artículos 139 y siguientes y el Real Decreto 429/1993, de 26 de abril, que derogó el capítulo II del Título IV del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa.

En ese supuesto, y admitido que se produjo un funcionamiento anormal de la Administración Pública que desconoció el derecho de reversión de los recurrentes y dispuso de los bienes desafectados en beneficio de la Comunidad Autónoma de La Rioja que los adquirió para el cumplimiento de sus fines propios, es evidente que se produjo un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en el patrimonio de los recurrentes al privárseles del ejercicio del derecho de reversión del que eran titulares, como la propia Administración del Estado reconoció en su decisión de veintinueve de abril de mil novecientos noventa y nueve, que habrá de ser indemnizado».

4.2. VALORACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTORIA.

Antes de examinar cuál haya de ser la indemnización sustitutoria, conviene describir los diferentes sistemas de fijación del precio de la reversión porque van a tener repercusión sobre la indemnización sustitutoria por imposibilidad de reversión.

En relación con la indemnización reversional, como hemos descrito al hablar de la reversión, la Ley de Expropiación Forzosa de 1879 adoptó un sistema estático consistente en la misma suma que hubiera recibido o que proporcionalmente corresponda por la parcela.

La reforma de 1918 se inclinó por el valor real del bien en el momento de ser recuperado como sistema de actualización, y ello fijado de la forma que la ley establecía para el justiprecio expropiado.

La ley de 1954, en su redacción inicial, establecía un sistema mixto, así hasta dos años el reversionista debía abonar el justiprecio expropiado recibido y pasado dicho plazo, así como cuando existían mejoras o daños, se procedía a la retasación del bien aplicándose el mismo criterio y procedimiento establecido para la fijación del justiprecio expropiatorio, con intervención del Jurado provincial de Expropiación Forzosa en defecto de acuerdo entre las partes.

La legislación hoy vigente, el actual artículo 55 LEF en la redacción dada por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, acoge un sistema de actualización sencillo y ágil por el que el reversionista debe abonar el justo precio en su día recibido actualizado con el IPC que haya tenido lugar entre la fecha de iniciación del expediente de justiprecio y la del ejercicio del derecho de reversión, por lo que tenemos una determinación «ex lege» del precio de la reversión.

- Respecto de la reversión en materia urbanística, es necesario traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2005²⁶, donde tras señalar que puesto que el aprovechamiento refleja el contenido urbanístico del derecho de propiedad, resulta correcto referir el derecho de reversión a la recuperación de ese aprovechamiento, por cambio del mismo derivado de una alteración del uso para que se expropia; pero al ser imposible la reversión de los terrenos, por haber sido afectadas por la actuación urbanizadora posterior de la administración, «la indemnización se cuantificará en la diferencia que exista entre la valoración de dicho

²⁶ STS de 4 de julio de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. Ponente: Excmo. Sr Agustín Puente Prieto). R. J. Aranzadi 2005/7086.

aprovechamiento en la fecha en que solicitó el derecho de reversión, y la fecha en que se determine la imposibilidad de la reversión. A dicha indemnización deberá añadirse, además, el valor que corresponda a la diferencia entre el aprovechamiento medio correspondiente a los terrenos en la fecha de la expropiación inicial y el correspondiente a los mismos según el planeamiento vigente al solicitarse la reversión».

Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal Supremo considera que de la misma forma que el expropiado fue privado de la propiedad de su parcela, asignándole a efectos de determinar el justiprecio la valoración en función del aprovechamiento medio correspondiente al del total sector o área de actuación para hacer posible la efectiva equitativa distribución de beneficios y cargas del planeamiento, nada impide que la reversión, que en principio atribuye a su titular el derecho a recuperar los mismos bienes de que fue originariamente privado, se traduzca en la recuperación del aprovechamiento que constituye, en definitiva, el contenido urbanístico del derecho de propiedad; consideración ésta que ha tenido acogida en el derecho positivo en el artículo 60 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Comunidad Valenciana, que regula la actuación urbanística en esa comunidad autónoma y que define expresamente el aprovechamiento subjetivo como «la cantidad de metros cuadrados edificables que expresan el contenido urbanístico lucrativo del derecho de propiedad de sus terrenos, al que su dueño tendría derecho sufragando el coste de las obras de urbanización que le corresponda. El aprovechamiento subjetivo —añade ese precepto— es el porcentaje del aprovechamiento tipo que, para cada caso, determina el Texto Refundido aprobado por Real Decreto 1/1992, de 26 de junio.

Para el caso de no ser posible dicha reversión, en la expresada sentencia el Tribunal Supremo establece el reconocimiento del derecho a la percepción de una indemnización que se cuantificará en la diferencia que exista entre la valoración de dicho aprovechamiento en la fecha en que solicitó el derecho de reversión, y la fecha en que se determine la imposibilidad de la reversión. A dicha indemnización deberá añadirse, además, el valor que corresponda a la diferencia entre el aprovechamiento medio correspondiente a los terrenos en la fecha de la expropiación inicial y el correspondiente a los mismos según el planeamiento vigente al solicitarse la reversión.

Ahora bien, problema distinto, y que la tan comentada Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1989 deja sin respuesta, es la cuantificación de dicha indemnización sustitutoria.

Doctrinalmente se han mantenido distintos criterios sobre la indemnización que debe fijarse en los supuestos de imposibilidad in natura de restitución del bien.

Así, GIMENO FELIU²⁷ sostiene que «como regla general la indemnización sustitutoria a fijarse por esta causa por el órgano administrativo competente, en su caso, por el Tribunal, debería ser en gran medida simbólica».

Este mismo criterio es sostenido por GALÁN GALÁN²⁸, al considerar en principio que todo lo concerniente a la indemnización sustitutoria debe ser objeto de interpretación restrictiva, dada su naturaleza excepcional. El reversionista debe contentarse exclusivamente con una indemnización que le resarza el perjuicio sufrido realmente y no por expectativas frustradas. Evidentemente, corresponde al reversionista la carga de probar la existencia de esos perjuicios.

En contra, a de señalarse que, si en los supuestos en los que la utilización del bien o derecho impida la reversión *in natura* no se reconociese derecho de indemnización alguno, resultaría que el derecho de reversión no tendría virtualidad práctica, porque el expropiante o el beneficiario de la expropiación podría eliminarlo simplemente realizando cualquier alteración del bien o derecho que hiciera imposible después la reversión, sin sufrir, como contrapartida, ninguna consecuencia patrimonial.

Por su parte OLEA GODOY²⁹, señala que a falta de una verdadera lesión patrimonial, pues se deja de recibir el bien pero también se deja de pagar su precio, la indemnización sustitutoria vendría concretada en la afección hacia la cosa expropiada. Afección que el artículo 47 de la LEF cuantifica en el 5% del valor del bien.

Este criterio es sostenido por las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de octubre de 1998 (Ed. Derecho 1998/35322)³⁰ y de 29 de marzo de 2000 (R. J. Ar. 2000/2145).

En la primera de ellas, se afirma, respecto de la cuantificación de la indemnización por ni ser posible la reversión «*in natura*» que: «pudiera pensarse que ha de ser el equivalente al valor real del bien expropiado en el momento de la solicitud de la reversión, pero ha de tenerse en cuenta que éste es el valor que tendría que abonar al expropiado para recuperar el bien que fue de su propiedad, y que posteriormente, al tratarse de una finca que ha sufrido una mutación demanial, debe permanecer en el patrimonio público, lo que daría lugar a que la Administración, simultáneamente, abo-

²⁷ GIMENO FELIU. J. M. op. cit. Pág. 203.

²⁸ GALÁN GALÁN. A. op. cit. Pág. 253.

²⁹ OLEA GODOY. W. «Mutaciones de la causa expropiando», Cuadernos de Derecho Judicial, núm 19. Consejo General del Poder Judicial, 1992, pág. 80.

³⁰ STS Madrid de 23 de octubre de 1999. Ponente: José Luis López-Muñiz Goñi.

nara al reversionista la misma cantidad que éste había pagado para recuperar el bien.

En el supuesto de que el expropiado pretendiera percibir el valor del bien expropiado, se produciría un enriquecimiento injusto por su parte, ya que se trata de indemnizar un perjuicio económico concreto, sufrido realmente y que debiera probarse, y no una expectativa frustrada. El Tribunal Supremo ha venido admitiendo, como elemento a tener en cuenta, que en este caso, lo que el reversionista ha perdido no es el valor de la finca, sino que la misma no ha llegado a entrar en su patrimonio, para lo cual, debería haber abonado el valor real en el momento de la petición de reversión, siendo esta indemnización, salvo prueba en contrario, equivalente al premio de afección por la no recuperación del bien expropiado».

En la última sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, antes citada, se señala que:

«Se ha seguido este criterio de valorar la indemnización mediante el cálculo del premio de afección, por la sencilla razón de que es el único que resulta de la aplicación de la Ley de Expropiación Forzosa. Otros criterios diferentes, como el propuesto por la actora, carecen de apoyo legal, a parte de que pueden suponer un enriquecimiento sin causa para el reversionista, pues parten de la idea (errónea) de que precios de los terrenos posteriores al momento en que se pidió la reversión pueden ser considerados a efectos de entender como efectiva y evaluable económicamente la lesión a indemnizar. Los precios de los terrenos posteriores a la fecha en que se solicitó la reversión son irrelevantes por existir un precio cierto entonces (diciembre de 1983), que debe ser el que ha de tenerse en cuenta para calcular la indemnización». «La antijuridicidad objetiva que es la base de responsabilidad patrimonial no fundamenta tampoco en absoluto un supuesto «castigo» a la Administración expropiante consistente en obligarle a indemnizar al reversionista con una cantidad equivalente al incremento del valor de los terrenos posteriormente a dicho momento». «Téngase en cuenta que el premio de afección es por definición la indemnización específica contemplada precisamente en razón de la desafectación de que el propietario ha sido objeto. Y el reversionista a quien se le ha imposibilitado revertir, tendrá derecho a una indemnización — artículo 66.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa — equivalente precisamente al valor de ese premio de afección referido al día en que solicitó legítimamente la reversión».

En igual sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en su dictamen de fecha 23 de octubre de 2003, relativo al expediente de responsabilidad patrimonial referente a la Base Militar «Héroes de Revellín» en Agoncillo (La Rioja),³¹ en donde señala que para evitar el enriquecimiento injusto de los interesados, lo cuales no han acreditado la concurrencia de otros perjuicios, y de acuerdo con abundante jurisprudencia, fija la indemnización sustitutoria en el premio de afección, calculado en el 5% del valor real de los bienes objeto de reversión en el momento en que ésta fue solicitada.

Esta misma argumentación se ha reiterado en el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de septiembre de 2005 (Expediente núm. 1150/2005), sobre el expediente incoado de oficio por el Director Gerente de la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, como consecuencia de la imposibilidad material de revertir 105 metros cuadrados de la fina denominada «Base de Transmisiones de S'Enclusa», en Ferrerías, Menoría (Baleares), «al no poder ser partidas las edificaciones en atención a los linderos existentes en la superficie sobre la que se construyeron, y que son objeto de reversión».

Incluso el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de abril de 2005³², al estimar la casación contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestimó el recurso formulado contra la Resolución del Ministerio de Defensa de 5 de mayo de 1997 que denegó el derecho de reversión respecto de fincas sitas en el término municipal de Alcalá de Henares, reconoce para el supuesto de que dicha reversión no fuera posible, reconocer el derecho a una indemnización cuya cuantificación se realizará en ejecución de sentencia, partiendo del valor que tengan los bienes en la fecha de esta sentencia y señalando la cantidad a satisfacer a los recurrentes como indemnización por la privación de su derecho de reversión en el 5% del mencionado valor, toda vez que así se cumple, sigue diciendo el Alto Tribunal, la obligación de plena indemnidad resultante de la privación del derecho de reversión sustituido, en el presente caso y cuando proceda, por una indemnización de daños y perjuicios.

³¹ En este Dictamen del Consejo de Estado (Expediente núm. 2607/2003. Defensa) de fecha 23 de octubre de 2003, se analiza el expediente de responsabilidad patrimonial relativo a la base Militar «Héroes de Revellín», en Agoncillo (La Rioja), como consecuencia de la Resolución del Director Gerente de la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa de 16 de enero de 2003, por la que se acordó iniciar de oficio un expediente de responsabilidad patrimonial por imposibilidad material de revertir.

³² STS de 6 de abril de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto. R. J.. Aranzadi 2005/4178.

En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2005³³, sobre la reversión por sobrante para la realización de viario, estableció este porcentaje del 5%, al que añadió el 20% de dicho justiprecio, al señalar que:

«debe reconocerse el derecho de reversión de la recurrente previo pago del justo precio correspondiente, y en el supuesto de que la reversión no resultara posible la misma deberá ser sustituida por una indemnización a favor de los mismos cuya cuantificación, que se realizará en ejecución de sentencia, se fija, habida cuenta que el recurrente para hacer efectiva la reversión debería abonar el justo precio correspondiente, en el 5% del justiprecio que como premio de afección debería abonar el Ayuntamiento en el caso de que éste volviera a expropiar, más el 20% de dicho justiprecio.»

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2005³⁴, sobre la expropiación de las Islas de Ons la Mayor y Onza la Menor de la Ría de Pontevedra por el Ministerio del Ejército en el año 1941, desafectadas del fin de la defensa nacional y afectadas al Ministerio de Agricultura por Orden del Ministerio de Hacienda en 1964, tras reconocer el derecho de reversión a favor de la Sociedad «Isla de Ons SL», declara que al no ser posible la reversión in natura al estar afectada u otro fin público, cabe reconocer el derecho a una indemnización que partiendo del valor que tengan los bienes en la fecha de esta sentencia y señalando la cantidad a satisfacer a los recurrentes como indemnización por la privación de su derecho de reversión en el 5% como premio de afección. Quiere decirse, en definitiva que, así como los recurrentes habrían podido recuperar las fincas abonando su precio, debieran a su vez cederlas a la Administración por vía de actuación expropiatoria obteniendo una diferencia entre uno y otro valor del 5% de premio de afección.

En otras ocasiones, el propio Tribunal Supremo³⁵ ha establecido que al resultar imposible la reversión «in natura» del suelo, la indemnización debe venir representada por el justiprecio actualizado descontado el que ya recibieron.

³³ STS de 11 de octubre de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martín. (R. J. Aranzadi 2006/727).

³⁴ STS de 21 de noviembre de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Ponente: Excmo. Sra. Dª. Margarita Robles Fernández. (R. J. Aranzadi 2006/104162).

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate. (R. J. Aranzadi 2002/8469).

Esta sentencia, en su parte dispositiva señala cuales son las bases para fijar la correspondiente indemnización. Parte del precio urbanístico que el suelo expropiado tuviese al momento de la solicitud de indemnización, con arreglo al valor de repercusión del suelo en esa fecha mediante el empleo del método residual, partiendo de los valores de mercado. Del valor así obtenido se deducirá el justiprecio pagado en su día a los propietarios expropiados, y la cantidad resultante se incrementará con el interés legal del dinero desde la fecha de la solicitud hasta su completo pago.

En todo caso, una pretensión indemnizatoria, relativa al precio correspondiente al actual valor de mercado de los terrenos expropiados, carece de cualquier fundamento, como ya reconoció el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 7 de febrero de 1989, al señalar textualmente que «ha de revocarse la sentencia apelada en el particular del fallo de la misma, cuando alude a la fijación de la cantidad resultante en «la diferencia entre el valor de dichos terrenos en marzo de 1975 fijado conforme a lo dispuesto en el capítulo III, título II, de la Ley de Expropiación Forzosa, y el valor de los mismos en el momento en que la Administración proceda a iniciar, en ejecución de aquella sentencia, el adecuado expediente de justiprecio a determinar también conforme al capítulo II, título II de la Ley de Expropiación», por cuanto « en primer lugar se ha de tener en cuenta que el expresado procedimiento, amén de no tener apoyo normativo concreto en la citada ley o en su reglamento se aparta del contenido del artículo 66.2 del reglamento aludido, el cual remite a las previsiones del artículo 121 de la Ley y, dicho precepto, a su vez, al 120 y éste a su vez a las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles, es decir, al procedimiento establecido en los artículo 112 y 113 todos ellos de la LEF».

Finalmente, GARCIA DE ENTERRÍA³⁶, considera que en el importe del premio de afección más, en su caso, el de la reevaluación del justo precio originario, está la cuantía mínima de la indemnización sustitutoria.

En parecidos términos se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2002 (R.J. Ar. 2002/7600)³⁷, al afirmar que no siendo posible la reversión de los bienes expropiados, se procederá «a la actualización de la cantidad que como indemnización expropiatoria

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. R. Curso de Derecho Administrativo. Vol.II Ed. Cívitas. Segunda Edición. Pág. 299.

³⁷ (R. J. Ar. 2002/7600). STS. Sal de lo Contencioso-Administrativo. Sección 6ª. Ponente. Excmo. Sr. Francisco González Navarro.

recibieron en su día los expropiados o sus causahabientes, que se verificará conforme a la evolución del índice de precios al consumo en el periodo comprendido entre la fecha de la iniciación del expediente de justiprecio y aquella en que se ejerció el derecho de reversión y, una vez obtenido este dato, y para que la indemnización pueda ser real y efectiva, no meramente simbólica, y en ningún caso negativa, habrá de operarse como se significa en diferentes sentencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, en las de 11 de noviembre de 1993 —RJ Ar. 1993/8202³⁸—, 8 de noviembre de 1995 – RJAR. 1995/9958³⁹—, 27 de diciembre de 1999 –RJAR. 2000/897 ⁴⁰—, 4 de marzo de 2000 –RJAr. 2000/2456⁴¹—, 27 de enero de 2001 —RJAr. 2001/1362⁴²—, y de 8 de junio de 2002 —RJAr. 2002/6139⁴³—, girando un porcentaje del 25% sobre la cantidad resultante».

Ahora bien, distinto criterio se ha seguido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005⁴⁴, que al resolver el recurso de casación 1067/2001, sobre una reversión de una finca de la Base Militar «Héroes de Revellín», en Agoncillo (La Rioja), establece para el supuesto de que fijado el justo precio, el derecho de reversión no pueda ejercerse por los recurrentes por resultar imposible la reversión *in natura* de los bienes sobre los que se produce el derecho de reversión, la indemnización en concepto de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración será del 25% de la suma en que se haya fijado el justo precio de los bienes desafectados, más el 5% de afección sobre el justo precio fijado, cantidad que devengará los intereses correspondientes desde la fecha de la solicitud de la reversión hasta su total pago.

³⁸ (R. J. Ar. 1993/8202). STS. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 6ª. Ponente: Excmo. Sr. Francisco José Hernando Santiago.

³⁹ (R. J. Ar. 1995/9958). STS. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 6ª. Ponente: Excmo. Sr. Luis Tejada González.

⁴⁰ (R. J. Ar. 2000/897). STS. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 6ª. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate.

⁴¹ (R. J. Ar. 2000/2456). STS. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 6ª. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate.

⁴² (R. J. Ar. 2001/1362). STS. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 6ª. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate.

⁴³ (R. J. Ar. 2002/6139). STS. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 6ª. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García. (R. J. Aranzadi 2005/1622).

En mi opinión, en estos casos no debería añadirse la partida por el premio de afección, porque el expropiado no hubiera readquirido en ningún caso el bien, ya que la afectación del bien o derecho a un fin de utilidad pública o interés social, aun distinto del que motivó la expropiación, impide el nacimiento del derecho de reversión.

Estos criterios de reevaluación del justo precio son los que han sido asumidos por el nuevo artículo 55.1 de la LEF en la redacción dada al mismo por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en el que para fijar el justiprecio de la reversión, se exige actualizar la cantidad que como indemnización expropiatoria recibió el expropiado, con el IPC, calculado en el período comprendido entre la fecha de iniciación del expediente de justiprecio y la del ejercicio del derecho de reversión.

No obstante, si bien esta doctrina, con el apoyo jurisprudencial reseñado de aplicación analógica del nuevo artículo 55.1 de la LEF para fijar el justiprecio de la reversión, pudiera servir para calcular el valor de la indemnización expropiatoria, lo cierto es que la reforma no determina criterio alguno para cuantificar la indemnización sustitutoria por imposibilidad de restitución al reversionista, en el que se fije un porcentaje del valor de tasación de la reversión, por lo que pudiera aprovecharse la adaptación de el artículo 64 a 70 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, exigida en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, para proporcionar un criterio objetivo de cuantificación de la indemnización sustitutoria; y no como hasta ahora, en que los Tribunales fijan en unos casos el 5% y en otros el 25% de la cantidad resultante, sin especificar el criterio para aplicar uno u otro, y sin que la fijación de este porcentaje responda a criterio legal alguno.

En todo caso, el momento de la valoración del pago de la indemnización sustitutoria debe ser la fecha de la reclamación de la reversión y desde ese momento comienza a devengarse los intereses, al igual que sucede con el régimen de la responsabilidad patrimonial.

De acuerdo con lo expuesto, y a efectos de fijación del conjunto de intereses, no son aplicables los artículos 56 y 57 de la Ley de Expropiación Forzosa porque la indemnización sobre cuya cuantía se reclamen los intereses no es la correspondiente por expropiación de la finca o justiprecio a que se refieren dichos preceptos, y tratándose de una indemnización de daños y perjuicios, los intereses se deben desde que se concreta la indemnización, y hasta su abono conforme al artículo 1180 del Código Civil.

V. CONCLUSIONES

El efecto principal del ejercicio del derecho de reversión expropiatoria es la devolución del bien por parte del beneficiario al reversionista.

La nueva redacción dada al artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa por la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación, produce una consecuencia fundamental en la reforma del régimen de la reversión, cual es la práctica eliminación de este derecho, en el supuesto de la desafectación, sobre todo en propiedades militares de antigüedad superior a la década, habida cuenta de la brevedad del plazo de diez años para la extinción del derecho de reversión, cuando el bien haya sido destinado al fin o utilidad pública para el que fue expropiado, o cualquier otro declarado de utilidad pública o interés social, frente a la vidente desproporción, si no injusticia, del texto reformado, en el que el tiempo era ilimitado, siendo los reversionistas o sus causahabientes favorecidos con la lotería que suponía que una propiedad adquirida por el Estado medio siglo antes fuera a ser introducida en el mercado inmobiliario.

No obstante, ha de concluirse, sin embargo, que la brevedad del plazo es evidentemente favorecedora a los intereses de la Administración.

Dicha reforma, aunque con ciertos matices diferenciales, responde a idénticos criterios que los establecidos para las expropiaciones urbanísticas en el artículo 49 de la LRSV, y ya antes en la legislación urbanística estatal de 1990-1992.

Por el contrario, desde un punto de vista de la corrección de la técnica legislativa empleada, el profesor Alfredo Galán Galán⁴⁵ critica que una modificación tan importante y de tan vasto alcance se lleve a cabo a través de una disposición adicional que, además, se integra en una ley sectorial. Lo suyo, concluye el citado autor, habría sido aprobar una ley cuyo contenido hubiera sido específicamente modificar los artículos de la LEF, reguladores de la reversión.

La reforma introduce una importante dosis de seguridad jurídica, frente a la contradicción formal de la excepción del principio de tercero hipotecario antes regulada por norma de carácter reglamentario, posibilitando la inscripción registral del derecho de reversión, aunque no determina nada sobre la prelación en las propiedades que estuvieran en tramitación y que traían causa de la legislación anterior.

⁴⁵ Galán Galán. A. ob. Cit. Pág. 42 y 43.

Para confirmar esta afirmación permítaseme reproducir las palabras de la profesora Marta Lora-Tamayo Vallvé⁴⁶, al afirmar que la nueva regulación de la reversión supone un verdadero avance con respecto a la legislación expropiatoria anterior, ya que permite la extensión del interés social o la utilidad pública, permitiendo este cambio de afectaciones sin que sea preciso una nueva expropiación. Y supone, por otra parte, la unificación de regímenes con respecto a la legislación urbanística que desde la Ley 8/1990 era más estricta, creándose un nuevo agravio comparativo. De tal forma que si la Ley 8/90 pretendió la unificación de la legislación expropiatoria en cuanto a las valoraciones urbanísticas, creaba al mismo tiempo una nueva dualidad en cuanto al ejercicio del derecho de reversión, ya que las expropiaciones no urbanísticas tenían una mayor posibilidad o margen de actuación del propietario expropiado para ejercer posteriormente el derecho de reversión frente aquellos que hubieran sido expropiados por causas urbanísticas.

Para la determinación del precio de la reversión, ya no es necesario proceder a una nueva valoración del bien expropiado, sino que basta con actualizar la cantidad que se pagó al reversionista en el momento en que fue expropiado. Esto ha supuesto una enorme simplificación en la operación de determinación del precio de la reversión, a través del cálculo del IPC; sin perjuicio, de las excepciones previstas en el apartado 2º del art. 55 LEF, en las que es necesario realizar una nueva valoración del bien expropiado.

Ahora bien, declarada la procedencia del derecho de reversión, puede que se constate la imposibilidad de su ejercicio *in natura*, en cuyo caso ha de fijarse una indemnización sustitutoria de la reversión, que trae causa del principio constitucional de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Esta posibilidad exige la presencia de dos requisitos exigidos por el artículo 66.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa —alteración indebida e imposibilidad legal de la reversión—, que deben ser interpretados restrictivamente, a fin de que la misma no se convierta en una alternativa que busque la Administración o el reversionista.

El reconocimiento y cuantificación de la indemnización sustitutoria debe efectuarse a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial, es decir, los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedi-

⁴⁶ Lora-Tamayo Vallvé, Marta. Profesora titular de la UNED, en <http://www.arquitectura-técnica.com>.

miento Administrativo Común, y desarrollado por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo; procedimiento en el que no tiene intervención el Jurado Provincial de Expropiación, y a cuyo efecto, deberá incoarse de oficio el procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 y ss del citado Reglamento del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas.

La finalidad de la nueva regulación establecida en la citada Ley 30/1992, es una indemnización integral de los daños, lo que se traduce, ante una imposibilidad de restituir los terrenos expropiados, en el pago de una indemnización equivalente a un porcentaje del justo precio de la reversión, que se obtendrá de la indemnización expropiatoria percibida por el expropiado, actualizada conforme a la evolución del índice de precios al consumo en el período comprendido entre la fecha de inicio del expediente de justiprecio de la expropiación y la de ejercicio del derecho de reversión.

No obstante, esta cuantificación no deja de ser una deducción de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre un porcentaje del justo precio de la reversión, cuando lo cierto es que la Ley de Expropiación Forzosa, ni antes ni después de la reforma de la Ley de Ordenación de la Edificación, no fija criterio alguno para cuantificar la indemnización por imposibilidad de restitución al reversionista.

Por ello, sería aconsejable que se aprovechara la modificación necesaria de la Sección 4ª, del Capítulo IV del Título II del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, en cumplimiento a lo exigido en la Disposición Final Tercera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, para fijar un porcentaje del valor de justo precio de la reversión por imposibilidad de ésta.

En Madrid, octubre de 2006.

**JURISPRUDENCIA CONSULTADA DEL TRIBUNAL SUPREMO,
AUDIENCIA NACIONAL Y TRIBUNALES SUPERIORES DE
JUSTICIA**

- STS 17 de octubre de 1980 (Ar. 1054).
- STS 20 de octubre de 1980 (Ar. 3758).
- STS 17 de diciembre de 1980 (Ar. 4707).
- STS 25 de febrero de 1981 (Ar. 449).
- STS 2 de junio de 1982 (Ar. 4322).
- STS 10 de diciembre de 1982 (Ar. 7936).
- STS 22 de diciembre de 1982 (Ar. 8088).
- STS 14 de junio de 1983 (Ar. 422).
- STS 7 de febrero de 1989 (R. J. El Derecho 1130).
- STS 2 de diciembre de 1991 (Ar. 9197).
- STS 25 de febrero de 1992 (Ar. 1742).
- Auto del TS de 8 de abril de 1992 (Ar. 2630).
- STS 11 de noviembre de 1993 (Ar. 8202).
- STS 8 de noviembre de 1995 (Ar. 9958).
- STS 12 de febrero de 1996 (Ar. 1070).
- STS 10 de marzo de 1997 (Ar. 9197).
- STS 25 de mayo de 1999 (Ar. 5076).
- STS 27 de diciembre de 1999 (Ar. 2000/897).
- STS 4 de marzo de 2000 (Ar. 2456).
- STS 27 de enero de 2001 (Ar. 1362).
- STS 8 de junio de 2002 (Ar. 6139).
- STS 17 de junio de 2002 (Ar. 7600).
- STS 21 de septiembre de 2002 (Ar. 8469).
- STS 7 de mayo de 2003 (Ar. 5561).
- STS 22 de junio de 2003 (recurso nº 5920/1999).
- STS 25 de enero de 2005 (Ar. 1622).
- STS 6 de abril de 2005 (Ar. 4178).
- STS 11 de octubre de 2005 (Ar. 2006/727).
- STS 21 de noviembre de 2005 (Ar. 2006/104162).
- STS 14 de marzo de 2006 (Ar. 109706).

- SAN de 13 de junio de 2001 (R. J. El Derecho 42555).
- SAN de 30 de junio de 2004 (Ar. 811).

- STSJ Madrid de 23 de octubre de 1998 (R. J. El Derecho 35322).
- STSJ Madrid de 29 de marzo de 2000 (Ar. 2145).
- STSJ Madrid de 8 de noviembre de 2002(Ar. 144547).

DICTAMENES DEL CONSEJO DE ESTADO.

- Dictamen de 26 de junio de 2003. Expediente nº 1364/2003.
- Dictamen de 23 de octubre de 2003.
- Dictamen de 29 de septiembre de 2005. Expediente nº 1105/2005.

BIBLIOGRAFÍA

- GALÁN GALÁN. ALFREDO: «El Derecho de Reversión en la Ley de Expropiación Forzosa. Estudio legislativo, doctrinal y jurisprudencial». Editorial Lex Nova. 1ª Edición, diciembre 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: «Curso de Derecho Administrativo» Tomo II. Editorial Civitas. Segunda Edición 1982.
- GARCÍA GOMEZ DE MERCADO. FRANCISCO: «La Reforma del Derecho de Reversión». Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid. Núm. 6 (Enero-Febrero 2000).
«El Derecho de Reversión en las Expropiaciones Urbanísticas». Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid. Núm. 13 (Enero— Febrero 2002).
- GARCÍA TREVIJANO GARNICA. ERNESTO: «Sobre el alcance y efectos de la reversión expropiatoria». Revista de Administración Pública. Núm. 112. 1987.
- GIMENO FELIU. JOSÉ MARÍA: «El Derecho de Reversión en la Ley de Expropiación Forzosa. Fundamentos y condiciones de ejercicio». Editorial Thomson-Civitas. 2ª Edición. 2003.
- GONZÁLEZ PÉREZ. JESÚS: «Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación». Editorial Civitas. 2000.
- LIBRO BLANCO DE LA DEFENSA. Año 2000. Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa.
- OLEA GODOY. W: «Mutaciones de la causa expropiatoria». Cuaderno de derecho Judicial. Núm. 19. Consejo General del Poder Judicial. 1992.

TEXTOS

LEGISLACION

LEGISLACIÓN

María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera
Documentalista

JEFATURA DEL ESTADO

Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE nº 290, de 5-12-2006)

Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales (BOE nº 260, de 31-10-2006)

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

Real Decreto 990/2006, de 8 de septiembre, por el que se suprime el Alto Comisionado de Apoyo

a las Víctimas del Terrorismo (BOE nº 218, de 12-9-2006)

Real Decreto 1183/2006, de 13 de octubre, de modificación del Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, sobre reestructuración de la Casa de Su Majestad el Rey (BOE nº 246, de 14-10-2006)

MINISTERIO DE DEFENSA

Real Decreto 1202/2006, de 20 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de destinos del personal militar profesional, aprobado por Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo (BOE nº 252, de 21-10-2006)

Real Decreto 1411/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprue-

- ba el Reglamento de ascensos y acceso a la condición de permanente para Tropa y marinería (BOE nº 288, de 2-12-2006)
- Orden DEF/3316/2006, de 20 de octubre, por la que se regulan determinados aspectos de los compromisos, el cambio de relación de servicios y el cambio de especialidad del militar profesional de tropa y marinería (BOE nº 260, de 31-10-2006)
- Orden DEF/3746/2006, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Orden 124/1995, de 8 de septiembre, por la que se regulan los registros generales existentes en el Ministerio de Defensa (BOE nº 294, de 9-12-2006)
- Instrucción 123/2006, de 10 de octubre, de la Subsecretaría de Defensa, que modifica la Instrucción 31/2004, de 5 de marzo, por la que se dictan normas para la concesión, renovación y anulación de la tarjeta de identidad militar para el personal de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas y para los sacerdotes católicos integrados en el Servicio de Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas (BOD nº 204, de 19-10-2006)
- Instrucción 124/2006, de 10 de octubre, de la Subsecretaría de Defensa, sobre normas relativas al régimen de vida de los alumnos de los centros docentes militares de formación (BOD nº 204, de 19-10-2006)

**MINISTERIO DE ASUNTOS
EXTERIORES Y DE
COOPERACION**

- Resolución de 5 de octubre de 2006, de la Secretaría General Técnica, relativa a la Objeción de España a la reserva de Egipto al artículo 19 párrafo 2 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (publicado en el «Boletín Oficial del Estado» nº 140, de 12 de junio de 2001), hecho en Nueva York el 9 de enero de 1998 (BOE nº 253, de 27-10-2006)

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por Eva Bru Peral

BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN

DOMINIO PÚBLICO. DENEGACIÓN PETICIÓN NULIDAD DE DECLARACIÓN ALIENABILIDAD POR LA GIED DE UN TERRENO QUE HABÍA SIDO DONADO POR UN AYUNTAMIENTO SIN CONDICIONES.

STS, Sección Cuarta, de 15 de noviembre de 2006, recurso de casación 4151/2004.

El supuesto de hecho parte del año 1924 en que el Pleno del Ayuntamiento de Málaga acordó adquirir por compra a Don Guillermo unos terrenos para que se ubicase en ellos la Brigada de Reserva del Ejército de África. En la misma sesión, se acordó su donación al Estado (Ramo de Guerra) con la condición resolutoria de que, si el Estado dejara de utilizar la finca comprada, ésta volvería al dominio de la Corporación Municipal malagueña. Por el Ramo de Guerra se devolvió el proyecto de escritura, solicitando su modificación, a efectos de que la donación municipal se hiciese en pleno dominio y sin ninguna causa de reversión. El Ayuntamiento de Málaga, en sesión de 20 de mayo de 1925, aprobó por unanimidad la proposición de la Presidencia de dicha corporación de que se prescindiese de la referida condición, «puesto que ya no tiene razón de ser, dadas las obras que se vienen efectuando por el Ramo de Guerra en el referido inmueble».

El 3 de mayo de 1928, ante el Notario Don Juan, se formalizó la escritura pública de donación de los referidos inmuebles, transcribiendo los

acuerdos adoptados por el Ayuntamiento en las fechas ya señaladas de 30 de julio de 1924 y 20 de mayo de 1925. En la cláusula cuarta, se establece que «Don Eduardo y Don Bonifacio, en nombre del Estado aceptan para el Ramo de Guerra, lisa y llanamente, la donación». Además, en la escritura se señala lo siguiente: «Es de recordar cómo el acuerdo municipal referente al caso fue adoptado en sesión extraordinaria de treinta de julio de mil novecientos veinte y cuatro y como del aludido hubo de ser eliminado luego, a virtud de otro tomado en sesión de veinte de mayo de mil novecientos veinte y cinco, cierta posible condición resolutoria», El 23 de junio de 1928, la escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Málaga (tomo 1019, folio 26, finca nº 5501). La superficie de los terrenos (denominados Cortijo de Velarde) era de 28 hectáreas y 50 áreas. La finca aparece inscrita a favor del Estado Ramo de Guerra, libre de cargas.

Como consecuencia de la realización de la autovía de la Costa del Sol (Málaga-Algeciras), 5.784,35 m2 de dicha superficie fueron expropiados, fijándose por mutuo acuerdo el pago de un justiprecio de 82.655.743 pesetas, firmándose el acta de adquisición de mutuo acuerdo el 22 de junio de 1992.

Posteriormente se trasladó el Cuartel General del mando de la Legión del Campamento Comandante Benítez a unas nuevas instalaciones en la provincia de Almería. A consecuencia de ello, se dejaron vacantes los terrenos del antiguo Cortijo de Velare, habiéndose derruido todas las edificaciones e instalaciones sobre los terrenos cedidos.

El Ayuntamiento de Málaga, no obstante lo anterior, afirma que la donación no fue pura y por mera liberalidad por lo que reputa nula, con fundamento en el art. 62.1.f) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJA-PAC, la resolución de desafectación. En casación el Ayuntamiento recurrente mantiene que la sentencia de instancia incurre en incongruencia omisiva al dejar sin resolver la petición realizada tanto en vía administrativa como jurisdiccional como era la devolución al Ayuntamiento de Málaga de los terrenos cedidos al Ramo de Guerra mediante donación modal, así como en falta de motivación.

Frente a estas alegaciones, el Tribunal Supremo recuerda la doctrina de la Sala en la materia, resumiendo de la siguiente manera:

«a) Se incurre en el vicio de incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda (SSTS 15 de febrero, 9 de junio y 10 de diciembre de 2003), es decir la incongruencia omisiva o por defecto; como cuando resuelve sobre pretensiones no formuladas, o sea incongruencia positiva o por exceso (sentencias de 13, 21 y 27 de octubre de 2004); o sobre cuestiones dife-

rentes a las planteadas incongruencia mixta o por desviación (así entre otras 4 de abril de 2002 , 17 de julio y 21 de octubre de 2003).

b) El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes siempre que con ello no se sustituya el hecho básico aducido como objeto de la pretensión (SSTS 13 de junio y 18 de octubre de 1991, 25 de junio de 1996, 17 de julio de 2003). Es decir que el principio «iuris novit curia» faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altera la pretensión ni el objeto de discusión.

c) Es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (SSTS 3 de julio y 27 de septiembre de 1991, 13 de octubre de 2000, 21 de octubre de 2003). Cabe, por ello, una respuesta global o genérica, en atención al supuesto preciso, sin atender a las alegaciones concretas no sustanciales. La congruencia requiere del Tribunal un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposiciones que se han planteado ante el órgano jurisdiccional (sentencia de 23 de febrero de 1994).

d) No cabe acoger un fundamento que no se refleje en la decisión ya que la conclusión debe ser el resultado de las premisas establecidas (Sentencias de 26 de marzo de 1994, 27 de enero de 1996, 10 de febrero de 2001), ni menos aún dictar un fallo que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (SSTC 23/1996 Y 208/1996). Se insiste en que las contradicciones producen confusión mientras que la precisión impone un rigor discursivo que se ignora en los casos de incoherencia interna (Sentencia de 30 de septiembre de 2002). Es necesario, por tanto, que los argumentos empleados guarden coherencia lógica y razonable con la parte dispositiva o fallo.»

Asimismo, establece la STS que: «No establece la vigente LJCA 1998 (art. 67 y siguientes) ni establecía la derogada LJCA 1956 (art. 80 y siguientes) que las sentencias que se dicten en el orden jurisdiccional contencioso-administrativa hubieren de contener una expresa declaración de hechos probados. Tampoco se determina tal obligación en la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil, fuere el art. 372 de la derogada LEC 1881, fuere en el art. 209 de la vigente LEC 1/2000, de 7 de enero, acerca de las reglas especiales sobre la forma y contenido de la sentencia.

La referencia que efectúa el art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la consignación de «hechos probados» ha de atenderse con la subsiguiente mención «en su caso», es decir, cuando la respectiva norma procesal la exija. Claro ejemplo de tal exigencia la tenemos en el apartado segundo del art. 97 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril que aprueba el Texto refundido de la Ley del Procedimiento Laboral así como en el aparta-

do b) del art. 191 del mismo texto legal al considerar como uno de los objetos del recurso de suplicación la revisión de los hechos declarados probados.

Por ello hemos de acudir a la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional acerca de que el derecho a la tutela judicial efectiva aunque no garantiza el acierto judicial en la interpretación y aplicación del derecho, si exige, sin embargo, que la respuesta judicial a las pretensiones planteadas por las partes, este motivada con un razonamiento congruente fundado en derecho (STC 224/2003, 15 de diciembre) para evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador (STC 24/1990, de 15 de febrero).

Motivación a la que expresamente se refieren los art. 120 CE, 248.3 de la LOPJ y el art. 359 LECivil 1881 (de tenor similar al actualmente vigente art. 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero). No obstante es significativo que en ninguna de las citadas normas ni en la interpretación que del art. 24 CE ha efectuado el Tribunal Constitucional se ha declarado la existencia de una determinada extensión de la motivación judicial.

En la vigente LEC 1/2000 encontramos el art. 218 relativo a la exhaustividad y congruencia de la sentencias así como la necesaria motivación. Tras sentar la necesidad de claridad, precisión y congruencia recoge que deben expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. Se contempla la consideración individual y en conjunto de los distintos elementos fácticos del pleito ajustándolos siempre a las reglas de la lógica y de la razón.»

Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida en donde se confirmó la Resolución del Ministerio de Defensa por la que se declaró la alineabilidad y puesta a disposición de la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa de los terrenos denominados «Acuartelamiento Campamento Benítez» donados por el Ayuntamiento de Málaga para la instalación de las fuerzas de reserva del ejército de África, la cual se declara firme con expresa imposición de costas en los términos consignados en el último fundamento de derecho.

ENAJENACIÓN DE VIVIENDAS MILITARES VACÍAS

STS, Sección Cuarta, de 29 de junio de 2006, recurso de casación 9329/2003.

Las pretensiones de las partes y por tanto el objeto del recurso de casación versan sobre la conformidad a derecho de una Sentencia que se pro-

nuncia sobre la impugnación de un concurso para la adjudicación de contrato de compraventa de viviendas militares vacías. El recurrente, que no tomó parte en el concurso público, alegaba que no es de aplicación la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Publicas, como sostuvo la Administración en vía administrativa, sino la legislación sobre el Patrimonio del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril.

El Tribunal Supremo considera que el recurrente, pese a no participar en el concurso, admite su legitimación ya que: *«si el recurrente no participó en el concurso (y ello es lo que se le reprocha al apreciar su falta de legitimación) fue porque las propias bases del mismo exigían que para participar debía aceptarse expresamente el Pliego de Condiciones. Se afirma que la Sala del Tribunal Superior de Justicia no se percató de que la participación en el concurso suponía aceptar las condiciones del Pliego, y sin duda obvió esta circunstancia al declarar la inadmisibilidad del recurso».*

Una vez resuelto que no debe negarse legitimación al recurrente, el Tribunal Supremo estima su recurso con base en los siguientes argumentos: *«Se trata de la expresada por el actor en el sentido de que no resulta aplicable al supuesto la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas 13/1995, de 18 de mayo, lo que sin duda se sostiene por la Administración para justificar el empleo del procedimiento de adjudicación por concurso, sino la legislación de patrimonio del Estado.*

En efecto, si se parte de este punto de vista, a tenor de la Ley de Patrimonio del Estado, texto refundido aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, el procedimiento a seguir para la adjudicación de las viviendas hubiera debido ser el de subasta. Así lo dispone el artículo 63 del texto que acaba de citarse, y se puede estimar que la enajenación sería un contrato privado realizado por la Administración, a tenor del propio artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administración Publicas. No carece por tanto de algún fundamento la pretensión del actor.

Ahora bien, entiende la Sección que no procede llevar a cabo una aplicación tan lineal de las normas generales de nuestro ordenamiento. Pues hay que atender a las circunstancias del caso concreto. Estamos ante una enajenación de viviendas que lleva a cabo el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas (INVIFAS), regulado por el Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, modificado por el Real Decreto 219/1997, de 14 de febrero. Es de tener en cuenta que sin duda una de las principales finalidades del Instituto es proporcionar al personal de las Fuerzas Armadas que se encuentran plenamente en activo viviendas, que son las denominadas de apoyo logístico. De esta manera el Instituto contribuye indirecta-

mente a la defensa nacional proporcionando medios a las personas que hacen de ella su profesión. Pero el Instituto no dispone solo de estas viviendas sino también de otras no destinadas al apoyo logístico, y al administrar estas viviendas, utilizando esta expresión en el sentido más amplio de la palabra, está cumpliendo una finalidad social respecto a los militares que no ejercen mando en tropa o se encuentran en una situación de reserva, o respecto a sus familiares.

Las consideraciones anteriores son decisivas en este caso porque siendo el INVIFAS un organismo autónomo toda su actividad está presidida y regida por el principio de especialidad del fin. Por supuesto, tratándose las viviendas del objeto de esa actividad, la administración de las mismas debe realizarse de moto tal que se cumplan los fines, tanto el más inmediato en el caso de las viviendas de apoyo logístico, como los fines de carácter social. De ahí se concluye que el Instituto está cumpliendo su finalidad al disponer de un modo u otro y aplicar un procedimiento u otro a la hora de enajenar las viviendas.

Además no puede partirse de la aplicación lineal del texto de la anterior Ley de Patrimonio del Estado por otras consideraciones. Así basta reflexionar sobre el dato de que el artículo 84 del texto articulado de la vieja Ley de Patrimonio, cuando regula los bienes inmuebles propiedad de los organismos autónomos distingue entre los patrimonios de dichos organismos que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines y los que no reúnan esta condición, que deben integrarse en el patrimonio del Estado. No estamos desde luego ante estos últimos bienes devueltos al patrimonio estatal que son aquellos a los que se aplica el antes citado artículo 63 del mismo texto refundido de la Ley que prescribe la enajenación de los bienes inmuebles patrimoniales por el procedimiento de subasta. En el caso de los organismos autónomos debe primar la especialidad del fin.

Pues bien, resulta que si se aplica el procedimiento de subasta como pretende el recurrente, obviamente las viviendas han de adjudicarse al que abone un precio mayor. Ello estaría plenamente justificado si nos encontrásemos ante bienes del patrimonio del Estado, puesto que se trata de que obtenga ventaja y no sufra menoscabo la hacienda pública. Pero, tratándose de bienes de un organismo que junto a su finalidad de apoyo al Ejército tiene otras finalidades de carácter social, la enajenación de las viviendas por el procedimiento de concurso permite ponderar adecuadamente las circunstancias que se dan en las personas que optan por la adjudicación, aunque el precio de la vivienda sea también un factor a tener en cuenta,

Ello es lo sucedido en el caso de autos y, siempre partiendo de que ha de primar la especialidad del fin del organismo autónomo INVIFAS, la

Sección entiende que no fue disconforme a derecho que se realizara la adjudicación por el procedimiento de concurso, por lo que debe desestimarse la pretensión del actor y con ella el recurso contencioso administrativo interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia. La solución de que se enajenen las viviendas militares vacías por concurso es por otra parte la que se encuentra actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico, a tenor del criterio que hemos mantenido hasta ahora, el cual fue sin duda el que llevó al legislador a esta solución, que se contiene en el apartado f) de número 1 de la Disposición Adicional segunda de la Ley 26/1999, de 9 de julio. Dicho precepto, no solo establece que pueden enajenarse las viviendas por concurso sino también que se asignaran de acuerdo con los baremos y procedimientos que se determinen. Si bien esta norma no estaba en vigor en las fechas de autos, ha venido a positivar después en nuestro ordenamiento jurídico la solución más conforme a la finalidad específica el organismo autónomo creado para la gestión y administración de las viviendas militares.»

CONTRATACIÓN

VENTA DIRECTA DE BIENES PATRIMONIALES

STS, Sección Cuarta, de 19 de octubre de 2006, recurso de casación 4969/2004.

La entidad Tablada Sociedad Cooperativa Andaluza interpuso recurso contra resolución del Ministerio de Defensa, relativa a pérdida de opción de compra de determinada parcela que fue desestimado con fecha 22 de octubre de 2003 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla.

La cuestión debatida entre las partes versa en este caso sobre enajenación de un bien del patrimonio del Estado.

Se inició en su momento por la Gerencia de Infraestructuras de Defensa expediente para la venta directa de una parcela de la zona residencial de Tablada (Sevilla), que se tramitó conforme al Reglamento para aplicación de la Ley de Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre. En la tramitación de dicho expediente se reconoció una opción de compra a favor de una cooperativa determinada. De acuerdo con la legislación vigente, y en concreto con el artículo 117.4 del Reglamento antes citado, se dirigió requerimiento a la coo-

perativa para que efectuase el pago del 25 por ciento del precio de la parcela como requisito previo a la tramitación del expediente. Ante ello la entidad mencionada presentó aval bancario por el importe correspondiente, que fue rechazado por la Gerencia de Infraestructuras en 28 de mayo de 1996, indicando que el pago debía hacerse en efectivo. Al mismo tiempo, por la resolución citada se otorgó un plazo suplementario de quince días para que se efectuase el pago (a pesar de que el plazo de que se disponía inicialmente era improrrogable), declarando que si no hacía efectiva en ese plazo la cantidad correspondiente la cooperativa quedaría decaída de su derecho a la opción de compra. Es de notar además que en su momento se había solicitado la interrupción del plazo inicial, lo que fue inadmitido.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso de la mercantil con base a estos argumentos, que han sido confirmados por el Tribunal Supremo:

«El Tribunal a quo rechaza las alegaciones en las que se intenta fundar la pretensión. Así la primera de ellas consiste en que, toda vez que la Administración devolvió un aval presentado porque el tanto por ciento del precio debía abonarse en efectivo y el acto se recurrió en vía judicial, debió suspenderse la tramitación del expediente, ya que el artículo 16 de la Ley de Patrimonio del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, prohíbe la venta de los bienes en litigio. Esta alegación se rechaza por entender que, a más de que el procedimiento judicial había finalizado ya con Sentencia desestimatoria, la prohibición se refiere a los supuestos en que exista un litigio sobre la propiedad del bien, lo que no es el caso.

Tampoco se acoge la segunda alegación según la cual no estaba claro el impreso que había que cumplimentar al hacer efectivo el pago, pues los actos posteriores de la Administración de la Defensa dejaron bien claro cual era la obligación; y desde luego se rechaza también la tercera alegación en la que se expone que entre los miembros de la cooperativa, que son numerosos, existían desconfianzas y dudas sobre la venta. Se considera que esta no es suficiente argumentación en derecho, pues no es razón para incumplir la obligación de llevar a cabo el depósito, y debe partirse de que se supone la solvencia de la Administración.

Se concluye, por tanto, que no existió la indefensión que se alega, que los actos administrativos impugnados son conformes a derecho, y que no cabe hablar de daños y perjuicios cuando lo que se ha producido en realidad es el incumplimiento por la cooperativa actora de un requisito que según la legislación vigente es previo a la compraventa.»

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

ACCIDENTE DURANTE LA REALIZACIÓN DE PRUEBAS FÍSICAS EN BATALLÓN DE INFANTERÍA LIGERA.

STS, Sección Sexta, de 24 de julio de 2006, recurso de casación para la unificación de doctrina 334/2005.

El recurrente solicitaba al Tribunal Supremo ser indemnizado aplicando por analogía el baremo previsto para los accidentes de tráfico, por las lesiones y días de baja sufridos en el accidente de autos, en la cantidad de 30.414 euros; y con carácter subsidiario, para el caso de que no se llegue a aplicar en su plenitud el baremo previsto para los accidentes de tráfico, que se tome en consideración dicho baremo, ponderando la indemnización a recibir por el recurrente a fin de alcanzar una cifra más acorde con las lesiones, días de baja y daños morales sufridos y alcanzar así la efectiva reparación integral del daño.

Frente a esta pretensión el Tribunal Supremo establece que: *«las sentencias invocadas como contradictorias no guardan relación o conexión con la recurrida, pues en ninguna de las tres sentencias de contraste se establece, como afirma la Abogacía del Estado, la necesaria aplicación en los expedientes de responsabilidad patrimonial del Estado del baremo previsto en la Ley 30/1995 para cuantificar la indemnización de los daños sufridos como consecuencia de accidentes de circulación, ya que al contrario las tres admiten su carácter puramente orientativo y no obligatorio para el Tribunal enjuiciador.*

Por el contrario, la sentencia recurrida desestima la pretensión formulada por considerar que la indemnización concedida al perjudicado en vía administrativa en aplicación del Real Decreto 1234/1990, de 11 de octubre, que regula la concesión de pensiones e indemnizaciones del régimen de clases pasivas del Estado, a quienes prestan el servicio militar y a los alumnos de los centros docentes militares de formación, es suficiente al reparar íntegra y correctamente los daños y perjuicios que para el recurrente se derivan del accidente sufrido el día veinte de noviembre de mil novecientos noventa y seis.

No existe, pues, antinomia jurídica entre una y otras sentencias, pues en la sentencia impugnada se desestimó pretensión indemnizatoria solicitada por considerar que se han reparado íntegramente los daños y perjuicios sufridos en base al citado Real Decreto 1234/1990, y que no se propuso prueba pericial médica alguna que permita llegar a una conclusión

diferente de la que fijó el Tribunal Médico Central Militar; por lo que procede declarar no ha lugar al presente recurso de casación para la unificación de doctrina».

«QUANTUM» INDEMNIZATORIO.

STS, Sección Sexta, 13 de junio de dos mil seis, recurso de casación 1595/2002.

El supuesto de hecho analizado en la presente sentencia parte de la Resolución del Ministerio de Defensa por la que se concedía al actor el derecho a incrementar la indemnización que se le había otorgado en 48.080,97 euros, una vez que el propio Ministerio de Defensa había considerado ya en su resolución, que existía responsabilidad patrimonial de la Administración, por las lesiones y secuelas que se produjeron a aquel, al resultar herido por la explosión de un artefacto en el vertedero del Arsenal de la Carraca de San Fernando, aun cuando como indemnización le otorgaba la cantidad de 9.434.673 ptas., frente a los treinta y tres millones de pesetas más una pensión vitalicia de 250.000 ptas, solicitada por el actor. En el recurso de casación se discute únicamente la cuantía indemnizatoria.

El Tribunal Supremo partiendo de que no ha existido ni falta de motivación de la sentencia recurrida ni vulneración de los preceptos relativos a la valoración de la prueba, realiza las siguientes consideraciones: *«Ciertamente la doctrina jurisprudencial ha proclamado el principio de plena indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios causados (Sentencias de esta Sala de 14 [RJ 1993\3748] y 22 de mayo de 1993 [RJ 1993\3788], 22 [RJ 1994\54] y 29 de enero [RJ 1994\260] y 2 de julio de 1994 [RJ 1994\6673], 11 [RJ 1995\2061] y 23 de febrero [RJ 1995\1280] y 9 de mayo de 1995 [RJ 1995\4210], 6 de febrero [RJ 1996\2038] y 12 de noviembre de 1996 [RJ 1996\9228], 24 de enero, 19 de abril [RJ 1997\3233] y 31 de mayo de 1997 [RJ 1997\4418], 14 de febrero [RJ 1998\2205], 14 de marzo [RJ 1998\3248], 10 [RJ 1998\9526] y 28 de noviembre de 1998 [RJ 1998\9967], 13 [RJ 1999\3015] y 20 de febrero [RJ 1999\3146], 13 [RJ 1999\3038] y 29 de marzo [RJ 1999\3241], 12 y 26 de junio, 17 [RJ 1999\5145] y 24 de julio [RJ 1999\6554], 30 de octubre [RJ 1999\9567] y 27 de diciembre de 1999 [RJ 1999\10072], 5 de febrero, 18 de marzo RJ 2000\3077] y 13 de noviembre de 2000 [RJ 2001\142], 27 de octubre [RJ 2002\406] y 31 de diciembre de 2001 [RJ 2002\782]). b) Como también ha proclamado reiterada doctrina jurisper-*

dencial (valgan por todas Sentencias de 25 de Septiembre 2.001, 9 de Octubre 2.001 RJ 2001\10075) la determinación del «quantum» indemnizatorio es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia y ha de ser respetado en casación, en tanto no se demuestre el error, su irracionalidad o la infracción de las normas que regulen la valoración de los medios probatorios.

Como se ha expuesto anteriormente, la Sala de instancia al recoger las secuelas del actor hace referencia a su minusvalía en un 33% y a los que sin duda son perjuicios estéticos derivados de la ablación de un globo ocular y de las distintas heridas y secuelas que se le ocasionaron, valorando además que la Administración ya le otorgó en su día una indemnización de 9.434.673 ptas., cantidad a la que añade la de 48.080,97 euros (ocho millones de pesetas).

En la fijación de dicha cantidad otorgada a tanto alzado por el Tribunal «a quo», después de haber detallado las distintas secuelas que considera padecidas por el recurrente, sin ninguna exclusión en relación a lo consignado por la prueba pericial, no cabe apreciar un error o una irracionalidad o en su caso una infracción de las normas que regulan la valoración de la prueba, como se señaló al examinar el primer motivo de recurso, circunstancias estas que serían las únicas que permitirían la variación del «quantum» indemnizatorio realizado por el tribunal de instancia, y siendo ello así, debe necesariamente procederse también a la desestimación del segundo motivo de recurso.»

PERSONAL MILITAR

EXPULSIÓN DEL CUERPO DE LA GUARDIA CIVIL. LA RESOLUCIÓN QUE LA ACORDÓ EN 1970 ES UN ACTO FIRME Y CONSENTIDO NO SUSCEPTIBLE DE RECURSO.

STS, Sección Séptima de 13 de noviembre de 2006, recurso de casación 5965/2000.

En esta sentencia se resuelve el recurso contra la SAN, sección 5ª, sobre expulsión del Cuerpo de la Guardia Civil. El recurrente había sido objeto, junto con otros miembros del Instituto, de una información privativa abierta tras el descubrimiento de un alijo de tabaco en el buque tanque «Almirante F. Moreno». A raíz de ellas fue sancionado con 14 días de arresto por una falta leve del artículo 443º del Código de Justicia Militar.

Además, fue objeto de un proceso penal seguido por la Jurisdicción Militar que terminó con su absolución de los delitos de quebrantamiento de consigna y de cohecho por Sentencia dictada el 8 de octubre de 1971 por el Consejo de Guerra celebrado en la causa 58/1970.

La expulsión se debió, según consta en la resolución que la acuerda, a que el recurrente carecía de las condiciones mínimas indispensables para seguir en el Cuerpo de la Guardia Civil según la legislación entonces vigente. Dicha resolución fue notificada al interesado en su momento, al tiempo que se le hizo saber que contra ella no cabía recurso contencioso-administrativo por excluirlo la Ley de 30 de julio de 1959.

No obstante, el Tribunal Supremo determina que el recurrente: *«después de haberse mantenido pasivo durante tantos años, antes y después del 29 de diciembre de 1978, no puede pretender revisar ahora lo que ha venido consintiendo»*, y ello porque *«la actitud pasiva que ha observado a lo largo de muchos años ha hecho que aquella actuación administrativa ganara firmeza. Esto significa que la inadmisión por el Ministro de Defensa del recurso ordinario fue correcta y que también lo es la Sentencia de la Audiencia Nacional cuya casación pretende»*.

Se une a los anteriores razonamientos el hecho de que: *«conforme al artículo 79 de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo, las notificaciones practicadas personalmente al interesado y que contuvieran el texto íntegro del acto, como fue el caso, surtirían efecto por el transcurso de seis meses, aunque hubieran omitido otros requisitos, siempre que el interesado no hubiera efectuado protesta formal en ese plazo en solicitud de que se rectificara la deficiencia. Precepto que también decía que las notificaciones defectuosas surtirían efecto desde que el interesado realizara actos que implicasen su conocimiento. Pues bien, no hubo protesta y, en cambio, de los propios escritos del Sr. V. se desprende el conocimiento que en todo momento tuvo de su situación»*.

OFICIAL GENERAL, PASE A LA SITUACIÓN DE RESERVA.

STS, Sección Séptima, de 21 de septiembre de 2006. recurso ordinario.

La demanda interpuesta frente al Real Decreto por el que acordaba el pase a la reserva ejercita dos pretensiones: la nulidad del Real Decreto impugnado y la condena a la Administración demandada a que abone al recurrente las diferencias de haberes existentes entre los percibidos en la situación de reserva y los que le habrían correspondido de no haber pasa-

do a esa situación. El recurrente alegaba que el acto administrativo impugnado había estado dirigido a sancionar al recurrente y que esta finalidad no es la propia que corresponde a la facultad discrecional ejercitada.

La sentencia citada, partiendo del artículo 144 de la Ley 17/1999, señala que: *«La lectura del precepto que acaba de transcribirse pone de manifiesto una amplísima habilitación al Gobierno para el pase a la situación de reserva de los Oficiales Generales.»*

Esa amplitud opera en el aspecto que pudiéramos llamar sustantivo, ya que no se acotan taxativamente los supuestos en que puede ser adoptada esa decisión, pero también en el aspecto formal o procedimental, al no disponerse ningún trámite específico y exigir únicamente el precepto legal de que se viene hablando que exista propuesta del Ministro de Defensa y que la decisión se haga «mediante Real Decreto acordado en el Consejo de Ministros».

Se trata de una potestad discrecional conferida al Gobierno que en principio no tiene más límite sustantivo que el impuesto por la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3 de la Constitución (CE).

Lo cual trae como primera consecuencia que siempre que la decisión esté amparada en razones de interés general y no sea por ello gratuita, habrá de aceptarse que respeta debidamente ese canon de constitucionalidad que es ineludible en cualquier manifestación del ejercicio de los poderes públicos».

Así, continua la STS: *«Avanzando algo más en el argumento anterior, debe decirse que esas razones de interés general, al no estar legalmente tasadas en ese artículo 144.4 de la Ley 17/1999, podrán constituir las una muy amplia variedad de circunstancias. Amplitud que, por lo que se explica a continuación, tiene un claro respaldo constitucional y se ve confirmada en otros preceptos de la mencionada Ley 17/1999.*

El soporte constitucional se percibe con claridad si tiene en cuenta que los destinos asignados a los empleos militares del Generalato en servicio activo no sólo son puestos profesionales de un muy alto nivel de cualificación técnica. Son, además y muy principalmente, destinos públicos directamente relacionados con la función de dirección política, administrativa y de la defensa del Estado que constitucionalmente corresponde al Gobierno (artículo 97 CE). Es decir, son puestos de directa colaboración profesional con el Gobierno, a través de los cuales se llevan a la práctica las primeras medidas de ejecución de esa alta función constitucional que acaba de mencionarse.

Los otros preceptos de la Ley 17/1999 que confirman esa amplia habilitación del Gobierno en esta materia son sus artículos 110.4, 111.3 y

118.1. *En ellos se regula la específica discrecionalidad que el Gobierno tiene reconocida para apreciar las circunstancias de mérito y capacidad que expresen la mejor aptitud o idoneidad para el desempeño de los empleos de la categoría de Oficiales Generales».*

Por ello, determina el Tribunal Supremo que:» *Rige ciertamente en la potestad administrativa que se viene analizando el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE). Pero la suficiencia en cada caso de las razones de interés general que puedan hacer válido el ejercicio de dicha potestad, desde ese parámetro constitucional que acaba de recordarse, habrá de ser medida teniendo en cuenta la amplia discrecionalidad que es inherente a esa función constitucional de dirección política y administrativa que corresponde al Gobierno.*

De esto último derivan otras consecuencias.

«Esas razones de interés general, para descartar su arbitrariedad, habrán de tener un soporte objetivo, pero podrán consistir en hechos muy variados y de significación muy diferente.

Podrán estar constituidas por hechos puramente materiales representados con las necesidades de la defensa.

También podrán ser encarnadas por conductas individuales que justifiquen razonablemente una discrepancia, por parte del Gobierno, sobre cuales han de ser las características que ha de presentar esa directa colaboración que los más altos empleos militares del generalato han de desarrollar en relación con la alta función constitucional de dirección política que se viene repitiendo»

Por último precisa el Tribunal Supremo que: *«El Real Decreto aquí impugnado no sólo exteriorizó una potestad discrecional, también produjo unos efectos limitativos en la carrera profesional del recurrente porque lo pasó a una situación administrativa diferente a la que se encontraba.*

Le era aplicable por ello la exigencia formal de motivación del artículo 54.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —LRJAP/PAC—.

Ahora bien, esa falta de motivación es determinante de invalidez cuando en relación a ella haya sido invocado un resultado de indefensión y no se ha hecho así en el presente proceso.

La denuncia de la falta de motivación no se ha planteado como una autónoma causa de invalidez por la posible indefensión sufrida, sino como un exponente de la desviación de poder en que se ha centrado la impugnación principal y con el fin de poner de manifiesto que el Real Decreto no expresaba las razones en que apoyaba su decisión de pase a la reserva.

Eso impide darle aquí efectos invalidantes. Ya se ha dicho con anterioridad que el demandante ha manifestado conocer las compareencias parlamentarias que hicieron públicas las razones de su pase a la situación de reserva. Y a ello ha de añadirse, de un lado, que ha tenido posibilidad de combatir las en el actual proceso, como así ha hecho; y, de otro lado, la virtualidad que ha otorgarse a dichas razones, por todo lo que antes se argumentó, para encarnar el presupuesto habilitante de la potestad discrecional que fue ejercitada por el Gobierno en el impugnado Real Decreto».

IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIÓN DEL MINISTERIO DE DEFENSA EN RELACIÓN AL ASCENSO A CAPITÁN DE FRAGATA.

STS, Sección Segunda, de 11 de abril de 2006. Recurso de Revisión por error judicial.

Se resuelve el recurso presentado por error judicial contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimaba la pretensión del interesado de que le sea concedido el ascenso a Capitán de Fragata. Por ello lo primero que se precisa en la sentencia que se comenta es que: *«este proceso no es una revisión del proceso judicial previo, razón por la que en su resolución no puede utilizarse idénticos parámetros decisorios que los que sirvieron para decidir la cuestión inicialmente planteada. Sólo puede constituir el objeto de este proceso decidir si la sentencia impugnada incurre en el error que contempla y regula el artículo 293 de la LOPJ. Precisamente, este distinto objeto de los dos procesos contrastados, configuran un distinto alcance de cada uno de ellos, pues en tanto que en el proceso previo, por regla general, se pretende la anulación de un acto, en éste la pretensión no es aquella declaración de ilegalidad de un acto de la Administración, sino simplemente la declaración consistente en que la sentencia impugnada incurrió en error judicial (artículo 293.1 a) y b) de la LOPJ)».*

La SAN determinaba que: *«Ahora bien, las sentencias arriba citadas, se dictaron en relación con militares que se encontraban en situación de actividad o de reserva transitoria, al tiempo que pretendían retrotraer su ascenso a Capitanes de Fragata, por el ascenso al que habían sido promovidos los compañeros más modernos en el escalafón, y por tanto, ostentaban un derecho al ascenso en el primer caso per se y en el segundo a tenor del artículo 5 del Real Decreto 100/85 y en la disposición adicional 8ª de la Ley 17/89.*

En el expediente administrativo consta que el recurrente pasó a la situación de reserva en fecha 8 de Febrero de 1990, de conformidad con la resolución 431/02441/90, en esa fecha estaba vigente la Ley 17/89, que a tenor de la Disposición Final 10ª entró en vigor el día 1 de Enero de 1990, por tanto al recurrente le es de aplicación el artículo 103.6 de la precitada norma legal que establece: «En situación de reserva el militar de carrera no podrá ascender, excepto con carácter honorífico ...»; la pretensión de ascenso la residencia el recurrente en virtud del ascenso al que han sido promovidos compañeros más modernos, por resolución de 20 de Febrero de 2001 asignándosele una antigüedad de 26 de Marzo de 1997, es decir cuando el demandante se encuentra en la situación de reserva.

Consecuencia de ello, es la inaplicabilidad de la Disposición Adicional 8ª.2 de la Ley 17/89 al recurrente -la conservación del derecho al ascenso del empleo inmediato superior de los procedentes de la reserva activa—quien no ha acreditado que pasará a la reserva activa, con carácter previo a su pase a la reserva, y por tanto hubiere adquirido el derecho al ascenso, con carácter previo a su situación de reserva, ya que en autos únicamente consta que el interesado pasó directamente, bajo la vigencia de la Ley 17/89, a la situación de reserva.

Este criterio es el seguido por la Sala en las sentencias de fechas 20 de Julio de 2000 (Rec. 214/1999) y 20 de Junio de 2002 (Rec. 710/2001), entre otras, en supuestos de Capitanes de Corbeta que pasaron a la reserva tras la entrada en vigor de la Ley 17/89, es decir similares al presente, y al que debe estarse, por lo que no cabe hablar de vulneración del principio de igualdad.

El recurso por las razones expuestas, debe desestimarse.»

El Tribunal Supremo, no obstante, estima parcialmente la demanda y declara el error judicial, por cuanto que: «En el informe ampliatorio se pretende fundar la desestimación de la demanda en un distinto razonamiento: «La Administración considera que el reclamante no ha acreditado dicha circunstancia, (el ascenso del inmediato siguiente en el Escalafón de Origen) al no haber aportado cuales son los Oficiales que en su escalafón de procedencia de la Escala de Tierra de Cuerpo General de la Armada hayan obtenido el ascenso al empleo de Capitán de Fragata.

En la demanda, por el contrario se señala, que por resolución 630/03771/01, de 20 de Febrero ascendió a Capitán de Fragata en régimen ordinario el Capitán de Corbeta en servicio activo D. G., según la actora, inmediato siguiente en el escalafón de origen, siendo en dicho ascenso en el que se basa el reclamante para solicitar el suyo.

Sin embargo, (continúa el informe ampliatorio), no se solicitó el recibimiento a prueba por la parte actora ni en consecuencia se propuso prueba alguna para acreditar que el citado Capitán de Corbeta provenía del mismo escalafón de procedencia que el demandante, extremo que correspondía acreditar a dicha parte, al no haber sido admitido por la Administración, siendo esa falta de acreditación de dicha circunstancia, causa ya por sí sola suficiente para la desestimación el recurso contencioso administrativo en su día interpuesto, a lo que habría que añadir los razonamientos expuestos en la sentencia cuestionada que no vienen sino a incidir también en dicha desestimación.».

El argumento no es de recibo por dos consideraciones. La primera porque ese razonamiento no integra, ni conforma, de modo directo, ni indirecto, el cuerpo de la sentencia, ni, por tanto, pudo ser razón decisoria de aquélla. En segundo lugar, porque si bien es cierto que el recurrente no solicitó el recibimiento del proceso a prueba, y que la Administración había sostenido que el recurrente no había acreditado esa circunstancia: «Es por tanto requisito para poder obtener el ascenso solicitado en reserva transitoria el acreditar que haya ascendido alguien más moderno que le seguía en el escalafón de procedencia, circunstancia ésta que no justifica el recurrente al no aportar cuáles sean los Oficiales que en su escalafón de procedencia de la Escala de Tierra de Cuerpo General de la Armada hayan obtenido el ascenso al empleo de Capitán de Fragata.» Si bien es cierto todo esto, reiteramos, no es menos cierto que el demandante en su demanda en el apartado II hace constar: «Por resolución 631/03771/01, de 20 de Febrero (BOD nº 45) ascendió a Capitán de Fragata, en régimen ordinario, el Capitán de Corbeta en servicio activo D. G., inmediato siguiente en antigüedad al recurrente en el escalafón de origen. Se le asignó antigüedad de 26 de Marzo de 1997.».

De ello se deriva que el recurrente ha cumplido en la demanda con la carga que sobre él pendía. Primero, citar quien es el siguiente en el escalafón que ha sido ascendido, y, luego señalar el documento público (Boletín Oficial de Defensa) donde tal aserto está contenido 631/03771/01 de 20 de Febrero B.O.D. nº 45. Sostener que en estas circunstancias el recurrente no ha probado hechos cuya carga pesaba sobre él es contrario al principio de justa distribución de la carga de la prueba, pues cuando se trata de documentos que se encuentran en poder de la Administración el recurrente cumple con citar el lugar en que se encuentran, y el documento que se reclama.».

EXTENSIÓN DE EFECTOS. CABO PRIMERO QUE REALIZA FUNCIONES DE SUBOFICIAL. EQUIPARACIÓN A EFECTOS ASISTENCIALES, RECREATIVOS Y CULTURALES.

STS, Sección Séptima, de 25 de octubre de 2006, recurso de casación 4512/2004.

El Abogado del Estado interpuso recurso de casación contra los Autos de fechas 4 de febrero de 2004 y 17 de marzo de 2004 de extensión de efectos de la sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de octubre de 2000.

El Tribunal Supremo determina que: *«aunque el Fallo de la sentencia de 16 de octubre de 2.000 se limita a anular la resolución recurrida sin expresar reconocimiento de situación jurídica alguna a favor del allí recurrente, tal omisión no puede entenderse como una denegación de la pretensión que el recurrente formalizó en su demanda y que la sentencia efectivamente reconoce, tal y como se deduce de su argumentación jurídica. No sólo eso, la propia resolución del Ministerio de Defensa que denegó la extensión de efectos solicitada por don Ismael admite expresamente que la sentencia estimatoria de 16 de octubre de 2.000, reconoce una situación jurídica individualizada al allí recurrente, en concreto, la consideración social de Suboficial a efectos de acceder a la asistencia social y recreativa que corresponde a aquéllos, circunstancia además, que no cuestionó el Abogado del Estado ante la Sala de instancia».*

En cuanto a la interpretación que ha de hacerse del artículo 110 LRJCA, el Alto Tribunal dice que: *«el artículo 110 de la Ley 29/1998 establece, respecto de las cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública, la extensión de los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada cuando concurra como primera circunstancia que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos en el fallo, teniendo en cuenta que la disposición transitoria cuarta de la Ley 29/1998 establece que la ejecución de las sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de dicha Ley se llevarán a cabo según lo dispuesto en ella.*

Así, la Ley se preocupa de advertir que, en ningún caso, se podrá reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta forma de entender la ejecución de la sentencia, ya que no se trata de una extensión automática de los efectos de la sentencia, teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica.

En las precedentes sentencias de esta Sala y Sección de 12 de enero, 25 de mayo y 13 de septiembre de 2.004, 21 de diciembre de 2.005 y 8 de febrero de 2.006 se subraya como el artículo 110.1 a) de la Ley 29/98 es terminante a este respecto y exige que sean no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas las situaciones respecto de las que se pretende la extensión de efectos de la sentencia. Por tanto, es preciso operar con extremo cuidado a la hora de comprobar si existe o no esa identidad y tal requisito debe entenderse en sentido sustancial. Es decir, la Ley de la Jurisdicción está pidiendo que sean las mismas las circunstancias de hecho y las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro, pues lo único que estamos haciendo es cumplir lo que en dicho precepto, concretamente en su apartado 1 a), se establece: que sólo cabe esa extensión cuando las situaciones jurídicas sean idénticas.

En este sentido debe entenderse la alegación del Abogado del Estado, que esta Sala comparte pues, con independencia de que el incidente de extensión de efectos se refiera o no a los llamados actos masa (el artículo 110 de la Ley Jurisdiccional no dice nada al respecto), lo que sí resulta preciso es que la identidad de situaciones debe revelarse como evidente eludiendo la necesidad de realizar un análisis de la prueba que así lo confirme, por tratarse de la actividad propia de un procedimiento ordinario o abreviado, extremo que resulta improcedente en el recurso de casación»

Concluye el Tribunal Supremo, desestimando el recurso del Abogado del Estado, que: «*lo determinante para la apreciación de la circunstancia de la que dependía el reconocimiento de la extensión de efectos no era la naturaleza material del trabajo realizado, sino verificar que el Cabo Primero desempeñaba con habitualidad tareas propias de Sargento, circunstancia que fue la tomada en consideración por la Sala de Instancia en la sentencia cuyos efectos se pretenden extender a partir de la certificación acreditativa de la realización de aquéllas, al igual que sucede con los Autos ahora recurridos*».

CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Sentencia 2/2006, de 17 de julio. Conflicto de jurisdicción 1/2006.

La sentencia resuelve el conflicto negativo de jurisdicción entre el Tribunal Militar Central y la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El conflicto surge por la impugnación de la resolución del General Director de Gestión

de Personal del Ministerio de Defensa de 13 de julio de 1998, confirmada por la del Teniente General Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra de 1 de diciembre posterior.

Es necesario partir de los antecedentes de hecho. El recurrente fue condenado por Sentencia nº 5, de 20 de noviembre de 1995, del Tribunal Militar Central, a diez meses de prisión y suspensión de empleo y cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena por un delito consumado y continuado contra la Hacienda Militar. La resolución de 13 de julio de 1998, dictada por la Administración para el cumplimiento de la pena accesoria de suspensión de empleo, disponía que no se le computarían al Sr. B los diez meses de condena a efectos de trienios y derechos pasivos, así como que durante ese tiempo percibiría las retribuciones correspondientes a suspenso de empleo.

Además, el recurrente se hallaba en la reserva transitoria desde el 1 de agosto de 1990. Dado que esa situación es irreversible, según señala el artículo 3.1 del Real Decreto 1000/1985, de 19 de junio, por el que se establece la situación de reserva transitoria en el Ejército de Tierra, y que su artículo 6.2 prevé que las retribuciones de quienes se encuentren en ella seguirán las mismas vicisitudes y cambios de su concepto y cuantía que experimenten las del personal en servicio activo, el Ministerio de Defensa aplicó la pena de suspensión en los extremos en que, a su entender, lo permitía la situación administrativa de reserva transitoria. El recurrente consideraba, por el contrario, que, en sustancia y en cuanto al fondo, había cumplido su condena mientras estuvo privado de libertad y que no se le pueden aplicar los efectos de una situación, la de suspensión de empleo, en la que no se encontraba ni podía encontrarse.

El Ministerio Fiscal informó que, habiéndose adoptado la resolución de 13 de julio de 1998 en un procedimiento disciplinario militar en cumplimiento de una Sentencia del Tribunal Militar Central, no se discutía sobre actos administrativos sino sobre las consecuencias de la imposición de una pena y que, por ello, debía ser la Jurisdicción Militar la que resolviera el litigio. Por su parte, el Abogado del Estado alegó que se aplicaban únicamente normas administrativas en materia de personal aunque ello fuera en cumplimiento de una Sentencia del Tribunal Militar Central. Por eso, consideró que el asunto corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Y en el mismo sentido se manifestó el recurrente.

La Sección Novena de la Sala de Madrid acogió el parecer del Ministerio Fiscal y declaró, por Auto de 24 de febrero de 2005, su falta de jurisdicción a favor de la militar. Decía en sus razonamientos jurídicos que el problema a resolver era el del alcance de la pena de suspensión de empleo

en quien se halla en la concreta situación de reserva transitoria y que eso no era más que una cuestión propia de la ejecución de Sentencia, a conocer por el Tribunal sentenciador. Adujo, asimismo, en apoyo de su conclusión la Sentencia n° 7/1996, de la Sala de Conflictos de Jurisdicción prevista en el artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 28 de octubre de 1996, dictada en el conflicto negativo 5/1996.

Ahora bien, el Tribunal Militar Central, acogiendo el informe del Fiscal Jurídico Militar, para quien el presente litigio tiene naturaleza administrativa exclusivamente, no siendo una incidencia en la ejecución de Sentencia, dictó el Auto de 28 de junio de 2005 declarando su falta de jurisdicción y afirmando la del orden contencioso-administrativo. Explicaba en su fundamentación que lo debatido no es más que el efecto puramente administrativo de una pena accesoria. Es decir, que se estaba ante la aplicación del Derecho Administrativo por los órganos encargados de la gestión del personal y que dilucidar si desde la situación de reserva transitoria se puede pasar a la de suspenso de empleo y si procede que el Comandante Blázquez Motos perciba durante el tiempo de la condena las retribuciones del suspenso de empleo, es cuestión a resolver por la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Invocaba en apoyo de esta posición el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción y el 361 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

Ya ante el Tribunal Supremo, el Ministerio Fiscal y el Fiscal Togado presentaron informes de signo contrario. El primero insiste en que el recurso del Comandante B plantea el problema de los efectos administrativos de la pena accesoria de suspensión de empleo. Es decir, una cuestión propia del Derecho Administrativo a conocer por la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Observa, además, apoyándose en la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 15 de junio de 1998, que la Jurisdicción Militar se circunscribe en nuestro ordenamiento jurídico al ámbito estrictamente castrense.

En cambio, el segundo, entiende que debe ser el Tribunal Militar Central el llamado a decidir esta controversia. El Fiscal Togado sostiene su posición en los argumentos que resumimos seguidamente: *«Recuerda, en primer lugar, que, de acuerdo con los artículos 10.2 y 339 de la Ley Orgánica 2/1989, y, también, conforme al artículo 117.3 de la Constitución, la ejecución de las Sentencias corresponde al Tribunal sentenciador (1). Después, afirma que el Tribunal Militar Central se ha declarado incompetente en virtud de una interpretación inadecuada del artículo 361 de la Ley Orgánica 2/1989 porque en él se distingue entre la ejecución material de la pena de suspensión de empleo por el Ministerio de Defensa y la*

determinación de su duración (liquidación). Y que este último aspecto corresponde decidirlo al Tribunal sentenciador en ejecución de Sentencia (2). Por eso, entiende el Fiscal Togado que el Tribunal Militar Central se ha separado del criterio establecido por la Sentencia nº 7, de 28 de octubre de 1996, de la Sala de Conflictos de Jurisdicción prevista en el artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictada en un supuesto análogo al presente y que precisa que corresponde a la Jurisdicción Militar cuanto afecta a la liquidación de la condena (3). Advierte, luego, que el Tribunal Militar Central se habría apartado del criterio plasmado en sus Autos de 30 de julio y de 10 de noviembre, ambos de 1999 (4). Finalmente, aclara, citando al respecto la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1990, que los actos dictados por la Administración en ejecución de Sentencia no son susceptibles de recurso contencioso-administrativo y que la errónea interpretación del Tribunal Militar Central puede haber sido inducida por la resolución del Teniente General Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra de 1 de diciembre de 1998, que ofrecía el recurso contencioso-administrativo al Comandante sin tener en cuenta que el informe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa del 24 de noviembre anterior apuntaba a la Jurisdicción Militar como la llamada a resolver los extremos suscitados por el recurrente(5)».

Con este planteamiento se reproduce, por su interés, la argumentación de la Sala de Conflictos de Jurisdicción:

«Según se desprende de la exposición que hemos hecho de los términos en que está planteado este conflicto negativo, tiene gran importancia la Sentencia nº 7, de 28 de octubre de 1996, de la Sala de Conflictos de Jurisdicción, pues en ella se basan tanto la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo como el Fiscal Togado para sostener que debe ser la Jurisdicción Militar la que conozca de este asunto. Veamos, por tanto, qué es lo que dice esa Sentencia.

La Sala de Conflictos de Jurisdicción resolvió entonces un conflicto negativo entre la Sección Segunda del Tribunal Militar Territorial Primero y la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid surgido en la ejecución del sumario 17/20/90. También se discutía entonces sobre la pena accesoria de suspensión de empleo durante el tiempo de la condena impuesta a un Teniente del Ejército del Aire. Y, como ha sucedido aquí, se planteó su cumplimiento una vez cumplida la pena de privación de libertad. Ahora bien, en aquél caso el condenado no se hallaba en situación de reserva transitoria y, como reflejan los antecedentes de la Sentencia, no había constancia de

que el Tribunal militar hubiera remitido en su momento a la Jefatura del Estado Mayor del Ejército del Aire la liquidación de condena y del tiempo de servicio a los efectos del artículo 361 de la Ley Orgánica 2/1989. En estas condiciones, el problema que llevó a la postre al conflicto era, precisamente, el de determinar el tiempo y el modo de computar la pena accesoria de suspensión de empleo.

Y lo que dijo la Sala de Conflictos de Jurisdicción fue lo siguiente:

«TERCERO.—Partiendo del hecho de que lo que está en cuestión es el cómputo de la pena accesoria de suspensión de empleo impuesta en sentencia del Tribunal Militar Territorial 1º, es claro que el conocimiento de tal «asunto» corresponde a la ejecución de dicha sentencia, y por ende a la potestad jurisdiccional definida en los arts. 2 y 12,1 y 16 LO 4/1987 de 15 julio, de Competencia y Organización de la jurisdicción Militar, y dentro de ella a la competencia atribuida al Tribunal sentenciador de 1ª instancia, según lo dispuesto en los arts. 10, regla 2ª y 339 LO 2/1989.

Lo que se suscita en la solicitud del teniente condenado en la sentencia de la jurisdicción Militar es una cuestión acerca de la liquidación de la sentencia en su contenido alusivo a la pena accesoria de suspensión de empleo, y tal cuestión no es todavía propiamente de ejecución de la pena, sino previa a ella, de ejecución de la sentencia, como tal atribuida a la competencia del órgano judicial que hubiera conocido del procedimiento en 1ª instancia, con arreglo al precepto de última cita.

No cabe por ello la inhibición del órgano judicial que se expresa en su providencia de 25 octubre 1995, que implícitamente parte de su falta de jurisdicción para enjuiciar «la resolución administrativa que determina el comienzo de la ejecución de la pena de suspensión de empleo». Tal modo de proceder se asienta en una inteligencia inadecuada del art. 361 LO 2/1989, que confía al Mº Defensa la ejecución de la pena de suspensión de empleo, pero una cosa es la ejecución material de la pena, y otra la determinación de su duración, y de los días inicial y final, lo que corresponde a la liquidación de la sentencia, que es competencia irrenunciable del Tribunal.

Esa distinción de contenidos: definición de la pena accesoria y ejecución material de la misma, es constatable sin dificultad en el citado art. 361, en el que se establece que la ejecución de la pena por el Mº Defensa debe tener lugar «una vez recibido testimonio de la ejecutoria, de la liquidación de condena y de la de tiempo de servicio, que le remitirá el Tribunal que esté conociendo del procedimiento». No existe así la más mínima base para poder entender que la determinación del día de comienzo de la ejecución de la pena de suspensión pueda ser facultad sustraída al

órgano jurisdiccional y atribuida al Mº Defensa, que es la inteligencia que subyace en la providencia de 25 octubre 1995.

Ni existe tampoco base legal para que el Tribunal sentenciador pueda justificar la inhibición del ejercicio de la potestad jurisdiccional que tiene atribuida, para la resolución de una incidencia de ejecución suscitada por el condenado, en ejercicio de la facultad que le otorga el art. 344 LO 2/1989, amparándose en una diligencia de ejecución del Secretario Relator, como hace en la providencia de tan reiterada cita.

La competencia atribuida al Tribunal en los preceptos referidos, y la exigencia general del art. 11,3 LOPJ, nos llevan, en definitiva, a resolver el conflicto jurisdiccional en favor del Tribunal Militar Territorial 1º, al que se remitirán las actuaciones, poniéndose en conocimiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ Madrid».

Así, pues, como establece la sentencia comentada, se distingue, a partir del artículo 361 de la Ley Orgánica 2/1989 y a propósito de la pena accesoria de suspensión de empleo, entre la definición de la misma y su ejecución material y, habida cuenta de que lo discutido en el supuesto que se le planteó tenía que ver con tal definición, se pronunció a favor de la Jurisdicción Militar.

Continúa diciendo el Tribunal Supremo que: *«En el caso que nos ocupa no estamos, en realidad, ante un problema de definición de la pena en los términos en que hablaba de ella la Sala de Conflictos de Jurisdicción en esta Sentencia. No se trata de decir cuando empieza y cuando termina. Por el contrario, la cuestión a resolver guarda más relación con el contenido positivo y negativo de la situación de reserva transitoria y con los actos del Ministerio de Defensa dictados para la ejecución material de la pena accesoria de suspensión de empleo. De su alcance no se duda, según resulta de los informes de la Asesoría Jurídica de ese Departamento que obran en el expediente. Tampoco se discute sobre sus momentos inicial y final. El problema de fondo es, por tanto, el de qué actos de ejecución material debe dictar la Administración, habida cuenta de la situación de reserva transitoria del condenado, para que cumpla la condena también en lo que respecta a la pena accesoria que le fue impuesta.*

En estas condiciones y desde la doctrina sentada por la Sala de Conflictos de Jurisdicción en la Sentencia de 28 de octubre de 1996 interpretando el artículo 361 de la Ley Orgánica 2/1989, la solución debe ser aquí la contraria de la que allí se adoptó. En efecto, aun reconociendo que es inevitable en supuestos de este tipo que se presenten entremezclados aspectos de la ejecución de Sentencia y otros que propiamente constituyen actuación administrativa, se trata de determinar en cada caso cuáles son

los que predominan y resolver en función de ellos la Jurisdicción que debe conocer de los mismos cuando surja controversia al respecto. A esto es a lo que se refería la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1990 invocada por el Fiscal Togado.

Recordaba que, efectivamente, hay actos de la Administración dictados en ejecución de lo juzgado que no son revisables mediante un recurso contencioso-administrativo, precisamente por tener ese único sentido, mientras que otros, aunque guarden una clara conexión con esa ejecución, gozan de propia autonomía y pueden ser fiscalizados por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Pues bien esto último es lo que sucedía con los considerados en dicha Sentencia. En ella se examinaba la procedencia de un incidente de inejecución de Sentencia instado por el Abogado del Estado y de la declaración de la imposibilidad legal de que se ejecutara en sus propios términos, con el consiguiente reconocimiento a quienes interpusieron el recurso contencioso-administrativo del derecho a ser compensados mediante la indemnización de los daños y perjuicios que les hubiere originado esa inejecución. Y los actos de la Administración con autonomía suficiente para merecer un enjuiciamiento propio en la vía contencioso-administrativa eran los cambios sobrevenidos del planeamiento urbanístico que hacían viable la concesión de una licencia y el otorgamiento de la misma, con la consecuencia de legalizar las obras objeto de la Sentencia cuya ejecución devenía así imposible.

Al igual que sucede con la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción, también esta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, confirmatoria de lo razonado y fallado por la Audiencia Territorial de Barcelona, en la que se apoya el Fiscal Togado aporta elementos para llegar a la conclusión contraria a la que defiende. Los actos del Ministerio de Defensa combatidos por el Comandante B. tienen suficiente autonomía para merecer el enjuiciamiento por la Jurisdicción Contencioso Administrativa porque plantean, sobre todo, no el mero cumplimiento de la pena de suspensión de empleo, no cuestionado por el Ministerio de Defensa, el cual dicta las resoluciones de 13 de julio y de 1 de diciembre de 1998 precisamente para hacerla efectiva, sino las características del régimen jurídico de la situación administrativa de reserva transitoria. En particular, cuál es el significado de la irreversibilidad que de la misma predica el artículo 3.1 del Real Decreto 1000/1985 y el sentido de la previsión de su artículo 6.2.

Es decir, son problemas suscitados, aunque sea con motivo de la ejecución de una Sentencia, sobre la aplicación de normas administrativas en materia de personal por los órganos competentes del Ministerio de Defensa. Normas estas que, además, comportan, al parecer de la Administra-

ción, que el cumplimiento de la pena accesoria de suspensión de empleo se produzca bajo una modalidad que no incluya todos los elementos típicos de la misma».

Por último se determina que: «Finalmente, hemos de decir que la invocación por el Fiscal Togado de los Autos del Tribunal Militar Central de 30 de julio y de 10 de noviembre de 1999 no cambia cuanto acabamos de decir. En ellos subraya, por lo que ahora importa, que la resolución de 13 de julio de 1998 del General Director de Gestión de Personal del Ministerio de Defensa no hace otra cosa que aplicar los efectos administrativos de la condena penal militar. Pues bien, que sea así no significa que el Tribunal Militar Central haya incurrido en la contradicción que apunta el Fiscal Togado, ya que la Jurisdicción Contencioso Administrativa puede conocer de los recursos interpuestos contra los actos de la Administración que aplican los efectos administrativos de la condena penal, tal como sucede en todos los supuestos en que acuerda la separación de funcionarios condenados a inhabilitación absoluta o especial.

La circunstancia de que en tales casos existan normas legales [el artículo 37.1 d) del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, o los artículos 65.1 d) de la Ley 17/1989, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional y, después, 146.1 c) de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Personal de las Fuerzas Armadas] que disponen la pérdida de la condición de funcionario o de militar de carrera por la condena penal a inhabilitación, no es óbice a lo dicho. Porque también aquí nos encontramos con normas administrativas --las correspondientes a la situación de reserva transitoria-- que inciden directamente en la aplicación de los efectos administrativos de la pena de suspensión de empleo con lo que dotan a los actos del Ministerio de Defensa que están en el origen de este conflicto de sustantividad suficiente para que conozca de ellos la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En último extremo y en cualquier caso, conviene tener presente que en esta sede no se examina la coherencia del Tribunal Militar Central con sus resoluciones precedentes, sino si el litigio promovido por el Comandante B. debe ser resuelto por la Jurisdicción Militar o por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por los anteriores razonamientos la Sentencia declara que: «corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, en particular, a la Sección Novena de la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, resolver sobre las pretensiones deducidas por el Comandante B. en relación con las resoluciones de 13 de julio y 1 de diciembre de 1998 del Ministerio de Defensa».

DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Por José-Leandro Martínez-Cardos Ruiz
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO:

I. Comentario general de doctrina legal.- II. Doctrina legal del Consejo de Estado: 1. Disposiciones administrativas de carácter general.

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

1. LA ACTUALIZACIÓN DE LAS CANTIDADES CON QUE SE INDEMNIZA

La regla del artículo 141.3 de la Ley 30/1992 exige diferenciar entre dos cuestiones, el cálculo de la indemnización, que ha de hacerse con arreglo al momento en que se produce “efectivamente” la lesión, y su actualización, a la fecha en que se resuelve el procedimiento. La producción efectiva de la lesión suele identificarse con el hecho lesivo, aunque no es lo mismo; cuando se trata de lesiones personales, se atiende al momento de curación o “determinación del alcance de las secuelas” (por la regla del artículo 142.5), buscando el momento de “estabilización” de tales lesiones.

Ahora bien, esas correcciones, que tratan de atenuar el alcance de aplicación de la actualización (precisamente por razón de las tendencias restrictivas en su interpretación), no son adecuadas. El tenor de la Ley impone atender a la fecha de la lesión, que tanto quiere decir como hecho lesi-

vo. La curación o determinación del alcance de las secuelas tiene relevancia para la valoración económica de las mismas (por regla general conforme al baremo de indemnización para los accidentes de tráfico). La “estabilización” opera como límite al instituto de la prescripción (tal es la regla del artículo 142.5). Así pues, si la actualización se realiza correctamente no es necesario desvirtuar el momento del cálculo inicial.

Esa actualización atiende al criterio de reparar el retraso en el cumplimiento por la Administración de atender su deber de indemnizar y tal fue el motivo de la reforma de la Ley 4/1999 que da al artículo 141.3 su actual redacción. El retraso en el cumplimiento no es asimilable a la indemnización de daños y perjuicios, que surge por el incumplimiento de la obligación con arreglo a la regla general del artículo 1101 CC, y que, convertida en una obligación monetaria se traduce en el pago de los intereses legales (artículo 1104 CC). El pago de los intereses completa el monto total a resarcir pero requiere de una base (porque la obligación ha de ser líquida, cierta y determinada); la regla civil adopta cierta peculiaridad en el Derecho público en la medida que esa certeza requiere de un procedimiento administrativo que comporta el transcurso de un plazo de tiempo, y frente a la misma la solución es la adoptada por el artículo 45 LGP, que en realidad convierte en una carga del interesado y afectado el transcurso del plazo de duración del procedimiento. Esa configuración es la que llevó a la jurisprudencia también a imputar al propio interesado la dilación en reclamar, fijando como cuantía base la reclamada al iniciarse el procedimiento con el argumento de ser la compensación fijada entonces por el propio reclamante.

La redacción vigente del artículo 141.3 tiene otro alcance y significado. La actualización supone la conversión monetaria del cálculo inicial, referido al momento del hecho lesivo, hasta la fecha en que se resuelve el procedimiento iniciado y atiende a la doctrina del Consejo de Estado que fue construida desde el año 1968 en relación a los contratos administrativos. En cuanto tal, supone una revisión de la valoración inicial que atiende a la consideración de la prestación de reparación como deuda de valor.

Siendo así y en el caso de lesiones personales no se realiza una “actualización”, en el sentido legal mediante la aplicación del baremo vigente para evaluar el importe de las lesiones en el momento de dictarse la resolución del expediente. Cuando hay una demora grande, como se ha apreciado en numerosos expedientes este año, de entre dos a seis años, las diferencias de valoración son extremadamente sensibles y quiebran enteramente el concepto de actualización. De un lado la formación anual de ese baremo tiene la finalidad de ajustar el criterio de solidaridad que rige en

materia del seguro conforme a la legislación de la Unión Europea, a las posibilidades financieras de las entidades del ramo, y su repercusión principal, en términos económicos, atañe a la formación de reservas por dichas entidades. Desde la perspectiva del afectado atiende al momento temporal de producción del daño, precisamente porque en ese momento la exigencia del regulador respecto de las entidades aseguradoras es diferente. Entenderlo de otro modo supondría estar en un sistema tasado de indemnizaciones por daños corporales, que no es el vigente, y lleva a una discriminación no deseada entre las víctimas, pues aquellas que son atendidas prontamente reciben una cantidad muy inferior a las que lo son después, desvirtuándose el concepto de deuda de valor para aproximarse al de “pago de la sangre” de las antiguas costumbres germánicas. Además se produciría un enriquecimiento injusto, en la medida de que quien efectúa el pago es la Administración del Estado con recursos generados por los ingresos públicos, que se distribuyen mediante el sistema tributario, entre toda la población. No ha de olvidarse que además de estarse ante el pago de la indemnización debida, se está, sobre todo, en una función de gasto público.

Por ello convendría fijar con claridad un criterio en esta materia, particularmente para el proceder normal de la Administración, haciendo efectiva la regla de igualdad en la aplicación de la Ley que se impone mediante el valor del precedente administrativo, fijando éste mediante instrucciones de servicio o circulares.

2. LA REPARACIÓN IN NATURA

El artículo 141.4 de la ley 30/1992 plantea esta posibilidad, que cobra especial relevancia en materia de obras públicas. Particularmente sucede en bastantes ocasiones que el daño ocasionado por la construcción de una vía pública ocasiona daños que, de modo natural, han de ser reparados en especie, como la destrucción de una arqueta o tubería, la formación de grietas en un inmueble a causa de las obras, el deterioro de cultivos, etcétera. De hecho en gran número de expedientes se plantea esta posibilidad como forma de solución del conflicto.

Ahora bien, cuando esos expedientes de responsabilidad llegan a su fase de consulta suele haber transcurrido un tiempo dilatado entre el momento en que aquella reparación in natura era adecuada y necesaria y el actual. Aceptar al concluir el procedimiento administrativo esa posibilidad supondría dejar sin atender el daño ocasionado por la tardanza en su

aplicación. Y, en la medida en que la reposición de un elemento destruido u otra modalidad de reparación de esa índole, tiene una concreta valoración económica, es más práctico resarcir el importe que resulte, que comprendería también el de aquella demora, salvo que haya una aceptación expresa y cercana en el tiempo del interesado.

Ello convierte a esta modalidad en una más cercana al mutuo acuerdo, aun cuando técnicamente no reviste la modalidad del artículo 88 de la Ley 30/1992, razón por la que se está ante una posibilidad, contemplada por la ley y que de modo natural resultaría oportuna, en desuso.

Desde la perspectiva del actuar administrativo se lograría una mayor eficiencia si esa posibilidad, ofrecida y aceptada inicialmente por el interesado, diera lugar a la tramitación simplificada y acelerada del expediente. O bien, en los casos en que se plantea más tardíamente, si se articulase un mecanismo de conformidad sustitutorio del trámite de audiencia y previo a una resolución también inmediata del procedimiento, lo que requeriría una tramitación igualmente más corta de la consulta al Consejo de Estado, que fácilmente puede alcanzarse mediante una fórmula de despacho como la sugerida.

3. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

Se plantea la eficacia interruptiva de la prescripción respecto de actuaciones civiles seguidas frente a terceros (ajenos a la Administración general del Estado) y en relación con procedimientos penales, lo que sugiere ciertas reflexiones.

La iniciación de procedimientos civiles puede tener alcance interruptivo de la prescripción en la medida en que se ajuste a la regla del artículo 1973 CC, y haya, como proclama la jurisprudencia, “una relación razonable con el objeto de la reclamación y las circunstancias de la misma”. La referencia al “objeto” tiene importancia en la medida en que, tratándose de responsabilidad patrimonial del Estado, se está ante un hecho lesivo imputable a la actuación administrativa, sin que sea posible escindir el hecho ni de la lesión que causa ni de la imputación al funcionamiento del servicio público. Por eso cuando el procedimiento civil se dirige contra terceros a quienes se estima responsables, se está excluyendo la reclamación frente a la Administración en el sentido del artículo 1973 CC y no se puede dar virtualidad interruptiva de la prescripción a ese proceder. Ello sucede cuando en un accidente se ejerce una acción civil, que luego fracasa, frente a la entidad aseguradora o ante el Consorcio de Compensación de Seguros.

Cuando se trata de procedimientos penales se suscita la cuestión en la medida en que el mismo no se dirige frente a la Administración del Estado. Ahora bien, una vez que la regla del artículo 146.2 de la Ley 30/1992 suprimió (con la reforma de la ley 4/1999) la no interrupción por cualquier proceso penal, habría de estarse, como regla general, a la medida en que el procedimiento seguido tiene como efecto la fijación de la certeza de los hechos y la concreción de su posible atribución a una actuación administrativa. Es decir, si a través del procedimiento resulta posible, con una investigación de los hechos, concretar la medida en que el funcionamiento del servicio público concurrió a los mismos, tendría virtualidad interruptiva de la prescripción y no en caso contrario. Ello requiere atender al objeto del proceso penal y su delimitación en el seno del mismo, y en estos casos por la primera actuación penal, la incoación de diligencias, en relación con la que concluye el proceso. Cuando el proceso tiene una finalidad que sirve para determinar los hechos, como es la determinación de la cuantía máxima de responsabilidad a exigir conforme al artículo 13 de la Ley sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Real Decreto legislativo 8/2004 de 29 de octubre), y establecer sus circunstancias, entonces sí surte ese efecto interruptivo de la prescripción. No en caso contrario.

Ello exige determinar los momentos entre los cuales se entiende interrumpida la prescripción. Dado que la finalidad de la misma es la de permitir, sin dejar en indefensión al interesado, concretar las circunstancias de esa imputación del hecho lesivo al actuar administrativo, los tendrá a partir del momento en que se inicia por denuncia o querrela o de oficio el proceso penal, y hasta el momento en que se dicta la resolución que o bien le pone término o bien, tras el mismo, contribuye a aquella fijación (como es la determinación de la cuantía máxima de responsabilidad, en el caso del artículo 13 de la ley sobre responsabilidad civil en la circulación aludido, que normalmente se produce una vez terminado el proceso penal).

Finalmente hay casos en que se pretende ese efecto interruptivo de la prescripción “ad cautelam”, cuales son las quejas formuladas, normalmente por entidades aseguradoras, “a los solos efectos de interrumpir la prescripción”. La cuestión que plantean es la de que, a los efectos del artículo 1973 CC, es necesario identificar el objeto de la reclamación y se requiere el efectuarla; desde la perspectiva administrativa obliga a tramitar el procedimiento y a calificar la manifestación hecha de algún modo que no tiene cabida en el mismo, bien como desistimiento de la acción, bien como petición de suspensión. En efecto la suspensión por causas imputables al interesado tiene un tratamiento propio en el procedimiento admi-

nistrativo, que es el de la caducidad del artículo 92 de la Ley 30/1992; y el desistimiento también, con la consecuencia añadida de no interrumpir la prescripción. En realidad, desde la óptica del particular afectado se trata de una protesta con reserva de su acción; sin embargo en el Derecho público esta figura, la reserva no puede cumplir una función análoga a la que desempeña en el Derecho privado porque las competencias públicas no son disponibles y tampoco el interés público.

La fórmula más adecuada sería la de iniciar la tramitación del procedimiento a la vista de una manifestación escrita de esa índole, y utilizar el mecanismo del artículo 92 de la Ley 30/1992, dando lugar a la terminación del procedimiento por caducidad si el interesado persiste en su deseo de suspensión del mismo. La posibilidad del artículo 71 de la Ley 30/1992, que llevaría a la inadmisión de la petición, resultaría excesivamente rigorista para la finalidad real perseguida. Para actuar de otro modo, y conceder el efecto querido, de reserva, que es la posición real de las entidades aseguradoras al actuar así, sería precisa una norma reglamentaria que modulase tales efectos.

4. LAS RECLAMACIONES DE GUARDIAS CIVILES POR LESIONES ACAECIDAS EN SERVICIO DE TRÁFICO

Son frecuentes, por otra parte, la presentación de reclamaciones por parte de Guardias Civiles por lesiones sufridas en el ejercicio de sus funciones y que se basa en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A este respecto debe tenerse en cuenta que las indemnizaciones correspondientes son debidas ante todo en atención al deber de protección de la Administración del Estado respecto de sus funcionarios, como es la doctrina consolidada del Consejo de Estado, conforme a la cual, estándose ante un título específico de indemnización no cabe acudir al procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Ello no obstante, en la medida en que ese título específico fuere insuficiente o su falta de aplicación impidiera el resarcimiento debido, el instituto de responsabilidad patrimonial permitiría atender las reparaciones debidas, pero precisamente por la razón de esa insuficiencia o falta.

Es decir, la posible responsabilidad por funcionamiento del servicio público de carreteras no tendría cabida en ninguno de los dos casos, si bien esa posible insuficiencia daría lugar a la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial que habría de serlo por parte del Ministe-

rio del Interior, y en el seno del cual cabría determinar el hecho lesivo mediante la petición de los informes pertinentes a la demarcación de carreteras.

Para que pudiera examinarse una posible responsabilidad patrimonial por funcionamiento del servicio de carreteras habría de estarse ante una situación de falta de servicio por parte del guardia civil implicado, mereciendo entonces el mismo trato que cualquier otro particular.

II. DOCTRINA LEGAL

1. DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER GENERAL

“1. El proyecto de Real Decreto tiene por objeto para la reforma del Comité de Regulación Ferroviaria.

El citado Comité está regulado en los artículos 82 y siguientes de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, y en el título VI del Reglamento del Sector Ferroviario, aprobado por Real Decreto 2387/2003, de 17 de noviembre. Su existencia trae causa de la Directiva 2001/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización, cuyo artículo 30.1 impuso a los Estados miembros la obligación de constituir un organismo regulador independiente del administrador de infraestructuras, del organismo de tarificación, del adjudicador de capacidad y de los candidatos a operadores ferroviarios.

2. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 2 de abril del mismo año, dispone en su apartado 3, decimotercero (“Mandato al Ministerio de Fomento para que cree un regulador independiente del mercado del transporte ferroviario”) que *“el Ministerio de Fomento presentará al Gobierno, antes del 1 de noviembre de 2005, un anteproyecto de ley por el que se modifique la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario, con el objetivo de crear un Comité de Regulación Ferroviaria independiente como ente regulador del mercado del transporte ferroviario que contribuya a impulsar la eficiencia, objetividad y transparencia en el funcionamiento de los mercados ferroviarios, en beneficio de todos los sujetos que operan en dicho sistema y de los usuarios y consumidores. En dicho anteproyecto se desarrollarán, asimismo, la estructura y funciones*

del Comité de Regulación Ferroviaria, así como todas las disposiciones necesarias para su correcto funcionamiento”.

El Ministerio de Fomento ha elaborado el proyecto de Real Decreto sometido a consulta en lugar de presentar al Gobierno el anteproyecto de Ley a que se refiere el transcrito acuerdo del Consejo de Ministros. En el informe de la Secretaría General Técnica del Departamento se señala que se hace así por cuanto el Comité de Regulación Ferroviaria está ya creado por la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, de tal suerte que no existen razones para la elaboración del anteproyecto de ley.

3. El Consejo de Estado considera que el proyecto de Real Decreto sometido a consulta no satisface el mandato hecho al Ministerio de Fomento en el citado acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, ni en lo tocante a la forma de la disposición ni en lo relativo a la finalidad perseguida.

El mandato hecho por el Consejo de Ministros al Ministerio de Fomento fue la preparación de un anteproyecto de ley de modificación de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, no la elaboración de una norma reglamentaria. A juicio de este Consejo, el cumplimiento de tal mandato no puede obviarse con la afirmación de que el Comité de Regulación Ferroviaria ya está creado en la referida norma y regulado en el Reglamento del Sector Ferroviario. Al adoptar el acuerdo de 25 de febrero de 2005, el Consejo de Ministros no ignoraba tal circunstancia. Antes al contrario, teniéndola presente, ordenó la preparación de un texto que pudiera ser adoptado como anteproyecto de ley y que tuviera por objeto la modificación del régimen contenido en la citada Ley 39/2003, de 17 de noviembre.

Además, la norma elaborada no permite alcanzar el objetivo perseguido por el Consejo de Ministros y plasmado en su acuerdo de 25 de febrero de 2005. El mandato hecho al Ministerio de Fomento y consistente en elaborar un texto que pueda ser adoptado como anteproyecto de ley tiene un objetivo claro: *“crear un Comité de Regulación Ferroviaria independiente como ente regulador del mercado del transporte ferroviario”*. La lectura del mandato pone de manifiesto que lo ordenado es crear un ente, expresión que tiene en nuestro ordenamiento jurídico un concreto alcance. Se trata de crear una entidad con personalidad jurídica, distinta de la Administración General del Estado. Se trata de crear, además, una entidad administrativa independiente de los órganos competentes en materia de gestión ferroviaria y de determinar su estructura y funciones. No se cumple pues el objetivo perseguido con modificar la actual regulación reglamentaria de un órgano administrativo incardinado en el Ministerio de

Fomento y que no goza de autonomía funcional, como es el actual Comité de Regulación Ferroviaria.

La exigencia de que el Comité de Regulación Ferroviaria sea un organismo regulador independiente del administrador de infraestructuras, del organismo de tarificación, del adjudicador de capacidad y de los operadores deriva, como se ha dicho, de la Directiva 2001/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001. La Ley 39/2003, de 17 de noviembre, sin embargo, lo configuró como un órgano integrado en el Ministerio de Fomento.

Ya, con ocasión del dictamen 382/2003, de 27 de febrero de 2003, emitido al examinar el Anteproyecto de Ley del Sector Ferroviario, este Consejo de Estado manifestó que:

“El Consejo de Estado manifiesta su radical disconformidad con los términos de la formulación propuesta. En efecto, el Comité de Regulación Ferroviaria, tal como se concibe en el anteproyecto, aparece como un mero órgano administrativo, no como una entidad u organismo desvinculado de la Administración activa. Pero, además, se trata de un Comité, no adscrito, sino incardinado en el Ministerio de Fomento, quien es a su vez, a efectos de la Directiva y de conformidad con lo prevenido en el artículo 44.1 del anteproyecto, el organismo adjudicador; esto es, el competente para otorgar licencias destinadas a las prestación del servicio de transporte ferroviario, lo que no se compadece con las previsiones del artículo 30 de la Directiva comunitaria anteriormente citada, ni tampoco con la formulación adoptada por el legislador patrio en otros sectores regulados. En consecuencia, el Consejo de Estado es de la opinión que deben reconsiderarse los términos del estatuto jurídico del Comité de Regulación Ferroviaria en el sentido de atribuir la condición de “organismo regulador” del sistema de transporte ferroviario a una entidad u organismo independiente de la organización y actividades de la Administración ferroviaria activa”.

Con el proyecto de Real Decreto sometido a consulta se pretende modificar la regulación reglamentaria del Comité de Regulación Ferroviaria a fin de dotarle de autonomía funcional y de constituirlo como órgano independiente de la Administración activa. Aunque, como se ha señalado, este Consejo de Estado comparte la conveniencia de asegurar la finalidad perseguida, puesto que así se daría riguroso cumplimiento a las previsiones de derecho comunitario que justificaron la creación del referido órgano y a los criterios que informan su propia razón de ser -independencia funcional y su

autonomía frente al administrador de infraestructuras, al organismo de tarificación, al adjudicador de capacidad y a los operadores ferroviarios-, no considera este Cuerpo Consultivo que ello pueda articularse mediante una simple modificación del vigente Reglamento del Sector Ferroviario.

Y ello por la forma en que el Comité de Regulación Ferroviaria está configurado en la Ley 39/2003, de 17 de noviembre. Esta disposición lo instituyó como órgano integrado en el Ministerio de Fomento y sujeto al control de la legalidad de su actuación por parte de su titular, más que como autoridad independiente en materia ferroviaria. Así se deduce del artículo 82.1 que establece que *“se crea el Comité de Regulación Ferroviaria como órgano colegiado integrado en el Ministerio de Fomento...”*, previsión ésta que se ve reiterada por el artículo 84 al señalar que *“estará integrado en éste (el Ministerio de Fomento), a efectos presupuestarios y organizativos”* y del artículo 83.5 del mismo cuerpo legal al decir que sus *“resoluciones... serán recurribles en alzada ante el Ministro de Fomento”*. Y, con arreglo a dichos estrictos márgenes, no es dable a la norma reglamentaria configurar al Comité de Regulación Ferroviaria, no ya como entidad, sino como simple órgano independiente y por lo tanto excluido de las reglas generales de ordenación de los órganos administrativos.

La configuración legal del Comité de Regulación Ferroviaria como órgano integrado en el Ministerio de Fomento hace inviable, a juicio de este Consejo, no ya su calificación como órgano independiente sino incluso la calificación de *“órgano colegiado adscrito orgánicamente al Ministerio de Fomento”* que se contiene en texto proyectado para el artículo 138.1 del Reglamento del Sector Ferroviario. Y es que, en las normas reguladoras de la organización administrativa, la *“integración”* comporta, de un lado, formar parte, insertarse en el seno de otro órgano superior y, de otro, quedar sujeto al principio de jerarquía, con lo que ello comporta. Frente a la integración, la organización administrativa configura la adscripción como una técnica de asignación de un órgano a otro, técnica que comporta la inexistencia de una estricta relación de jerarquía entre los órganos o, en su caso, el debilitamiento de dicha relación. Así pues, no se trata de dos calificaciones jurídicas intercambiables. Por eso, cuando la Ley dispone que el Comité de Regulación Ferroviaria se integra en el Ministerio de Fomento está determinando que forma parte de él, sin que sea dable al Reglamento sustituir dicha calificación por la de *“adscrito”* al Departamento, debilitando, sino suprimiendo, la relación de jerarquía existente en dicho Comité y el titular del Departamento.

Por la misma configuración legal del Comité, también es cuestionable la regulación proyectada para el Presidente del Comité; en concreto, en lo tocante a su estatuto, nombramiento y cese.

Considera este Consejo de Estado que la configuración proyectada del estatuto del presidente de un organismo regulador, al que se le quiere dotar de estabilidad, permanencia e independencia, no se compadece adecuadamente ni con el estatuto funcional o cuasifuncional con que está concebida la figura del presidente del Comité en la Ley 39/2003, ni es posible articularla mediante disposición reglamentaria.

En relación con el nombramiento, el artículo 139.2 del Reglamento del Sector Ferroviario recibe nueva redacción conforme al número 2 del artículo único del proyecto, previéndose que “*el nombramiento del Presidente, que recaerá igualmente entre funcionarios en activo del Ministerio de Fomento que pertenezcan a los cuerpos y escalas del Grupo A, será propuesto por el Ministro de Fomento y acordado por el Consejo de Ministros*”. Sin embargo, el artículo 82.2 de la citada Ley 39/2003, de 17 de noviembre, establece que “*El presidente... será designado por el Ministro de Fomento*”. A juicio de este Consejo, la atribución hecha en el proyecto al Consejo de Ministros no es posible, toda vez que la competencia para nombrarlo se atribuye al Ministro de Fomento de manera clara y expresa en la Ley, sin que pueda articularse una previsión reglamentaria, a modo de avocación, en favor del referido Consejo.

En relación con el cese del presidente del Comité -al que se le reconocerá la categoría de Director General según la memoria económica-, la modificación proyectada limita sus causas, objetivándolas y enumerando unas, propias de los funcionarios públicos, y otras, de los titulares los organismos reguladores independientes. Prevé, incluso, que “*el expediente que haya de instruirse para acordar la separación tendrá carácter contradictorio*” -lo que no resulta técnicamente correcto en el caso de los titulares de órganos administrativos integrados en Departamentos ministeriales-. El Consejo de Estado considera que el establecimiento de un régimen especial de cese del presidente del Comité, en cuanto titular de un organismo regulador e independiente del sector ferroviario, debe establecerse en una disposición de rango legal, más cuando, como en el caso presente, la regulación proyectada carece de toda apoyatura en la vigente Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.

Finalmente, considera el Consejo de Estado que tampoco resulta adecuada la regulación proyectada en la otra cuestión fundamental que aborda la norma sometida a consulta. En concreto, en la cuestión atinente a las garantías de la igualdad entre empresas ferroviarias y los restantes candidatos en las condiciones de acceso al mercado de los servicios de transporte ferroviario y a la resolución de conflictos entre ellas, reguladas en las redacciones de los artículos 152 y 153 proyectados. En efecto, no es admisible la atribución al

Comité de la resolución de conflictos entre “*las empresas ferroviarias y los restantes candidatos respecto de los actos llevados a cabo por otras empresas ferroviarias o restantes candidatos que persigan discriminarlos en el acceso a las infraestructuras o a los servicios*” a que se refiere la nueva redacción del artículo 152 del Reglamento del Sector Ferroviario. La atribución de dicha competencia al Comité de Regulación Ferroviaria puede entenderse que comporta, bien la encomienda a su favor de una labor arbitral, bien una auténtica administrativización del conflicto entre particulares; pero sea cual fuere la índole de dicha atribución, lo que resulta claro es que debe ser la ley la que se la atribuya. Conforme al texto vigente de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, tal atribución no resulta patente, puesto que, si bien el artículo 83.3 dispone que “*las entidades que se consideren perjudicadas por cualquier actuación que consideren contraria a derecho podrán acudir al Comité de Regulación Ferroviaria...*”, lo cierto es que el mismo artículo 83.1.d) le encomienda únicamente “*resolver los conflictos que puedan plantearse entre el administrador de infraestructuras ferroviarias y las empresas ferroviarias en relación con*” diversas materias allí enumeradas. En otros términos, la vigente Ley no atribuye al Comité competencias para resolver conflictos entre empresas particulares y, por tanto, tampoco puede hacerlo el reglamento proyectado.

En síntesis, el Consejo de Estado considera que no procede aprobar el proyecto de Real Decreto sometido a consulta toda vez que:

a) El proyecto de Real Decreto sometido a consulta no da cumplimiento formal a lo ordenado al Ministerio de Fomento por el Consejo de Ministros en su acuerdo de 25 de febrero de 2005.

b) El fin señalado por el Gobierno en el referido acuerdo -la constitución de un organismo regulador independiente en materia ferroviaria- no se puede alcanzar mediante la reforma reglamentaria proyectada, habida cuenta los criterios informadores de la regulación contenida en la vigente Ley 39/2003, de 17 de noviembre. La consecución del referido fin exige el ejercicio de la iniciativa legislativa. Sólo así se podrá configurar el Comité de Regulación Ferroviaria como organismo regulador independiente, conforme a las exigencias de la Directiva 2001/14/Ce, de 26 de febrero de 2001, y más acorde con los tipos organizativos de otros sectores regulados.

(Dictamen 2323/2006)

“1. Los Estatutos de los Colegios profesionales y de sus Consejos Generales son normas jurídicas especiales, fruto simultáneo de la autonomía que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la Administración Corporativa y del control que se reserva a la Administración pública (Dictamen

del Consejo de Estado núm. 1961/98, de 21 de mayo de 1998). En efecto, son normas que nacen en el seno de las organizaciones profesionales, a quienes corresponde su iniciativa, según previene el artículo 6.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (“*Los Consejos Generales elaborarán para todos los Colegios de una misma profesión, y oídos éstos, unos Estatutos Generales, que serán sometidos a la aprobación del Gobierno, a través del Ministerio competente*”). Esa iniciativa no puede ser suplida por la Administración, salvo específica autorización legal. Elaborados los Estatutos, corresponde a la Administración su aprobación.

Cada organización profesional elabora los Estatutos dentro del ámbito que la Ley les reconoce, si bien, como se ha señalado, corresponde a la Administración su aprobación. El acto de aprobación se lleva a cabo por parte de un Ministro, si son Estatutos provisionales y existe habilitación legal para ello, o por el Gobierno, si los Estatutos son definitivos. La aprobación administrativa de los Estatutos no tiene otro significado que comprobar si, en el ejercicio de la potestad reguladora de su propio ámbito, las Corporaciones se mantuvieron o no dentro de los límites fijados por las normas que les son de aplicación. Por eso, pese a dicha aprobación por parte de la Administración, los Estatutos no son normas estatales (Dictamen del Consejo de Estado 3675/98, de 5 de noviembre de 1998), sino que tienen naturaleza corporativa. Y esta naturaleza no se ve alterada por el hecho de que, en su aprobación, deban observarse, de forma matizada, las prescripciones establecidas para elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general prevenidas en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y recabarse el dictamen de este Consejo de Estado, (Dictamen del Consejo de Estado núm. 4384/98, de 26 de noviembre de 1998).

2. En el caso presente, el proyecto de Real Decreto sometido a consulta tiene por objeto aprobar los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Consejo General, ciñéndose exclusivamente a los aspectos orgánicos y dejando fuera cualquier cuestión relativa a la actividad profesional de los agentes de la propiedad inmobiliaria.

3. El proyecto de Estatutos elaborado y sometido a consulta no ha sido elaborado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria pese a la invocación del artículo 6.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, contenida en la fórmula de expedición del proyecto, sino que lo ha sido por la propia Administración y, en concreto, por el Ministerio de Vivienda. Se ha oído al citado Consejo como entidad interesada en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24.1.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

En otros términos, se ha elaborado el proyecto de Real Decreto y de Estatutos como si de una norma estatal se tratara y no se ha atendido a su naturaleza de norma corporativa.

Como ha quedado expuesto, la elaboración de los Estatutos generales de los Colegios Profesionales y de sus Consejos Generales corresponde en exclusiva a las propias organizaciones profesionales, según se deduce del lo dispuesto en la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, sin que sea dable que la Administración asuma tal iniciativa salvo una específica habilitación legal (como ocurre en otros casos como es el previsto en la disposición transitoria segunda de la Ley 16/1999, de 4 de mayo, de creación del Colegio de Geógrafos). A falta de dicha específica previsión legal, la Administración no puede suplantar la voluntad corporativa, pues su función viene ceñida al ámbito de la verificación de que la potestad de organización de la corporación se ha sujetado a las prescripciones legales propias aplicables.

4. En el caso de los agentes de la propiedad inmobiliaria, no existe ninguna norma que habilite específicamente a la Administración para aprobar los Estatutos de las organizaciones colegiales, sustituyendo la voluntad corporativa. Por consiguiente, no corresponde a la Administración dar cumplimiento a la disposición adicional única de la Ley 7/1997, de 14 de abril, que previene que *“sin perjuicio de que a la entrada en vigor de la Ley queden derogados los preceptos estatutarios a que alcance la disposición derogatoria, en el plazo de un año los Colegios profesionales deberán adaptar sus Estatutos a las modificaciones introducidas por la presente Ley en la Ley 2/1974, de 13 de febrero”*, sino a las propias organizaciones colegiales que son las que tiene que asumir la iniciativa.

Así las cosas, en el estado actual de las actuaciones, el Consejo de Estado considera que no resulta legalmente posible aprobar el proyecto de Estatutos sometido a consulta, puesto que ni han sido elaborados ni, al menos, han sido asumidos expresamente por el Consejo General de Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, cuya participación en la elaboración de la norma se ha limitado a evacuar un trámite de audiencia. Por consiguiente, procede con carácter previo a la aprobación administrativa de los Estatutos que el referido Consejo los asuma como propios. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos del artículo 1.2, párrafo final de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril.”

(Dictamen 2205/2006).



State Parties to the Following International Humanitarian Law and Other Related Treaties

	Protection of Victims of Armed Conflicts
GC HV 1949	Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 12 August 1949. Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva, 12 August 1949. Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949. Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949.
AP I 1977	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Geneva, 8 June 1977.
AP I Declaration art. 90	Declaration provided for under article 90 AP I, Acceptance of the Competence of the International Fact-Finding Commission according to article 90 of AP I.
AP II 1977	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, Geneva, 8 June 1977.
AP III 2005	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (Protocol III), 8 December 2005.
CRC 1989	Convention on the Rights of the Child, New York, 20 November 1989.
Opt Prot. CRC 2000	Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict, New York, 25 May 2000.
ICC Statute 1998	International Criminal Court Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998.
Hague Conv. 1954	Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954.
Hague Prot. 1954	First Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954.
Hague Prot. 1999	Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 26 March 1999.
ENMOD Conv. 1976	Environment Convention on the prohibition of military or any other hostile use of environmental modification techniques, New York, 10 December 1976.
Geneva Gas Prot. 1925	Weapons Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and Warfare, Geneva, 17 June 1925.
BWC 1972	Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, Opened for Signature at London, Moscow and Washington, 10 April 1972.
CCW 1980	Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects, Geneva, 10 October 1980.
CCW Prot. I 1980	Protocol on non-detectable fragments (I).
CCW Prot. II 1980	Protocol on prohibitions or restrictions on the use of mines, booby-traps and other devices (II).
CCW Prot. III 1980	Protocol on prohibitions or restrictions on the use of incendiary weapons (III).
CCW Prot. IV 1995	Protocol on Blinding Laser Weapons (Protocol IV to the 1980 Convention), 13 October 1995.
CCW Prot. IIa 1996	Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3 May 1996 (Protocol II to the 1980 Convention).
CCW Amdt 2001	Amendment to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (with Protocols I, II and III), Geneva 21 December 2001.
CCW Prot. V 2003	Protocol on Explosive Remnants of War to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (with Protocols I, II and III), Geneva, 28 November 2003.
CWC 1993	Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, Paris 13 January 1993.
Ottawa Treaty 1997	Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, Oslo, 18 September 1997.

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court			Protection of Cultural Property			Environment
	GC IV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976	
Afghanistan	26.09.1956					28.03.1994	24.09.2003	10.02.2003				22.10.1985	
Albania	27.05.1957	16.07.1993		16.07.1993		27.02.1992		31.01.2003	20.12.1960			19.12.1991	
Algeria	20.06.1960	16.08.1989	16.08.1989	16.08.1989		16.04.1993							
Andorra	17.09.1993					02.01.1996	30.04.2001	30.04.2001					
Angola	20.09.1984	20.09.1984				05.12.1990							
Antigua and Barbuda	06.10.1986	06.10.1986		06.10.1986		05.10.1993	10.09.2002	18.06.2001				25.10.1988	
Argentina	18.09.1956	26.11.1986	11.10.1986	26.11.1986		04.12.1990	10.09.2002	08.02.2001	22.03.1989	07.01.2002	20.03.1987		
Armenia	07.06.1993	07.06.1993		07.06.1993		23.06.1993	30.09.2005		05.09.1993	18.05.2006	15.05.2002		
Australia	14.10.1958	21.06.1991	23.09.1992	21.06.1991		17.12.1990	26.09.2006	01.07.2002	19.09.1984			07.09.1984	
Austria	27.08.1953	13.08.1982	13.08.1982	13.08.1982		06.08.1992	01.02.2002	28.12.2000	25.03.1964	01.03.2002	17.01.1990		
Azerbaijan	01.06.1993					13.08.1992	03.07.2002		20.09.1993	20.09.1993	17.04.2001		
Bahamas	11.07.1975	10.04.1980		10.04.1980		20.02.1991							
Bahrain	30.11.1971	30.10.1986		30.10.1986		13.02.1992	21.09.2004					03.10.1979	
Bangladesh	04.04.1972	08.09.1960		08.09.1960		03.08.1990	06.09.2000		23.06.2006	23.06.2006			
Barbados	10.09.1968	19.02.1990		19.02.1990		09.10.1990		10.12.2002	09.04.2002				
Belarus	03.08.1954	23.10.1989	23.10.1989	23.10.1989		01.10.1990	25.01.2006		07.05.1957	28.11.2005	07.06.1988		
Belgium	03.09.1952	20.05.1986	27.03.1987	20.05.1986		16.12.1991	06.05.2002	28.06.2000	16.09.1960	16.09.1960	12.07.1982		
Belize	29.06.1984	29.06.1984		29.06.1984		02.05.1990	01.12.2003	05.04.2000					
Benin	14.12.1961	28.05.1986		28.05.1986		03.08.1990	21.01.2005	22.01.2002				30.06.1986	
Bhutan	10.01.1991					01.08.1990							
Bolivia	10.12.1976	08.12.1983	10.08.1992	08.12.1983		26.06.1990	22.12.2004	27.06.2002	17.11.2004				
Bosnia-Herzegovina	31.12.1992	31.12.1992	31.12.1992	31.12.1992		01.09.1993	10.10.2003	11.04.2002	12.07.1993				
Botswana	29.03.1968	23.05.1979		23.05.1979		14.03.1995	04.10.2004	08.09.2000	03.01.2002				
Brazil	29.06.1957	05.05.1992	23.11.1993	05.05.1992		24.09.1990	27.01.2004	20.06.2002	12.09.1958	23.09.2004	12.10.1984		
Brunei Darussalam	14.10.1991	14.10.1991		14.10.1991		27.12.1995							
Bulgaria	22.07.1954	26.09.1989	09.05.1994	26.09.1989	13.09.2006	03.06.1991	12.02.2002	11.04.2002	07.08.1956	09.10.1958	14.06.2000	31.05.1978	
Burkina Faso	07.11.1961	20.10.1987	24.05.2004	20.10.1987		31.08.1990		16.04.2004	18.12.1969	04.02.1987			
Burundi	27.12.1971	10.06.1993		10.06.1993		19.10.1990		21.09.2004					
Cambodia	08.12.1958	14.01.1998		14.01.1998		15.10.1992	16.07.2004	11.04.2002	04.04.1962	04.04.1962			
Cameroun	16.09.1963	16.03.1984		16.03.1984		11.01.1993		12.10.1961					
Canada	14.05.1965	20.11.1990	20.11.1990	20.11.1990		13.12.1991	07.07.2000	07.07.2000	12.10.1961	12.10.1961			
Cape Verde	11.05.1984	16.03.1995	16.03.1995	16.03.1995		04.06.1992	10.05.2002						
Central African Republic	01.08.1966	17.07.1984		17.07.1984		23.04.1992		04.10.2001					
Chad	05.08.1970	17.01.1997		17.01.1997		02.10.1990	28.08.2002	01.11.2006					
Chile	12.10.1950	24.04.1991	24.04.1991	24.04.1991		13.08.1990	31.07.2003					26.04.1984	
China	28.12.1956	14.09.1983		14.09.1983		02.03.1992			05.01.2000	05.01.2000		08.06.2005	
Colombia	08.11.1961	01.09.1993	17.04.1996	01.09.1993		28.01.1991	25.05.2005		18.06.1998	18.06.1998			
Comoros	21.11.1985	21.11.1985		21.11.1985		22.06.1993							
Congo	04.02.1967	10.11.1983		10.11.1983		14.10.1993		03.05.2004					
Congo (Dem Rep)	24.02.1961	03.06.1982	12.12.2002	03.06.1982		27.09.1990	11.11.2001	11.04.2002	18.04.1961	18.04.1961			
Cook Islands	11.06.2001	07.05.2002	07.05.2002	07.05.2002		06.06.1997							
Costa Rica	15.10.1989	15.12.1983	09.12.1999	15.12.1983		21.08.1997	24.01.2003	07.06.2001	03.06.1998	03.06.1998	09.12.2003	07.02.1996	
Côte d'Ivoire	28.12.1961	20.09.1989		20.09.1989		04.02.1991			24.01.1980				

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court			Protection of Cultural Property			Environment
	GC IV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976	
Croatia	11.05.1992	11.05.1992	11.05.1992	11.05.1992		12.10.1992	01.11.2002	21.05.2001	06.07.1992	06.07.1992	08.02.2006		
Cuba	15.04.1954	25.11.1982	23.06.1999	23.06.1999		21.08.1991		26.11.1957	26.11.1957			10.04.1978	
Cyprus	23.05.1982	01.06.1979	14.10.2002	18.03.1996		07.02.1991		07.03.2002	09.09.1964	09.09.1964	16.05.2001	12.04.1978	
Czech Republic	05.02.1993	05.02.1993	02.05.1995	05.02.1993		22.02.1993	30.11.2001		26.03.1993	26.03.1993		22.02.1993	
Denmark	27.06.1951	17.06.1982	17.06.1982	17.06.1982		19.07.1991	27.08.2002	21.06.2001	26.03.2003	26.03.2003		19.04.1978	
Djibouti	06.03.1978	08.04.1991		08.04.1991		06.12.1990		05.11.2002					
Dominica	28.09.1981	25.04.1996		25.04.1996		13.03.1991	20.09.2002	12.02.2001				09.11.1992	
Dominican Republic	22.01.1958	26.05.1994		26.05.1994		11.06.1991		12.05.2005					
Ecuador	11.08.1954	10.04.1979		10.04.1979		23.03.1990	07.06.2004	05.02.2002	02.10.1958	08.02.1961	05.08.2004		
Egypt	10.11.1952	09.10.1992		09.10.1992		06.07.1990		17.08.1955	17.08.1955	03.08.2005	01.04.1982		
El Salvador	17.06.1953	23.11.1978		23.11.1978		10.07.1990	18.04.2002		07.07.2001	27.03.2002	27.03.2002		
Equatorial Guinea	24.07.1986	24.07.1986		24.07.1986		15.06.1992			19.11.2003		19.11.2003		
Eritrea	14.08.2000					03.08.1994	16.02.2005		06.08.2004				
Estonia	18.01.1993	18.01.1993		18.01.1993		21.10.1991		30.01.2002	04.04.1995	17.01.2005			
Ethiopia	02.10.1969	08.04.1994		08.04.1994		14.05.1991							
Fiji	09.08.1971					13.08.1993		29.11.1999					
Finland	22.02.1955	07.08.1980		07.08.1980		20.06.1991	10.04.2002	29.12.2000	16.09.1994	16.09.1994	09.11.2004	12.05.1978	
France	28.06.1951	11.04.2001		24.02.1984		07.08.1990	05.02.2003	09.06.2000	07.06.1957	07.06.1957			
Gabon	26.02.1965	08.04.1990		08.04.1990		09.02.1994		28.06.2002	04.12.1961	04.12.1961	26.08.2003		
Gambia	20.10.1966	12.01.1989		12.01.1989		08.08.1990							
Georgia	14.09.1993	14.09.1993		14.09.1993		02.06.1994		05.09.2003	04.11.1992	04.11.1992			
Germany	03.09.1954	14.02.1991		14.02.1991		06.03.1992	13.12.2004	11.12.2000	11.08.1967	11.08.1967		24.05.1983	
Ghana	02.08.1958	28.02.1978		28.02.1978		05.02.1990		20.12.1999	25.07.1960	25.07.1960		22.06.1978	
Greece	05.06.1956	31.03.1989		15.02.1993		11.05.1993	22.10.2003	15.05.2002	09.02.1981	09.02.1981	20.04.2005	23.08.1983	
Guatemala	13.04.1981	23.09.1998		23.09.1998		05.11.1990							
Guatemala	14.05.1952	19.10.1987		19.10.1987		06.06.1990	09.05.2002		02.10.1985	19.05.1994	04.02.2005	21.03.1988	
Guinea	11.07.1984	11.07.1984		11.07.1984		13.07.1990		14.07.2003	20.09.1960	11.12.1961			
Guinea-Bissau	21.02.1974	21.10.1986		21.10.1986		20.08.1990							
Guyana	22.07.1968	18.01.1988		18.01.1988		14.01.1991		24.09.2004					
Haiti	11.04.1957	20.12.2006		20.12.2006		08.06.1995							
Holy See	22.02.1951	21.11.1985		21.11.1985		20.04.1990	24.10.2001		24.02.1958	24.02.1958			
Honduras	31.12.1965	16.02.1995		16.02.1995		10.08.1990	14.08.2002	01.07.2002	25.10.2002	25.10.2002	26.01.2003		
Hungary	03.08.1954	12.04.1989		12.04.1989		07.10.1991		30.11.2001	17.05.1956	16.08.1956	26.10.2005	19.04.1978	
Iceland	10.08.1965	10.04.1987		10.04.1987		28.10.1992	01.10.2001	25.05.2000					
India	09.11.1950					11.12.1992	30.11.2005		16.06.1958	16.06.1958		15.12.1978	
Indonesia	30.09.1958					05.09.1990			10.01.1967	26.07.1967			
Iran (Islamic Rep)	20.02.1957					13.07.1994			22.06.1959	22.06.1959	24.05.2005		
Iraq	14.02.1956					15.06.1994			21.12.1967	21.12.1967			
Ireland	27.09.1962	19.05.1999		19.05.1999		28.09.1992	18.11.2002	11.04.2002				16.12.1982	
Israel	06.07.1951	27.02.1986		27.02.1986		03.10.1991	18.07.2005		03.10.1957	01.04.1958			
Italy	17.12.1951	29.07.1986		29.07.1986		05.09.1991	09.05.2002	26.07.1999	09.05.1958	09.05.1958		27.11.1981	
Jamaica	20.07.1964					14.05.1991	09.05.2002						
Japan	21.04.1953	31.08.2004		31.08.2004		22.04.1994	02.08.2004					09.06.1982	

Country		Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court			Protection of Cultural Property			Environment
Country	GC-IV 1949	AP I 1977	AP I Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976		
Jordan	29.05.1951	01.05.1979		01.05.1979		24.05.1991		11.04.2002	02.10.1957	02.10.1957				
Kazakhstan	05.05.1992	05.05.1992		05.05.1992		12.08.1994	10.04.2003		14.03.1997	14.03.1997		25.04.2005		
Kenya	20.09.1966	23.02.1999		23.02.1999		30.07.1990	28.01.2002	15.03.2005						
Kiribati	05.01.1989					11.12.1995								
Korea (Dem. People's Rep.)	27.08.1957	09.03.1988				21.09.1990						08.11.1984		
Korea (Republic of)	16.08.1966	15.01.1982	16.04.2004	15.01.1982		20.11.1991	24.09.2004	13.11.2002				02.12.1988		
Kuwait	02.09.1967	17.01.1985		17.01.1985		21.10.1991	26.08.2004		06.06.1969	11.02.1970		02.01.1980		
Kyrgyzstan	18.09.1992	18.09.1992		18.09.1992		07.10.1994	13.08.2003		03.07.1995					
Lao (People's Dem.)	29.10.1956	18.11.1980	30.01.1988	18.11.1980		08.05.1991	20.09.2006							
Latvia	24.12.1991	24.12.1991		24.12.1991		14.04.1992	19.12.2005	28.06.2002	19.12.2003	19.12.2003		05.10.1978		
Lebanon	10.04.1951	23.07.1997		23.07.1997		14.05.1991			01.06.1960	01.06.1960				
Lesotho	20.05.1968	20.05.1994		20.05.1994		10.03.1992	24.09.2003	06.09.2000						
Liberia	29.03.1954	30.06.1988		30.06.1988		04.06.1993		22.09.2004						
Libyan Arab Jamahiriya	22.05.1956	07.06.1978		07.06.1978	24.08.2006	15.04.1993	29.10.2004		19.11.1957	19.11.1957	20.07.2001			
Liechtenstein	21.09.1950	10.08.1989	10.08.1989	10.08.1989		22.12.1995	04.02.2005	02.10.2001	28.04.1960	28.04.1960				
Lithuania	03.10.1996	13.07.2000	13.07.2000	13.07.2000		31.01.1992	20.02.2003	12.05.2003	27.07.1998	27.07.1998	13.03.2002	16.04.2002		
Luxembourg	01.07.1953	29.06.1989	12.05.1993	29.06.1989		07.03.1994	04.08.2004	08.09.2000	29.09.1961	29.09.1961	30.06.2005			
Macedonia	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993		02.12.1993	12.01.2004	06.03.2002	30.04.1997	30.04.1997	19.04.2002			
Madagascar	18.07.1963	08.05.1992	27.07.1993	08.05.1992		19.03.1991	22.09.2004		03.11.1961	03.11.1961				
Malawi	05.01.1968	07.10.1991		07.10.1991		02.01.1991		19.09.2002				05.10.1978		
Malaysia	24.08.1962					17.02.1995			12.12.1960	12.12.1960				
Maldives	18.06.1991	03.09.1991		03.09.1991		11.02.1991	29.12.2004							
Mali	24.05.1965	08.02.1989	09.05.2003	08.02.1989		20.09.1990	16.05.2002	16.08.2000	18.05.1961	18.05.1961				
Malta	22.08.1968	17.04.1989	17.04.1989	17.04.1989		30.09.1990	09.05.2002	29.11.2002						
Marshall	01.06.2004					04.10.1993		07.12.2000						
Mauretania	30.10.1962	14.03.1980		14.03.1980		16.05.1991								
Mauretius	18.08.1970	22.03.1982		22.03.1982		26.07.1990								
Mexico	29.10.1952	10.03.1983				21.09.1990	15.03.2002	05.03.2002	22.09.2006	22.09.2006	07.10.2003			
Micronesia	19.09.1995	19.09.1995		19.09.1995		05.05.1993		28.10.2005	07.05.1956	07.05.1956				
Moldova (Republic of)	24.05.1993	24.05.1993		24.05.1993		26.01.1993	07.04.2004		09.12.1999	09.12.1999				
Monaco	05.07.1950	07.01.2000		07.01.2000		21.06.1993	13.11.2001		10.12.1957	10.12.1957				
Mongolia	20.12.1958	06.12.1995	06.12.1995	06.12.1995		05.07.1990	06.10.2004	11.04.2002	04.11.1964		19.05.1978			
Montenegro (Republic of)	02.08.2006	08.02.2006	08.02.2006	08.02.2006		23.10.2006		23.10.2006						
Morocco	26.07.1956					21.06.1993	23.05.2002		30.08.1968	30.08.1968				
Mozambique	14.03.1983	14.03.1983		12.11.2002		26.04.1994	19.10.2004							
Myanmar	25.08.1992					15.07.1991			10.02.1956	10.02.1956				
Namibia	22.08.1991	17.06.1994	21.07.1994	17.06.1994		30.09.1990	16.04.2002	26.06.2002						
Nauru	27.06.2006	27.06.2006		27.06.2006		27.07.1994		12.11.2001						
Nepal	07.02.1964					14.09.1990	03.01.2007							
Netherlands	03.08.1954	26.06.1987	26.06.1987	26.06.1987	13.12.2006	06.02.1995		17.07.2001	14.10.1958	14.10.1958	15.04.1983			
New Zealand	02.05.1959	08.02.1988	08.02.1988	08.02.1988		06.04.1993	12.11.2001	07.09.2000			07.09.1984			
Nicaragua	17.12.1953	19.07.1999		19.07.1999		05.10.1990	17.03.2005		25.11.1959	25.11.1959	01.06.2001			
Niger	21.04.1964	08.06.1979		08.06.1979		30.09.1990		11.04.2002	06.12.1976	06.12.1976	16.06.2006	17.02.1993		

Country	Protection of victims of armed conflicts							International Criminal Court	Protection of Cultural Property			Environment
	GC-IV 1949	AP I 1977	AP I Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000		ICC Statute 1988	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	
Nigeria	20.06.1961	10.10.1988		10.10.1988			19.04.1991			05.06.1961	21.10.2005	
Niue							20.12.1995			27.09.2001		
Norway	03.08.1951	14.12.1981	14.12.1981	14.12.1981	13.06.2006	08.01.1991	23.09.2003	16.02.2000	19.09.1961	19.09.1961		15.02.1979
Oman	31.01.1974	29.03.1984		29.03.1984			09.12.1996	17.09.2004	26.10.1977	26.10.1977		
Pakistan	12.06.1951						12.11.1990		27.03.1959	27.03.1959		27.02.1986
Palau	25.06.1996	25.06.1996		25.06.1996			04.08.1995					
Panama	10.02.1956	18.09.1995	26.10.1999	18.09.1995			12.12.1990	08.08.2001	17.07.1962	08.03.2001		13.05.2003
Papua New Guinea	28.05.1976						02.03.1993					28.10.1980
Paraguay	23.10.1961	30.11.1990	30.01.1998	30.11.1990			25.09.1990	27.09.2002	09.11.2004	09.11.2004		
Peru	15.02.1956	14.07.1989		14.07.1989			04.09.1990	08.05.2002	21.07.1989	21.07.1989		
Philippines	06.10.1952			11.12.1986	22.08.2006		21.08.1990	26.08.2003	10.11.2001	10.11.2001		
Poland	26.11.1954	23.10.1991	02.10.1992	23.10.1991			07.06.1991	07.04.2005	12.11.2001	06.08.1956		08.06.1978
Portugal	14.03.1961	27.05.1992	01.07.1992	27.05.1992			21.09.1990	19.08.2003	05.02.2002	04.08.2000		
Qatar	15.10.1975	05.04.1988	24.09.1991	05.04.2004			03.04.1995	25.07.2002	31.07.1973	31.07.1973		04.09.2000
Romania	01.06.1954	21.06.1990	31.05.1995	21.06.1990			28.09.1990	10.11.2001	11.04.2002	21.03.1958		06.05.1983
Russian Federation	10.05.1954	29.09.1989	29.09.1989	29.09.1989			16.08.1990			04.01.1957		30.05.1978
Rwanda	05.05.1994	19.11.1984	06.07.1993	19.11.1984			24.01.1991	23.04.2002		28.12.2000		
Saint Kitts and Nevis	14.02.1986	14.02.1986		14.02.1986			24.07.1990		22.08.2006			
Saint Lucia	18.09.1981	07.10.1982		07.10.1982			16.05.1993					
Saint Vincent & Grenadine	01.04.1981	08.04.1983		08.04.1983			26.10.1993		03.12.2002			27.05.1993
Samoa	23.08.1984	23.08.1984		23.08.1984			29.11.1994		16.09.2002			27.04.1999
Sao Marino	29.08.1953	05.04.1994		05.04.1994			25.11.1991		13.05.1999	09.02.1956		
Sao Tome and Principe	21.05.1976	05.07.1996		05.07.1996			14.05.1991					05.10.1979
Saudi Arabia	18.05.1963	21.08.1987		28.11.2001			26.01.1996		20.01.1971			
Senegal	18.05.1963	07.05.1985		07.05.1985			31.07.1990	03.03.2004	02.02.1999	17.06.1987		
Serbia (Republic of)	16.10.2001	16.10.2001	16.10.2001	16.10.2001			12.03.2001	31.01.2003	06.09.2001	11.09.2001	02.09.2002	
Seychelles	08.11.1984	08.11.1984	22.05.1992	08.11.1984			07.09.1990			08.10.2003		
Sierra Leone	10.06.1965	21.10.1986		21.10.1986			18.06.1990	15.05.2002	15.09.2000			
Singapore	27.04.1973						05.10.1995					
Slovakia	02.04.1993	02.04.1993	13.03.1995	02.04.1993			28.05.1993	07.07.2006	11.04.2002	31.03.1993	11.02.2004	28.05.1993
Slovenia	26.03.1992	26.03.1992	26.03.1992	26.03.1992			06.07.1992	23.09.2004	31.12.2001	28.10.1992	13.04.2004	20.04.2005
Solomon Islands	06.07.1981	19.09.1988		19.09.1988			10.04.1995					19.06.1981
Somalia	12.07.1962											
South Africa	01.03.1952	21.11.1995		21.11.1995			16.06.1995		27.11.2000	18.12.2003		
Spain	04.08.1952	21.04.1989	21.04.1989	21.04.1989			06.12.1990	08.03.2002	24.10.2000	07.07.1960	06.07.2001	19.07.1978
Sri Lanka	28.02.1989						12.07.1991	08.09.2000		11.05.2004		25.04.1978
Sudan	23.09.1957	07.03.2006		13.07.2006			03.08.1990	26.07.2005		23.07.1970		
Suriname	13.10.1976	16.12.1985		16.12.1985			01.03.1993					
Swaziland	28.06.1973	02.11.1995		02.11.1995			07.09.1995					
Sweden	28.12.1953	31.08.1979	31.08.1979	31.08.1979			29.06.1990	20.02.2003	28.06.2001	22.01.1985	22.01.1985	27.04.1984
Switzerland	01.03.1950	17.02.1982	17.02.1982	17.02.1982	14.07.2006		24.02.1997	26.06.2002	12.10.2001	15.05.1962	09.07.2004	05.08.1988
Syrian Arab Republic	02.11.1953	14.11.1983		14.11.1983			15.07.1993	17.10.2003		06.03.1958		
Tajikistan	13.01.1993	13.01.1993	10.09.1987	13.01.1993			26.10.1993	05.08.2002	05.05.2000	28.08.1992	21.02.2006	12.10.1999

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court		Protection of Cultural Property			Environment
	GC I-IV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976
Tanzania (United Rep.of)	12.12.1962	15.02.1983		15.02.1983		10.06.1991	11.11.2004	20.08.2002				
Thailand	29.12.1954					27.03.1992	27.02.2006					
Timor-Leste	08.05.2003	12.04.2005		12.04.2005		16.04.2003	02.04.2004	06.09.2002				
Togo	06.01.1962	21.06.1984	21.11.1991	21.06.1984		01.08.1990	28.11.2005					
Tonga	13.04.1978	20.01.2003	20.01.2003	20.01.2003		06.11.1995						
Trinidad and Tobago	24.09.1963	20.07.2001	20.07.2001	20.07.2001		05.12.1991						
Tunisia	04.05.1957	09.08.1979		09.08.1979		30.01.1992	02.01.2003	06.04.1999				
Turkey	10.02.1954					04.04.1995	04.05.2004		28.01.1981	28.01.1981		11.05.1978
Turkmenistan	10.04.1992	10.04.1992		10.04.1992		20.09.1993	29.04.2005		15.12.1965	15.12.1965		
Tuvalu	19.02.1981					22.09.1995						
Uganda	18.05.1964	13.03.1991		13.03.1991		17.08.1990	06.05.2002	14.06.2002				
Ukraine	03.08.1954	25.01.1990	25.01.1990	25.01.1990		28.08.1991	11.07.2005		06.02.1957	06.02.1957		13.06.1978
United Arab Emirates	10.05.1972	09.03.1983	06.03.1992	09.03.1983		03.01.1997						
United Kingdom	23.09.1957	28.01.1998	17.05.1999	28.01.1998		16.12.1991	23.12.2002	04.10.2001				
United States of America	02.08.1955											
Uruguay	05.03.1969	13.12.1985	17.07.1990	13.12.1985		20.11.1990	09.09.2003	28.06.2002				
Uzbekistan	08.10.1993	08.10.1993		08.10.1993		29.06.1994						
Vanuatu	27.10.1982	28.02.1985		28.02.1985		07.07.1993						
Venezuela	13.02.1956	23.07.1998		23.07.1998		13.09.1990	23.09.2003	07.06.2000				
Viet Nam	28.06.1957	19.10.1981				28.02.1990	20.12.2001					
Yemen	16.07.1970	17.04.1990		17.04.1990		01.05.1991						
Zambia	19.10.1968	04.05.1995		04.05.1995		06.12.1991		13.11.2002				
Zimbabwe	07.03.1983	19.10.1992		19.10.1992		11.09.1990						
Total	194	167	69	163	9	193	111	104	116	93	42	72

Palestine. On 21 June 1989, the Swiss Federal Department of Foreign Affairs received a letter from the Permanent Observer of Palestine to the United Nations Office at Geneva informing the Swiss Federal Council "that the Executive Committee of the Palestine Liberation Organization, entrusted with the functions of the Government of the State of Palestine by decision of the Palestine National Council, decided, on 4 May 1989, to adhere to the Four Geneva Conventions of 12 August 1949 and the two Protocols additional thereto".

On 13 September 1989, the Swiss Federal Council informed the States that it was not in a position to decide whether the letter constituted an instrument of accession, "due to the uncertainty within the international community as to the existence or non-existence of a State of Palestine".

Country	Weapons													
	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997		
Croatia	18.12.2006	08.10.1991	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	25.04.2002	25.04.2002	27.05.2003	07.02.2005	23.05.1995	20.05.1998		
Cuba	24.06.1966	21.04.1976	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987					29.04.1997			
Cyprus	12.12.1966	06.11.1973	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	22.07.2003	22.07.2003			26.03.1998	17.01.2003		
Czech Republic	16.08.1938	05.04.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	10.08.1998	10.08.1998	06.06.2006	06.06.2006	06.03.1996	26.10.1999		
Denmark	05.05.1930	01.03.1973	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	30.04.1997	30.04.1997	15.09.2004	28.06.2005	13.07.1998	08.06.1998		
Djibouti			29.07.1986	29.07.1986	29.07.1986	29.07.1986					25.01.2006	18.05.1998		
Dominica		08.11.1978									12.02.2001	26.03.1999		
Dominican Republic	08.12.1970	23.02.1973										30.06.2000		
Ecuador	16.09.1970	12.03.1975	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	16.12.2003	14.08.2000			06.09.1995	29.04.1999		
Egypt	06.12.1928													
El Salvador		31.12.1991	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000						
Equatorial Guinea	20.05.1989	16.01.1989												
Eritrea														
Estonia	28.08.1931	21.06.1993	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000			12.05.2003	18.12.2006	26.05.1999	12.05.2004		
Ethiopia	07.10.1935	26.05.1975									13.05.1996	17.12.2004		
Fiji	21.03.1973	01.10.1973									20.01.1993	10.06.1998		
Finland	26.05.1929	04.02.1974	08.05.1982	08.05.1982	08.05.1982	08.05.1982	11.01.1996	03.04.1998	22.06.2004	23.03.2005	07.02.1995			
France	10.05.1928	27.09.1984	04.03.1988	04.03.1988	04.03.1988	18.07.2002	30.06.1998	23.07.1998	10.12.2002	31.10.2006	02.03.1995	23.07.1998		
Gabon											08.09.2000	08.09.2000		
Gambia	05.11.1966	21.11.1991									19.05.1998	23.09.2002		
Georgia	22.05.1996	29.04.1996	29.04.1996	29.04.1996	29.04.1996	29.04.1996	14.07.2006				27.11.1998			
Germany	25.04.1929	07.04.1983	25.11.1992	25.11.1992	25.11.1992	25.11.1992	27.06.1997	02.05.1997	26.01.2005	03.05.2005	12.08.1994	23.07.1998		
Ghana	03.05.1967	06.06.1975									09.07.1997	30.06.2000		
Greece	30.05.1931	10.12.1975	28.01.1992	28.01.1992	28.01.1992	28.01.1992	05.08.1997	20.01.1999	26.11.2004		22.12.1994	25.09.2003		
Grenada	03.01.1989	22.10.1986									03.06.2005	19.08.1998		
Guatemala	03.05.1983	19.09.1973	21.07.1983	21.07.1983	21.07.1983	21.07.1983	30.08.2002	29.10.2001			12.02.2003	26.03.1999		
Guinea											08.10.1996			
Guinea-Bissau	20.05.1989	20.08.1978									09.06.1997			
Guyana											12.09.1997	05.08.2003		
Haiti											22.02.2006	15.02.2006		
Holy See	18.10.1966	04.01.2002	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	09.12.2002	13.12.2005	12.05.1999	17.02.1998		
Honduras		14.03.1979	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003			29.08.2005	24.09.1998		
Hungary	11.10.1952	27.12.1972	14.06.1982	14.06.1982	14.06.1982	14.06.1982	30.01.1998	30.01.1998	27.12.2002	13.11.2006	31.10.1996	06.04.1998		
Iceland	02.11.1967	15.02.1973									28.04.1997	05.05.1999		
Iceland	09.04.1930	15.07.1974	01.03.1984	01.03.1984	01.03.1984	01.03.1984	02.09.1999	02.09.1999	18.05.2005	18.05.2005	03.09.1996			
Indonesia	21.01.1971	19.02.1982									12.11.1998			
Iran (Islamic Rep)	05.11.1929	22.08.1973									03.11.1997			
Iraq	08.09.1931	19.06.1991												
Ireland	29.08.1930	27.10.1972	13.03.1995	13.03.1995	13.03.1995	13.03.1995	27.03.1997	27.03.1997	08.11.2006	08.11.2006	24.06.1996	03.12.1997		
Ireland	20.02.1969		22.03.1995	22.03.1995	22.03.1995	22.03.1995	30.10.2000	30.10.2000						
Israel	03.04.1928	30.05.1975	20.01.1995	20.01.1995	20.01.1995	20.01.1995	13.01.1999	13.01.1999	01.09.2004		08.12.1995	23.04.1999		
Italy	28.07.1970	13.08.1975									08.09.2000	17.07.1998		
Jamaica														
Japan	21.05.1970	18.06.1982	09.06.1982	09.06.1982	09.06.1982	09.06.1982	10.06.1997	10.06.1997	10.07.2003		15.09.1995	30.09.1998		

Country	Weapons													
	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997		
Jordan	20.01.1977	27.06.1975	19.10.1995	19.10.1995		19.10.1995					06.09.2000		29.10.1997	13.11.1998
Kazakhstan													23.03.2000	
Kenya	06.07.1970	07.01.1976											25.04.1997	23.01.2001
Kiribati													07.09.2000	07.09.2000
Korea (Dem. People's Rep.)	04.01.1989	13.03.1987												
Korea (Republic of)	04.01.1989	25.06.1987	09.05.2001	09.05.2001										
Kuwait	15.12.1971	26.07.1972												
Kyrgyzstan		12.10.2004												
Laos (People's Dem.)	20.05.1989	25.04.1973	03.01.1983	03.01.1983	03.01.1983	03.01.1983								
Latvia	03.06.1931	06.02.1997	04.01.1993	04.01.1993	04.01.1993	04.01.1993								
Lebanon	17.04.1969	26.03.1975												
Lesotho	10.03.1972	06.09.1977	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000								
Liberia	17.06.1927		16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005								
Libyan Arab Jamahiriya	29.12.1971	19.01.1982												
Liechtenstein	06.09.1991	06.06.1991	16.08.1989	16.08.1989	16.08.1989	16.08.1989								
Lithuania	15.06.1933	10.02.1998	03.06.1998	03.06.1998	03.06.1998	03.06.1998								
Luxembourg	01.09.1936	23.03.1976	21.05.1996	21.05.1996	21.05.1996	21.05.1996								
Macedonia		14.03.1997	30.12.1996	30.12.1996	30.12.1996	30.12.1996								
Madagascar	02.08.1967													
Malawi	14.09.1970													
Malaysia	10.12.1970	06.10.1991												
Maldives	27.12.1966	02.08.1983	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000								
Mali		25.11.2002	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001								
Malta	21.09.1964	07.04.1975	26.06.1995	26.06.1995	26.06.1995	26.06.1995								
Marshall														
Mauritania														
Mauritius	12.03.1968	11.01.1973	06.05.1996	06.05.1996	06.05.1996	06.05.1996								
Mexico	28.05.1932	08.04.1974	11.02.1982	11.02.1982	11.02.1982	11.02.1982								
Micronesia														
Moldova (Republic of)		05.11.2004	08.09.2000	08.09.2000	08.09.2000	08.09.2000								
Monaco	06.01.1967	30.04.1999	12.08.1997	12.08.1997	12.08.1997	12.08.1997								
Mongolia	06.12.1968	14.09.1972	08.06.1982	08.06.1982	08.06.1982	08.06.1982								
Montenegro (Republic of)			23.10.2006	23.10.2006	23.10.2006	23.10.2006								
Morocco	13.10.1970	21.03.2002	19.03.2002	19.03.2002	19.03.2002	19.03.2002								
Mozambique														
Myanmar														
Namibia														
Nauru			12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001								
Nepal	09.05.1969													
Netherlands	31.10.1930	22.06.1981	18.06.1987	18.06.1987	18.06.1987	18.06.1987								
New Zealand	24.05.1930	18.12.1972	18.10.1993	18.10.1993	18.10.1993	18.10.1993								
Nicaragua	05.10.1990	07.08.1975	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000								
Niger	05.04.1967	23.06.1972	10.11.1992	10.11.1992	10.11.1992	10.11.1992								

Country	Weapons											
	Geneva Gae Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1985	CCW Prot. II a 1996	CCW Amtd 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Nigeria	15.10.1968	09.07.1973									20.05.1999	27.09.2001
Niue											21.04.2005	15.04.1998
Norway	27.07.1932	01.08.1973	07.06.1983	07.06.1983	07.06.1983	07.06.1983	20.04.1998	20.04.1998	18.11.2003	08.12.2005	07.04.1994	09.07.1998
Oman		31.03.1992									08.02.1995	
Pakistan	15.04.1960	03.10.1974	01.04.1985	01.04.1985	01.04.1985	01.04.1985	05.12.2000	09.03.1999			28.10.1997	
Palau		03.02.2003									03.02.2003	
Panama	04.12.1970	20.03.1974	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	03.10.1999	16.08.2004		07.10.1998	07.10.1998
Papua New Guinea	02.09.1980	27.10.1980									17.04.1996	28.06.2004
Paraguay	22.10.1933	09.06.1976	22.09.2004	22.09.2004	22.09.2004	22.09.2004		22.09.2004			01.12.1994	13.11.1993
Peru	13.08.1985	05.06.1965	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	14.02.2005		20.07.1995	17.06.1998
Philippines	08.06.1973	21.05.1973	15.07.1996	15.07.1996	15.07.1996	15.07.1996	12.06.1997	12.06.1997			11.12.1996	15.02.2000
Poland	04.02.1929	25.01.1973	02.06.1983	02.06.1983	02.06.1983	02.06.1983	23.09.2004	31.03.1999	15.09.2006		23.08.1996	
Portugal	01.07.1930	15.05.1975	04.04.1997	04.04.1997	04.04.1997	04.04.1997	12.11.2001	14.10.2003			10.09.1996	19.02.1999
Qatar	18.10.1976	17.04.1975									03.09.1997	13.10.1998
Romania	23.08.1929	26.07.1979	26.07.1995	26.07.1995	26.07.1995	26.07.1995	25.08.2003	25.08.2003	25.08.2003		15.02.1995	30.11.2000
Russian Federation	05.04.1928	26.03.1975	10.06.1982	10.06.1982	10.06.1982	10.06.1982	09.09.1999	02.03.2005			05.11.1997	
Rwanda	11.05.1964	20.05.1975									31.03.2004	08.06.2000
Saint Kitts and Nevis	27.04.1989	02.04.1981									21.05.2004	02.12.1998
Saint Lucia	21.12.1983	26.11.1986									09.04.1997	13.04.1999
Saint Vincent & Grenadine	24.03.1999	13.05.1999									18.09.2002	01.08.2001
Samoa											27.09.2002	23.07.1998
San Marino		11.03.1975									10.12.1999	18.03.1998
Sao Tome and Principe		24.08.1979									09.09.2003	31.03.2003
Saudi Arabia	27.01.1971	24.05.1972									09.08.1996	
Senegal	15.06.1977	26.03.1975	29.11.1999	29.11.1999	29.11.1999	29.11.1999	12.08.2003	29.11.1999			20.07.1998	24.09.1998
Serbia (Republic of)	12.04.1929	13.06.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.03.2001	08.06.2000	08.06.2000	11.11.2003		20.04.2000	18.09.2003
Seychelles		11.10.1979	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000			07.04.1993	02.06.2000
Sierra Leone	20.03.1967	29.06.1976	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004		30.09.2004	25.04.2001
Singapore		02.12.1975									21.05.1997	
Slovakia	16.08.1938	17.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	30.11.1999	30.11.1999	11.02.2004	23.03.2006	27.10.1995	25.02.1999
Slovenia		07.04.1992	06.07.1992	06.07.1992	06.07.1992	06.07.1992	03.12.2002	03.12.2002			11.06.1997	27.10.1998
Solomon Islands	01.06.1981	17.06.1981									23.09.2004	26.01.1999
Somalia												
South Africa	24.05.1930	03.11.1975	13.09.1995	13.09.1995	13.09.1995	13.09.1995	26.06.1998	26.06.1998			13.09.1995	26.06.1998
Spain	22.08.1929	20.06.1979	29.12.1993	29.12.1993	29.12.1993	29.12.1993	19.01.1998	27.01.1998	09.02.2004		03.08.1994	19.01.1998
Sri Lanka	20.01.1954	18.11.1966	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004		19.08.1994	
Sudan	17.12.1980	17.10.2003									24.05.1999	13.10.2003
Suriname		06.01.1993									28.04.1997	23.05.2002
Swaziland	23.07.1991	18.06.1991									20.09.1996	22.12.1998
Sweden	25.04.1930	05.02.1976	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	15.01.1997	16.07.1997	03.12.2002	02.06.2004	17.06.1993	30.11.1998
Switzerland	12.07.1932	04.05.1976	20.08.1982	20.08.1982	20.08.1982	20.08.1982	24.03.1998	24.03.1998	19.01.2004	12.05.2006	10.03.1995	24.03.1998
Syrian Arab Republic	17.12.1968											
Tajikistan		08.12.2004	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	18.05.2006		11.01.1995	12.10.1999

Country	Weapons											
	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt. 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Tanzania (United Rep.of)	22.04.1963											
Thailand	06.06.1931	28.05.1975									25.06.1998	13.11.2000
Togo	05.04.1971	10.11.1976									10.12.2002	27.11.1998
Timor-Leste	19.07.1971	28.09.1976	04.12.1995	04.12.1995	04.12.1995						07.05.2003	07.05.2003
Tonga	31.08.1962										23.04.1997	09.03.2000
Trinidad and Tobago	12.07.1967	06.06.1973	15.05.1987	15.05.1987	15.05.1987						29.05.2003	27.04.1998
Tunisia	05.10.1929	04.11.1974	02.03.2005	02.03.2005	15.05.1987	23.03.2006	23.03.2006	23.03.2006			15.04.1997	09.07.1999
Turkey						02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005		12.05.1997	25.09.2003
Turkmenistan		11.01.1996	19.03.2004	19.03.2004	19.03.2004			19.03.2004			29.09.1994	19.01.1996
Tuvalu											19.01.2004	
Uganda	24.05.1965	12.05.1992	14.11.1995	14.11.1995	14.11.1995						30.11.2001	25.02.1999
Ukraine	07.08.2003	26.03.1975	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982			15.12.1999	29.06.2005	17.05.2005	16.10.1998	27.12.2005
United Arab Emirates											28.11.2000	
United Kingdom	09.04.1930	26.03.1975	13.02.1995	13.02.1995	13.02.1995			11.02.1999	25.07.2002		13.05.1996	31.07.1998
United States of America	10.04.1975	26.03.1975	24.03.1995	24.03.1995	24.03.1995			24.05.1999			25.04.1997	
Uruguay	12.04.1977	06.04.1981	06.10.1994	06.10.1994	06.10.1994			18.08.1998			06.10.1994	07.06.2001
Uzbekistan		11.01.1996	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997			29.09.1997			23.07.1996	
Vanuatu		12.10.1990									16.09.2005	16.09.2005
Venezuela	08.02.1928	18.10.1978	19.04.2005	19.04.2005	19.04.2005			19.04.2005			03.12.1997	14.04.1999
Viet Nam	15.12.1980	20.06.1980									30.09.1998	
Yemen	17.03.1971	01.06.1979									02.10.2000	01.09.1998
Zambia											09.02.2001	23.02.2001
Zimbabwe											25.04.1997	18.06.1998
Total	134	155	102	98	87	93	85	87	49	28	181	152

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN DE LIBROS

María José Cervell Hortal, «El derecho internacional y las armas químicas», Centro de Publicaciones del Ministerio de Defensa, Tesis Doctoral, 2006, 404 pp.

En referencia a la Convención de París de 1993 sobre las armas químicas, el Primer Ministro del Reino de los Países Bajos pudo decir: «*Se trata de una norma que no solo ladra sino que también puede morder*». Y así es, efectivamente. En la actualidad nada menos que 181 Estados son Partes en la referida Convención, que ha logrado institucionalizar un sistema de verificación apropiado con la constitución de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ), con sede en La Haya.

En España, sin embargo, con excepción de las importantes aportaciones de Julián Peñas Mora y Jaime Alejandro Martínez desde el punto de vista técnico, se podía afirmar la existencia de una evidente laguna en el estudio e investigación de la regulación jurídica de tales armas. Por ello hay que celebrar la elaboración y publicación de la excelente Tesis Doctoral de María José Cervell Hortal como aportación muy relevante al desarrollo doctrinal del Derecho Internacional Humanitario en materia de la conducción de las hostilidades y, a la vez, protección de las posibles víctimas de este tipo de medios de combate rechazados por la mayoritaria opinión de la comunidad internacional. Al propio tiempo hay que felicitar al Centro de Publicaciones del Ministerio de Defensa por su acierto y sensibilidad al editar este decisivo trabajo académico sobre las armas químicas y su prohibición.

El libro que es objeto de recensión es, básicamente, el texto de la Tesis Doctoral denominada «El Derecho Internacional de las Armas Químicas: verificación, control y problemas pendientes», dirigida por el Profesor Doctor Cesareo Gutierrez Espada, defendida el día 9 de julio de 2004 por

la Doctora María José Cervell Hortal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia y que obtuvo del Tribunal constituido al efecto, en el que tuvo el honor de participar quien esto escribe, la máxima calificación académica de Sobresaliente «*cum laude*» por unanimidad. La Tesis fue distinguida con el Premio Extraordinario de la Facultad de Derecho de Murcia (bienio 2003-2005) y el Premio Defensa de 2005 en su modalidad de Investigación. Bienvenida sea pues su publicación.

El contenido de este libro viene, en consecuencia, avalado por la dirección del Profesor Gutierrez Espada, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Murcia, cuya mano maestra se advierte en la acertada elección del tema, estructura, metodología, contenido y conclusiones alcanzadas. Este profesor escribe también el lúcido Prologo de la obra. El libro supone ante todo una original contribución a la regulación actual de las armas químicas, a su categórica prohibición por el Derecho Internacional y a su control y verificación a través de sistemas institucionalizados. Pero plantea además los problemas pendientes de resolución convencional, el estudio de la reacción internacional ante las violaciones de sus obligaciones por parte de los Estados y adelanta soluciones, siempre desde el adecuado perfil crítico que debe caracterizar un trabajo académico. La Tesis merece sin duda la más alta consideración, desde los puntos de vista del esfuerzo investigador y calidad científica.

La primera parte del libro aborda la prohibición jurídico-internacional de las armas químicas y, en una primera aproximación, examina la postura de los Estados (Rusia, Estados Unidos, China, India, Pakistán, Corea del Norte, Corea del Sur, Egipto, Irán, Irak, República Sudafricana, España, Siria, Libia y Sudán) y dos organizaciones internacionales intergubernamentales (la OTAN y la Unión Europea) ante este tipo de armas. No podemos olvidar que en un momento determinado algunos países defendieron la necesidad de la posesión de armas químicas al calificarlas del «arma nuclear de los pobres» y condicionarla al desarme nuclear de Israel.

No podía faltar en este capítulo introductorio la presentación del polémico concepto y características jurídicas de las armas químicas, con particular referencia a los agentes para la represión de disturbios y herbicidas. La autora, como experta investigadora en cuestiones relacionadas con el Derecho del Desarme, propone una definición de las armas de destrucción masiva y seguidamente de las que considera una especie: las armas químicas. Definición que completa con la respuesta a determinadas cuestiones aún sin resolver por la doctrina y el Derecho Internacional convencional. Es justamente el Convenio de París de 1993 la base del concepto actual de estas armas, integrado por las sustancias químicas tóxicas, los precursores,

municiones, dispositivos y equipos. Es importante la determinación del concepto de armas químicas, en particular en relación con el debate actual sobre armas no letales en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario.

La autora centra los precedentes normativos en el Protocolo de Ginebra de 1925, la primera prohibición clara del empleo de las armas químicas (y biológicas) en tiempo de guerra, resaltando sus deficiencias. Naturalmente el capítulo nuclear de esta primera parte de la Tesis está integrado por el análisis de la Convención de París de 1993 sobre armas químicas y su contenido, particularmente las obligaciones generales de los Estados Partes (no desarrollar, producir, adquirir, almacenar, conservar ni transferir, no emplear, no iniciar preparativos militares y no ayudar, alentar o inducir) y las específicas de declarar, destruir, no producir, no transferir y adoptar medidas nacionales para su cumplimiento. Aquí se dedica especial atención a la legislación nacional de desarrollo, a las Autoridades nacionales y a la legislación española. Se realiza a continuación un minucioso estudio de los derechos de los Estados Partes y el obligado análisis de las declaraciones y reservas formuladas a los anexos de la Convención.

En el capítulo dedicado a la presentación de otras normas internacionales aplicables, se estudian los principios y normas de Derecho Internacional Humanitario y se hace referencia al Derecho Internacional del Medio Ambiente, planteándose la siguiente pregunta ¿existe una norma consuetudinaria que prohíba las armas químicas? La acertada contestación afirmativa de la autora a esta cuestión vendría hoy avalada por las Normas Consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario, elaboradas por el Comité Internacional de la Cruz Roja en 2005, de cuya publicación hemos dado cuenta en esta Revista Española de Derecho Militar («Customary International Humanitarian Law, Jean Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, ICRC, Cambridge University Press, 2005). En efecto, dentro del capítulo 23 que se dedica a las Armas químicas, la Regla 74 establece: «*se prohíbe el uso de armas químicas*», la Regla 75 prohíbe el uso de agentes de represión de disturbios como método de guerra y la Regla 76 el uso de herbicidas como método de guerra.

La segunda parte de la obra contempla el control del cumplimiento de la Convención y, muy particularmente, la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ). El primer capítulo se adentra en el complicado campo del sistema de verificación previsto en la Convención de París de 1993, en las inspecciones y en la verificación nacional. El capítulo siguiente analiza con detalle a la OPAQ, su estructura, procedimiento de toma de decisiones, personalidad jurídica y competencias.

La tercera parte del libro lleva por título «Problemas pendientes» y aquí la autora presenta el necesario perfil crítico que adelanta con una afirmación: «La Convención sobre armas químicas de 1993: no es oro todo lo que reluce». Y, en efecto, nos presenta las cuestiones que siguen sin resolver y los retos de la Conferencia de Revisión (2003), lo que la Conferencia trató y lo que debía haber tratado a su juicio.

La cuarta parte de la publicación quiere dar respuesta a una pregunta «¿se cumple, en la práctica la CAQ?. Se analiza en consecuencia la violación de las normas primarias que prohíben las armas químicas. La autora reconoce un alto grado de cumplimiento entre los Estados Partes en cuanto a las obligaciones del artículo 1 del Convenio de 1993, considerando que el único punto negro haya sido la falta de respuesta de la Organización ante determinados problemas (empleo de agentes antidisturbios como método de guerra). Tampoco los Estados se han dado mucha prisa, en opinión de la autora, en el desarrollo de la legislación nacional y ha habido incumplimientos en las inspecciones. Ahora bien la Convención ha previsto un sistema de respuesta ante el incumplimiento de los Estados Partes, que se detalla en la obra y se completa con la exposición de la responsabilidad de los Estados. El apartado final de este capítulo se refiere a la violación de la prohibición de las armas químicas por los individuos, con especial atención a la responsabilidad penal individual, a la competencia del Tribunal Penal Internacional y de los Tribunales penales nacionales, entendiendo la autora que no es posible el ejercicio de la jurisdicción universal en esta materia.

La Tesis aporta, como es obligado, unas conclusiones formuladas de forma excelente como resultado tangible del esfuerzo investigador y cuya exposición constituye la mejor síntesis de la obra. Se acompaña una bibliografía bien seleccionada que comprende tanto el aspecto doctrinal como el documental, jurisprudencial y páginas web más consultadas.

Como escribe el Profesor Gutierrez Espada en el Prólogo del libro, la autora *«desarrolla sus ideas a lo largo de las páginas de su libro por medio de un discurso directo, bien escrito, hilado y argumentado. Pero un discurso crítico también en el que centellean como pequeñas gemas...sus opiniones o propuestas personales ante las diversas cuestiones; habrá sin duda quien en ocasiones hubiera preferido una verde esmeralda en vez del rubí que la autora elige pero ahí está éste brillando a la luz también y marcando la personalidad de quien lo defiende»*. Y añade que la obra es un texto excelentemente documentado y no solo desde un punto de vista doctrinal sino con relación a los materiales «oficiales» más relevantes.

En definitiva, al tiempo que felicitamos a la autora y a su director de

Tesis, por la publicación de éste libro, nos congratulamos en dar la bienvenida a esta imprescindible aportación doctrinal al estudio de las armas químicas desde la óptica del Derecho Internacional, íntimamente ligado a la protección de las víctimas de los conflictos armados de nuestros días por el Derecho Internacional Humanitario. En el recuerdo están las imágenes de las hileras de soldados ciegos en Ypres (Flandes) durante la Gran Guerra. De su actualidad dan fe, desgraciadamente, atrocidades recientes como la que describe Peter Pringue en la guerra Iran-Iraq o Gwynne Roberts en el bombardeo del poblado kurdo de Halabja, de las que damos cuenta en la edición española del libro «Crímenes de guerra (Debate, 2003). Sus víctimas son mayoritariamente las personas civiles en las guerras de nuestros días y ello constituye el reto más relevante para el sistema de eficacia del Derecho de los Conflictos Armados.

Quienes, desde hace largos años trabajamos desde el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española en la protección de las víctimas de la guerra, valoramos muy especialmente la contribución de este libro en la aportación de soluciones jurídico-internacionales para conseguir la proscripción absoluta de una armas rechazadas por la conciencia de la humanidad, en fortalecer su cumplimiento y en la difusión de esta importante parcela de normas humanitarias, en ocasiones desconocida y huérfana de atención por la doctrina.

Recomendamos así la lectura de esta publicación, que presenta el Centro de Publicaciones del Ministerio de Defensa en cuidada edición, a los estudiosos del Derecho Internacional Humanitario o del Derecho del Desarme, a los miembros de las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y funcionarios relacionados con la materia o, sencillamente, a las personas interesadas en conocer con detalle uno de los avances normativos más significativos alcanzados por la humanidad en lucha contra la barbarie: la prohibición completa de las armas químicas, es decir de toda una categoría de armas de destrucción masiva.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

**AAVV. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Coordinador).
*Lucha contra el Terrorismo y Derecho Internacional. Cuadernos de
Estrategia 133. Instituto Español de Estudios Estratégicos.
Ministerio de Defensa. Marzo 2006. 281 Págs.***

Esta obra está compuesta de un total de seis capítulos con unas conclusiones estructuradas por cada uno de los capítulos y tres apartados finales dedicados, respectivamente, a Bibliografía, composición del Seminario e Índice. Todo lo anterior va precedido por una detallada Introducción de la que es autor el Doctor en Derecho, General Consejero Togado y actual Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto.

El autor de la Introducción, que también lo es de la cuidada selección bibliográfica final, comienza explicando que el libro procede de las ponencias presentadas por los miembros del Grupo de trabajo del Seminario de Investigación sobre el mismo tema, todos ellos consagrados especialistas en sus respectivas materias, cuya dirección asumió, en el seno del Instituto Español de Estudios Estratégicos.

Esa labor de dirección culmina ahora en uno de los frutos más satisfactorios al que puede aspirar un maestro como es la coordinación de una obra tan actual cuidada y rigurosa como la presente. En efecto, estamos ante un análisis, predominantemente jurídico-internacional, del fenómeno terrorista, en el que cada capítulo se dedica al estudio de un aspecto concreto a cargo del competente experto en su correspondiente rama del saber.

Así, el Prof. Dr. D. Fernando Reinares Nestares, Catedrático de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, se ocupa en el Capítulo I de “Las dimensiones del terrorismo internacional”. Y lo concibe, en primer término, como el que se prac-

tica con la deliberada intención de afectar la estructura y distribución del poder en regiones enteras del planeta o incluso a escala misma de la sociedad mundial. También lo es aquél cuyos actores individuales y colectivos hayan extendido sus actividades por un significativo número de países o áreas geopolíticas, en consonancia con el alcance de los propósitos declarados. En todo caso, la estrategia a largo plazo de cualquier terrorismo internacional es perfectamente compatible con objetivos nacionales o regionales más acotados en su alcance y menos diferidos en el tiempo. Quizá, por lo expuesto y teniendo en cuenta las razones y ejemplos aportados, la afirmación de este autor, recogida como tercera conclusión final de toda la obra, que resulta más significativa estriba en que no todo terrorismo transnacional es terrorismo internacional, aunque cualquier terrorismo internacional es por definición terrorismo transnacional.

El Prof. Dr. D. Castor Miguel Díaz Barrado, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, estudia en el Capítulo II “El Marco Jurídico Internacional de la Lucha contra el Terrorismo”.

Tras unas consideraciones iniciales, aborda la cuestión de la definición del terrorismo para constatar de que aún no hay una definición universalmente aceptada de este fenómeno, habida cuenta de las dificultades para distinguirlo del alcance que puede llegar a tener la lucha legítima de los pueblos contra la ocupación extranjera o del carácter jurídicamente vinculante del derecho a la libre autodeterminación o de la cuestión del denominado *terrorismo de Estado*. En todo caso, se impone la necesidad de seguir avanzando para distinguir con mayor nitidez lo criminal, lo psicológico (intención de infundir miedo) y lo político y/o lo, en su caso, religioso de este terrible fenómeno, verdadero azote de la humanidad, para avanzar en su necesaria erradicación tanto nacional como internacional. Al estudiar las relaciones entre terrorismo y derechos humanos, insiste el Profesor Díaz Barrado en que deben evitarse las eventuales colisiones entre los principios que inspiran la lucha contra el terrorismo internacional y los principios que orientan el respeto de los derechos humanos. Pone fin a este interesante trabajo un minucioso y muy ilustrativo repaso de la labor, en materia de lucha contra el terrorismo, de las siguientes organizaciones internacionales: Las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea, así como la Organización de Estados Americanos.

El Prof. Dr. D. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid, analiza el tema del “Terrorismo y los Conflictos Armados. La Prohibición de los actos terroristas por el Derecho Internacional Humanitario”.

Tomando una muy adecuada cita de François Bugnion, según la cual *es necesario velar por que no se destruyan con las armas los valores que se pretende proteger con ellas*, el Profesor Pérez González nos introduce en el tema objeto de su estudio dejando claro que el Derecho internacional humanitario se aplica en toda situación de conflicto armado, incluso, en el dirigido contra un *Estado terrorista* con independencia de la legitimidad o no de la *causa belli*. Pero inmediatamente esto le lleva a plantearse si es jurídicamente procedente hablar de guerra contra el terrorismo cuando se trata de reaccionar, no ya contra un Estado que apoya o sirve de refugio a terroristas, sino contra un organización terrorista. Y la conclusión es rotundamente negativa argumentando que, “...distinguibles por sus fines y sus autores, guerra y terrorismo no son nociones con fronteras tan herméticas que impidan que el Derecho de los Conflictos Armados se interese por el terrorismo como método de guerra ilícito...”, no siendo improbable que pueda llegar a considerarlo incluso como crimen de guerra. “...Pero, cometidos fuera del contexto de un conflicto armado, los actos de extrema violencia llevados a cabo por particulares con el fin de aterrorizar a la población (actos terroristas) no dejan de constituir una infracción contra el derecho de la paz”. De lo contrario, continua razonando, se produciría una *desestatalización o privatización* y una *desterritorialización* de la guerra que nos llevaría a lo que califica como *falso Derecho de la guerra*, porque el genuino “...presupone para su aplicación una cierta intensidad de la violencia y, sobre todo, la existencia de partes en conflicto identificables al efecto de hacer valer entre ellas el principio de igualdad de derechos y obligaciones derivados de las reglas del *ius in bello*, supuesto que no pueden existir guerras en las que un bando tiene todos los derechos y el otro no tiene ninguno”.

Por otra parte, aplicar la lógica de la guerra o del conflicto armado a toda violencia surgida entre Estado y redes o grupos terroristas transnacionales supondría que a dichas redes o grupos se les debería atribuir los mismos derechos y obligaciones que, en virtud del Derecho internacional humanitario, se atribuyen a los Estados que los combaten, cosa que los Estados que se enfrentan contra las tan citadas redes o grupos no parecen estar dispuestos a aceptar.

“En este sentido, los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, considerados desde la óptica del Derecho de la guerra solo resultarían reprobables por el hecho de dirigirse contra personas civiles o, en el caso del ataque contra el Pentágono (objetivo legítimo dado su carácter militar) por recurrir a la perfidia y provocar la pérdida de cientos de vidas civiles que iban a bordo de una aeronave civil... Cualquier intento de aplicar

expansivamente la noción de guerra a situaciones que no encajan en la aplicación del Derecho de los conflictos armados resultaría extremadamente peligroso en la medida en que ciertas formas de violencia ejercidas por actores no estatales, que, de otro modo, se considerarían criminales, podrían devenir legítimas, como sería el caso del atentado contra el *U.S.S. Cole*, calificable como acción legítima en tiempo de guerra. Aplicar el estatus de guerra y el Derecho de la guerra a la violencia armada situada por debajo del nivel de la insurgencia puede tener la indeseada consecuencia de legitimar otros actos hostiles e inmunizarlos contra su persecución.”

Naturalmente, lo dicho no autoriza a llevarnos a forma alguna de comprensión, y mucho menos tolerancia, con el terrorismo, porque los actos de terror también están prohibidos a los combatientes en tiempo de guerra, toda vez que, desde el punto de vista jurídico, las reglas aplicables a la prevención y a la represión de los actos terroristas, con independencia de que sean perpetrados en tiempo de guerra o de paz, se fundan en el principio de la inviolabilidad de la población civil.

Por tanto, de lo que se trata aquí, como pone de relieve el Profesor Pérez González, es de no caer en la tentación de considerar actos terroristas como actos de guerra por meras razones de la envergadura de aquéllos bien en su intensidad violenta o bien en su alcance. Y de ahí que, mejor que considerar a los presuntos terroristas como combatientes enemigos, el autor que reseñamos opte por destacar la postura del CICR al respecto, poniendo el acento en que “La campaña contra el terrorismo se libra utilizando una multitud de medios tales como la recolección de información de inteligencia, la cooperación policial y judicial, la extradición, las sanciones penales, la presión diplomática y económica, el congelamiento de activos, los esfuerzos para controlar la proliferación de armas de destrucción en masa, entre otros, los cuales no implican el uso de la fuerza armada”.

Continúa el Profesor Pérez González con el estudio de las condenas y prohibiciones vigentes en el Derecho Internacional Humanitario de todo acto terrorista también durante el desarrollo de cualquier conflicto armado tanto de ámbito internacional como interno y finaliza su trabajo con el análisis (a modo de conclusión) de las condiciones y límites impuestos por dicho Derecho a la lucha contra el terrorismo. Se trata aquí de reflexionar sobre el equilibrio entre la seguridad colectiva planteable tanto en el ámbito estatal como en el internacional y el debido respeto a la dignidad de cada persona humana. Ciertamente, el terrorismo y sus nuevas manifestaciones obliga a reexaminar esta cuestión, pero teniendo en cuenta las consideraciones, tan atinadas como prudentes, que recoge el Profesor Pérez

González. En efecto, como no parece lógico que la lucha contra el terrorismo vulnere precisamente los valores que los propios terroristas pretenden conculcar, la prioridad y orden de tales consideraciones van desde señalar que los Estados no pueden dejar de respetar el Derecho Internacional, incluso a costa de su seguridad, hasta conseguir el respeto de los principios y reglas sobre el uso de la fuerza, el Derecho penal internacional, el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos (lo cual hace inaceptables las aproximaciones a la tortura, especialmente en sede de interrogatorios, las ejecuciones extrajudiciales, las detenciones sin garantías judiciales, etc...). Y, si al final hubiera de optarse por buscar alguna suerte de adaptación del derecho interno e internacional aplicable, se debe tener muy en cuenta entonces que, en todo caso, lo que no cabe perder de vista es que quienes aplican o ejecutan el Derecho nunca han de convertirse en árbitros únicos y últimos del mismo y que las denegaciones de protección jurídica a quienes tienen derecho a ser protegidos no deberían tener cabida dentro de las respuestas de los Estados al fenómeno del terrorismo.

El General Consejeroogado y Magistrado del Tribunal Supremo D. Agustín Corrales Elizondo trata de “La Ocupación bélica”.

Como el propio autor resume en el último párrafo de la Introducción a su trabajo, la estructura del estudio parte del concepto de ocupación militar en sentido jurídico, para continuar con el de su regulación desde el prisma del Derecho Internacional Humanitario y contemplar luego su proyección normativa en las operaciones de organizaciones internacionales, en las de mantenimiento de la paz y en las administraciones civiles transitorias. En este punto, concluye que habrá que estar a cada caso concreto, toda vez que no puede hablarse de una traslación íntegra de las normas reguladoras de la ocupación militar en todo caso, aunque sí resultan de mayor aplicación durante la implementación o búsqueda de la estabilidad. A continuación, considera la incidencia de los movimientos de resistencia, de las acciones de combate y de los posibles actos terroristas en territorio ocupado, así como la confusión entre estos últimos y los actos de resistencia. Sobre este extremo concluye que, si bien el Protocolo Primero de 1977 constituye un avance en la aplicabilidad de la normativa sobre combatientes y prisioneros de guerra a los movimientos de resistencia y a los movimientos organizados de liberación, tal extensión de las normas del Derecho Internacional Humanitario ha de interpretarse cuidadosamente para evitar que células de acción o actividad de carácter terrorista pretendan amparar sus actos ilícitos. Por último, aborda problemas específicos, como la construcción del muro por Israel en el marco del conflicto pales-

tino-israelí y la situación actual de Irak, haciendo ver la dificultad que existe en un mundo como el actual lleno de realidades tan complejas como polivalentes para acertar con un tratamiento unitario, una solución unívoca o una sola apreciación ortodoxa.

La Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid Doña Montserrat Abad Castelos estudia “La toma de rehenes como crimen internacional. Exámen del derecho aplicable en tiempo de paz y en situación de conflicto armado”. Tras unas consideraciones generales en las que destaca la condición civil que, en la actualidad, suelen tener las víctimas elegidas por los autores de estos delitos contra la libertad con su extensión a personas tradicionalmente inmunes como los agentes humanitarios, así como la importancia de los medios de comunicación y de lo que últimamente se ha dado en llamar el “terrorista como director de cine”, la autora estudia las normas sobre el tema distinguiendo entre las previstas para tiempo de paz y las dispuestas para situaciones de conflicto armado. En el primer grupo, sobresale La Convención de Naciones Unidas contra la toma de rehenes adoptada en 1979 con su régimen de jurisdicción universal y, en el segundo, los Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos Adicionales de 1977, siendo, no obstante, digno de subrayar que, según el artículo 12 de la citada Convención, sus reglas también podrán aplicarse en caso de conflicto armado siempre que todos los Estados afectados por el incidente sean parte y los cuatro Convenios de Ginebra con sus dos Protocolos Adicionales no impongan la obligación *aut dedere aut iudicare*, (o juzgar o entregar), en cuya virtud, la toma de rehenes de personas civiles protegidas por el IV Convenio dará lugar a la obligación para el Estado, en cuyo territorio se halle el presunto autor de tal acto, de hacer comparecer al acusado ante su propia jurisdicción o entregarlo a otro Estado parte que, igualmente, haya imputado a tales personas suficientes cargos, siempre que el delito se haya cometido en supuestos de conflicto armado internacional. Consideración especial merecen a la autora los conflictos protagonizados por los movimientos de liberación nacional, sobre los que concluye con expectativas pesimistas en cuanto a la aplicación de la clausula *aut dedere aut iudicare* por el juego de la Convención y los Convenios de Ginebra con sus Protocolos Adicionales, pero esperanzadoras con respecto a los más recientes Tribunales penales internacionales, especialmente el de carácter permanente, cuyos estatutos han venido a tipificar este delito de las distintas maneras que se exponen. Continúa la autora tratando la regulación jurídica interna de este delito, la actuación del CICR en los casos de toma de rehenes, los inconvenientes y las ventajas de las distintas vías uti-

lizadas en la práctica para la liberación de rehenes y termina con unas consideraciones finales en las que pone de relieve la importancia de la prevención y de la difusión del Derecho Internacional Humanitario para combatir con mayor eficacia este fenómeno.

Finalmente, el Doctor en Derecho y hoy General Consejero Togado Don Fernando Pignatelli Meca se ocupa de “El Terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. Comienza señalando el autor que el Estatuto de la CPI de 17 de julio de 1998 no contiene la incriminación expresa de los actos de terror o de terrorismo como crímenes de la competencia de la Corte, ni tampoco prosperó la propuesta, formulada en su día, de su tipificación indirecta incluyéndolo como uno de los crímenes de lesa humanidad. Desde este punto de partida, el trabajo orienta buena parte de su contenido a rebatir la pretensión de que el terrorismo se encuentra incluido en las infracciones castigadas en el Estatuto del CPI en tanto que crimen de guerra (a reserva de ciertas clarificaciones), crimen de lesa humanidad (que abarca, en gran parte, el terrorismo de Estado) y el genocidio. El argumento jurídicamente definitivo al respecto estriba en que de ninguno de los preceptos del citado Estatuto puede deducirse que en cualquiera de los crímenes que contiene exista, como elemento intencional o dolo específico, el aterrorizar o intimidar a la población civil u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo. Esto no obsta, naturalmente, para que en determinados crímenes de lesa humanidad o de guerra puedan incardinarse aquellos actos de terrorismo que reúnan las condiciones o elementos exigidos para ello, si bien sin sustantividad propia como crímenes de terrorismo, ya que serían crímenes de lesa humanidad o de guerra en los que la concurrencia del propósito de aterrorizar sería indiferente a efectos de integración de los elementos del tipo. Precisamente, a través de estas vías indirectas, el General Pignatelli hace un fino trabajo de precisión jurídica acerca de qué modalidades de crímenes de lesa humanidad y de guerra podrían tener relación con los actos de terror así como de qué modo el terrorismo podría llegarse a perseguir, también por esta vía indirecta, al amparo del principio de jurisdicción universal y termina su estudio, y con él la obra toda objeto de esta recensión, con un detallado análisis tipológico y penológico de los delitos de terrorismo en el vigente Ordenamiento Penal español.

Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández

NOTICIA DE LIBROS

NOTICIA DE LIBROS

Emilio Fernández-Piñeyro Hernández
Teniente Coronel Auditor

MARCOS GÓMEZ PUENTE. DERECHO ADMINISTRATIVO AERONÁUTICO (Régimen de la Aviación y el Transporte Aéreo). Iustel. Fundación AENA. Madrid 2006. 865 Págs. En el apartado correspondiente a esta Sección del número 85 de esta Revista (Enero-Junio de 2005) dimos noticia de la obra, publicada por Thomson-Civitas y dirigida por Adolfo Menéndez Menéndez, *Régimen Jurídico del Transporte Aéreo* como primera gran aproximación al estudio sistemático moderno del régimen jurídico de la industria y el transporte aéreo vigente en España, en especial, tras la entrada en vigor de la Ley de Seguridad Aérea del año 2003. Tras la estela marcada por este decisivo precedente, hoy resulta obligado dar cumplida noticia de esta nueva obra, que también constituye un verdadero tratado del Derecho de la navegación y el transporte aéreo en España en su aspecto jurídico-público y que lo hace siguiendo dos líneas metodológicas básicas: El análisis histórico y la consideración de los presupuestos constitucionales de la intervención pública en el sector. Con estas premisas y para dejar la mera noticia del trabajo en cuestión de que se trata, bastará con trasladar aquí el ilustrativo título de cada uno de los catorce Capítulos en los que la obra se encuentra estructurada: 1) La intervención pública de la navegación y el transporte aéreo. Aproximación histórica. 2) La organización administrativa de la navegación aérea y el transporte aéreos. 3) Las fuentes del Derecho Administrativo aeronáutico. 4) La infraestructura de la navegación y el transporte aéreos. 5) La coordinación aeroportuaria: La asignación de franjas horarias (*SLOTS*). 6) El

Derecho Comunitario del transporte aéreo. 7) Régimen Jurídico del transporte aéreo (I): El acceso a la actividad. 8) Régimen Jurídico del transporte aéreo II): El ejercicio de la actividad. 9) La actividad inspectora y sancionadora. 10) La investigación de accidentes. 11) El Derecho de la competencia en el sector del transporte aéreo. 12) Transporte aéreo y protección del ambiente. 13) La Ordenación administrativa del personal de vuelo. 14) Las actividades auxiliares y complementarias del transporte aéreo.

RECENSIÓN DE REVISTAS

RECENSIÓN DE REVISTAS

José Leandro Martínez-Cardos Ruiz

SUMARIO

A) Cuestiones administrativas; B) Cuestiones de derecho procesal; C) Cuestiones de derecho penal; D) Cuestiones de derecho internacional y humanitario de la guerra.

A) CUESTIONES ADMINISTRATIVAS

En el número 17 de *Actualidad Administrativa*, se inserta un comentario de jurisprudencia de interés sobre «Caducidad de procedimientos iniciados de oficio: contraste entre las Leyes 30/1992 y la 4/1999». Y en el número 18 de la misma revista, otro, también de interés, sobre «Responsabilidad patrimonial de la Administración por mal funcionamiento de los servicios de salvamento marítimo de personas».

«La relevancia de las sociedades de clasificación naval en la seguridad marítima», de Eliseo Sierra Noguero, publicado en la revista *Derecho de los Negocios*, número 169, octubre de 2004, aborda la cuestión de dicha clasificación a los efectos de la eventual responsabilidad patrimonial.

Alicia Cebada Romero publica en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, número 233, sobre «Análisis jurídico de la práctica convencional de la Unión Europea. Cambios introducidos en el procedimiento convencional por el Tratado constitucional de la Unión Europea».

B) CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL

En la revista *Actualidad Penal*, número 18, se inserta un artículo de José Luis Manzanares sobre «Técnica y estética de la sentencia penal».

C) CUESTIONES DE DERECHO PENAL

En la revista *Actualidad Penal*, número 10, se publica un artículo de Rafael Alcácer Guirao sobre «Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico».

B) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO

En la *Harvard Law Review*, número 7, del volumen 114 se insertan cuatro trabajos, dirigidos por Helen Hershkoff, intitulados: «The promises of international prosecution»; «Fair trials and the role of international criminal defense»; «Defining protected groups under the genocide convention» y «Corporate liability for violations of international human rights law».

El número 95 del *American Journal of International Law*, incluye diversos artículos publicados con ocasión del simposium celebrado sobre «Reconstrucción después de un conflicto civil». Payam Akhavan publica un artículo titulado «*Beyond impunity: Can International Criminal Justice prevent future atrocities*»; el de Lorna Mac Gregor tiene como rúbrica «*Individual Accountability in South Africa: Cultural optimum or potical facade?*». Los otros son los de Hansjörg Strohmeyer («*Collapse and reconstruction of a judicial system? The United Nations Mission in Kosovo and East Timor*»); el de Jennifer Widner, «*Courts and democracy in postconflict transitions: a social scientist's perspective on the African Case*»; el de Michael J. Matheson, «*United Nations Governance of post-conflict societies*»; el de Samuel H. Barnes, «*The Contribution of Democracy to Rebuilding postconflict societies*» y el de Allan Gerson, «*Peace building: The private sector's role*».

INFORMACIÓN

CONVOCATORIA DEL PREMIO «JOSE F. DE QUEROL Y LOMBARDERO», 2007, DEL MINISTERIO DE DEFENSA

Como en años anteriores, se informa a nuestros lectores de la Convocatoria del Premio «José F. del Querol Lombardero», que forma parte de los Premios Defensa 2007 publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 25 de noviembre de 2006 (BOE nº 282) y que se otorga a los estudios o artículos de investigación sobre aspectos jurídicos relacionados con el ámbito de la Defensa o de la Jurisdicción Militar, el Derecho Militar en general y particularmente los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

El Premio consiste en una figura de bronce de Miguel de Cervantes y cinco mil quinientos euros.

Los estudios que opten al premio han de tener una extensión máxima de cuarenta páginas y el plazo de presentación finaliza el día 15 de febrero de 2007. En el citado Boletín figuran las bases de la convocatoria.

El premio fue creado en el año 2003, a iniciativa del Consejo Editorial y Consejo de Redacción de la Revista Española de Derecho Militar para recordar la memoria del General Consejero Togado y Magistrado del Tribunal Supremo José F. de Querol y Lombardero, fallecido en atentado terrorista.

En los pasados años se concedieron los Premios al Profesor Doctor D. Jorge Pueyo Losa, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela, al Letrado de las Cortes Dr. D. Fabio Pascua Mateos, al Catedrático de Derecho Internacional Prof. Dr. D. Castor Díaz Barrado, a la Dra. Dña. Pilar Trinidad Nuñez, Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos, al Prof. Dr. D. Fernando López Ramón, Catedrático de Derecho Administra-

tivo de la Universidad de Zaragoza y a la Prof. Dra. Dña. Alicia Gil Gil, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

Trabajos publicados posteriormente en los números 83, 85 y 87 de nuestra Revista.

Esperamos que los trabajos que sean presentados a esta convocatoria del Premio reúnan la calidad científica y el interés doctrinal de los concurrentes a las ediciones anteriores.

JORNADAS DE LA FISCALIA JURÍDICO MILITAR

SEDE: Fiscalía General del Estado. Madrid.

FECHA: 22 y 23 de noviembre de 2006.

CONTENIDO DOCENTE:

- La Fiscalía Jurídico Militar en la actualidad. Fiscal Togado, Excmo. Sr. Consejero Togado D. Benito Egido Trillo-Figueroa.
- El procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo. Fiscal de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Ilma. Sra. Dª María Victoria de Cáceres y Casillas.
- Los delitos de abuso sexual con prevalimiento y acoso sexual laboral en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Fiscal de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, Ilmo. Sr. D. Manuel Dolz Lago.
- Garantías constitucionales en el procedimiento disciplinario militar preferente y sumario. Fiscal de Sala de la Fiscalía Togada, Excmo. Sr. D. Fernando Herrero-Tejedor Algar.

Entre los días 22 y 23 de noviembre de 2006, tuvieron lugar en la sede de la Fiscalía General del Estado, unas «Jornadas de la Fiscalía Jurídico Militar».

Las Jornadas, organizadas por la Fiscalía General del Estado, en colaboración con la Fiscalía Togada, fueron inauguradas por el Fiscal General

Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido y Tourón, quién tras agradecer la asistencia y destacar la oportunidad del encuentro, hizo un balance de la actividad del Ministerio Fiscal en el ámbito de la jurisdicción militar, y manifestó la intención de dar continuidad a estos encuentros en la sede de la Fiscalía General en años sucesivos.

Tanto por el Fiscal General del Estado, como por el Fiscal Togado se insistió en el refrendo de los principios de unidad funcional y dependencia jerárquica de la Fiscalía Jurídico Militar establecidos en la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, principios que quedarán apuntalados en el próximo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, con la inclusión, por primera vez en la historia, de la Fiscalía Togada y demás órganos Fiscales militares en la Ley reguladora del Ministerio Público, integración que se producirá sin perjuicio de las singularidades propias y con plena adecuación a la normativa orgánica castrense.

Por el Fiscal Togado se señaló que las Jornadas, además de una oportunidad de reunir en una doble sesión Fiscales militares de todos los Tribunales Militares, Central y Territoriales, han servido para reafirmar la posición de la misma, dependiente del Fiscal General del Estado.

El encuentro contó con la asistencia de Fiscales Jefes y Oficiales de las Fiscalías del Tribunal Militar Central y de todos los Tribunales Militares Territoriales, y sirvió para profundizar sobre las relaciones con el resto de las Fiscalías y otros miembros de la Carrera Fiscal, además de abordar cuestiones relativas a la unidad de criterio que debe presidir la actuación del Ministerio Público.

Las ponencias abordaron, no solo la posición de la Fiscalía Jurídico Militar en el seno del Ministerio Fiscal estatal, sino temas concretos de especial interés y actualidad, como la doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en relación con los delitos de abuso sexual y laboral con prevalimiento en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, con criterios que resultan perfectamente aplicables en los delitos militares de abuso de autoridad; también se abordó la defensa de los derechos fundamentales a través del procedimiento para protección especial regulado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, señalando la doctrina jurisprudencial sobre la materia y la conexión con el Procedimiento Contencioso Disciplinario Militar Preferente y Sumario; y de especial interés, por su importancia en este momento, resultó la ponencia sobre las garantías constitucionales a aplicar en el procedimiento sancionador por faltas leves, que dio lugar a un animado y doctrinalmente elevado debate entre el ponente y los asistentes.

Todas las ponencias contaron con numerosas intervenciones por parte de los participantes que enriquecieron las Jornadas con sus atinadas aportaciones.

Al margen de las cuatro ponencias que tuvieron lugar en sesiones matinales, también se celebraron jornadas de tarde en las que se trataron temas específicos de las funciones de la Fiscalía Jurídico Militar, tanto en el orden jurisdiccional penal, como en el contencioso-disciplinario militar. Se aprovechó la oportunidad por los Fiscales Jefes de plantear al Fiscal Togado los problemas más frecuentes con los que se encuentran cotidianamente en su labor ante Juzgados Togados y Tribunales Militares, dándose soluciones con la finalidad de aunar criterios.

Francisco Luís Pascual Sarría



MINISTERIO
DE DEFENSA

SECRETARÍA
GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE
DOCUMENTACIÓN Y
PUBLICACIONES